REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXIV

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL

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

Ernesto Blanco Cabrera
Ernesto Cediel Angel
José María Esguerra Samper desde mayo 11 de 1970
Germán Giraldo Zuluaga
César Gómez Estrada
Enrique López de la Pava hasta mayo 10 de 1970
Guillermo Ospina Fernández

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, *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 Jorge Gaviria Salazar, *Presidente*
Doctor *Vicente Mejía Osorio,* Secretario
MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia
Juan Benavides Patrón
Miguel Angel García
Jorge Gaviria Salazar
Edmundo Harker Puyana
Tito Octavio Hernández desde junio 22
Crótatas Londoño hasta junio 21

SALA CONSTITUCIONAL

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

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

RELATORES: Doctores:

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

Abril - Mayo y Junio de 1970.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES

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

TOMO CXXXIV — Bogotá - Colombia — Abril, Mayo y Junio de 1970 — Números 2326 - 2327 - 2328

Sala de Casación Civil

NULIDAD Y SIMULACION

Fallo inhibitorio por defectos formales de la demanda. Violación del artículo 26 de la Constitución. Presupuesto procesal: su ausencia no constituye excepción perentoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dos de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Sentencia discutida y acordada en sesión de sala, según Acta Nº 23 de 18 de marzo de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de marzo de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Juan Francisco Galindo contra Amalia Galvis de Beltrán y otros.

El Litigio.

Mediante libelo repartido al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, Juan Francisco Galindo llamó a juicio ordinario de mayor cuantía a "Amalia Galvis Beltrán, Alfonso Peña Fonseca, Jorge Jácome Afanador, Ernesto Wersin, Manuel Eduardo Cárdenas Camacho, Juan de Dios Cuervo y los herederos de Alejandro Rubio Forero, de nombres Luis Fernando y Martha Elena Rubio Ramírez, menores impúberes éstos que habrán de comparecer en juicio por medio de su representante legal, señora Lucila Ramírez vda. de Rubio", a efecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1º Que es nulo, de nulidad absoluta, por tener causa ilícita, el contrato de compraventa celebrado entre Juan Francisco Galindo, y Amalia Galvis Beltrán, de que da cuenta la escritura 3.806 de 26 de julio de 1955, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá.

2º Que es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito, el contrato de compraventa celebrado por el demandante Galindo con Alejandro Rubio Forero y Jorge Jácome

Afanador, recogido en la escritura 4.500 de 29 de agosto de 1955, pasada ante el Notario 2º de Bogotá.

3º Que es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito, el contrato de que da cuenta el documento privado suscrito en Bogotá el 27 de octubre de 1955, celebrado entre el demandante Galindo y Carlos Guerrero, de una parte, y Alfonso Fonnegra de la otra.

4º Que pertenece en domino pleno a Juan Francisco Galindo el lote de terreno distinguido con el número 6-60 de la Calle 11 de esta ciudad, alindado como se expresa en el libelo.

5º Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a Juan de Dios Cuervo a restituír al demandante el lote de terreno mencionado.

6º Que, en subsidio de los pronunciamientos anteriormente solicitados, se declare que son absolutamente simulados los contratos de compraventa contenidos en las escrituras 3.806 de 26 de julio de 1955 y 4.500 de 29 de agosto del mismo año, ambas de la Notaría 2ª de Bogotá, 3.983 de 30 de agosto de 1955, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, y 1.677 de 11 de junio de 1957 y 4.154 de 27 de diciembre de 1957, pasadas ante el Notario 1º de esta ciudad.

7º Que todos los adquirentes del lote de terreno determinado en la escritura 3.806 prenombrada, son terceros de mala fe.

8º Que, como consecuencia de las declaraciones subsidiarias, se condene a Juan de Dios Cuervo a restituír a Juan Francisco Galindo dicho lote de terreno. Y

9º Que en subsidio de la restitución impetrada en el numeral anterior, se declare que todos los demandados son solidariamente responsables de los perjuicios que haya sufrido el demandante Galindo como consecuencia de las negociaciones cuya declaración de simulación se solicita.

De los hechos afirmados en la causa petendi de la demanda, se resumen los pertinentes para los efectos del recurso, así:

1. Por medio de la escritura 3.806 de 26 de julio de 1955, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, el demandante Galindo vendió a Amalia Galvis Beltrán, representada en ese acto por su apoderado general, Alfonso Peña Fonseca, el inmueble distinguido con el número 6-60 de la calle 11 de esta ciudad, debidamente determinado por sus linderos.

2. Mediante la escritura 4.500 de 29 de agosto de 1955, otorgada en la misma Notaría, Alejandro Rubio Forero y Jorge Jácome Afanador vendieron a Juan Francisco Galindo dos fincas situadas en el corregimiento de Ceilán, Municipio de Bugalagrande, Departamento del Valle, alindadas como en dicho instrumento se expresa; y no obstante que al tiempo de la celebración del contrato de la finca "La Siberia" se hallaba embargada por decreto judicial y tenía un pleito pendiente, como aparece del certificado del Registrador presentado con la demanda, los vendedores no sólo callaron estas circunstancias sino que manifestaron expresamente que los bienes materia de la venta se hallaban libres de pleitos pendientes.

3. Al día siguiente de esta venta, en forma acelerada, Alfonso Peña Fonseca, como apoderado general de Amalia Galvis Beltrán, traspasó simuladamente a Ernesto Wersin el inmueble que ésta adquirió del demandante Galindo, tal como aparece de la escritura 3.983 de 30 de agosto de 1955, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá.

4. Dos meses después de estas negociaciones, el 27 de octubre de 1955, Alfonso Peña Fonseca, siendo todavía apoderado de Amalia Galvis Beltrán, suscribió un documento privado, en el cual expresa que los contratos celebrados mediante las escrituras públicas 3.806 y 4.500 prenombradas, no fueron dos ventas sino una sola permuta, y que fue por insinuación suya como el demandante Galindo otorgó la primera de ellas a favor de Amalia Galvis Beltrán.

5. El demandante celebró con Amalia

Galvis el contrato de que da cuenta la escritura 3.806 mencionada, en el entendimiento de que el precio allí estipulado quedaba representado por el inmueble "La Siberia", materia de la compraventa contenida en la escritura 4.500; pero como esta última no pudo ser registrada por tener la referida finca un pleito pendiente y estar embargada por decreto judicial, el actor no recibió contraprestación alguna por la venta que le hizo a Amalia Galvis Beltrán.

6. Mediante la escritura 1.677 de 11 de junio de 1957, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, Ernesto Wersin traspasó simuladamente a Manuel Eduardo Cárdenas el inmueble 6-60 de la calle 11 de esta ciudad; y el citado Cárdenas lo traspasó simuladamente a Juan de Dios Cuervo, por escritura 4.154 de 27 de diciembre de 1957, pasada ante el Notario 1º de Bogotá.

7. Fue un hecho de notoriedad pública que en la época de las enajenaciones realizadas por Ernesto Wersin y Manuel Eduardo Cárdenas, se adelantaba en esta ciudad un proceso penal relacionado con la propiedad dél solar de Juan Francisco Galindo, y, por consiguiente, los sub-adquirentes de ese lote de terreno no procedieron en sus negociaciones con la buena fe exenta de culpa que cobija a los terceros.

8. Los registros anteriores al de la escritura 2.918 de 14 de junio de 1955, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, mediante la cual Juan Francisco Galindo adquirió de su verdadero dueño, Carlos A. Carrera R. el dominio sobre el inmueble 6-60 de la calle 11 de esta ciudad, estaban cancelados conforme al artículo 789 del Código Civil, desde treinta años atrás, hasta llegar al registro de la citada escritura 2.918.

9. Juan de Dios Cuervo es en la actualidad el poseedor material del inmueble referido.

10. Cuando Juan Francisco Galindo vendió su lote en la calle 11, número 6-60, para que se le transfiriera la propiedad de la finca "La Siberia", no sabía que sobre dicha finca pesaban embargos judiciales y pleitos pendientes.

11. Alejandro Rubio Forero falleció en esta ciudad el 24 de abril de 1957, y de su matrimonio con Lucila Ramírez nacieron los menores Luis Fernando y Martha Elena, a quienes representa su madre.

Por auto de 12 de diciembre de 1961, el Juzgado, a instancia de Carlos Guerrero S., le reconoció su derecho "a intervenir en el presente juicio ordinario, coadyuvando la causa del demandante Juan Francisco Galindo".

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición de los demandados, el Juzgado desató la litis en sentencia de 25 de septiembre de 1963, mediante la cual declaró su inhibición para pronunciar sentencia de fondo, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma, y condenó en costas a la parte demandante, la cual apeló de esa resolución. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 30 de marzo de 1966, confirmatoria de la del Juzgado. Contra este fallo interpuso la misma parte demandante el recurso de casación de que actualmente conoce la Corte.

Motivación de la Sentencia Impugnada.

Luego de notar el sentenciador que "por el aspecto simplemente formal, el libelo originario de este pleito no merece reparo, por cuanto en él se cumplen las exigencias de los artículos 205 y 734 (sic) del Código Judicial", advierte que el obstáculo procesal encontrado por el a-quo y calificado insalvable, se refiere "a la situación jurídica de los demandados Ernesto Wersin y Manuel Eduardo Cárdenas personas éstas que sólo figuran en ese carácter en las peticiones invocadas subsidiariamente".

Observa que en las súplicas primera, tercerca, cuarta y quinta de la demanda se ejercita la acción de nulidad de la venta contenida en la escritura 3.806, y la consecuencial de reivindicación contra el último adquirente; que esta primera acción, en lo que al solar de la calle 11, número 6-60, se refiere, no comprende sino a los demandados Amalia Galvis de Beltrán y Juan de Dios Cuervo, que, subsidiariamente, "se plantea una acción de simulación absoluta contra los citados demandados y

los demás sub-adquirentes, con petición restitutoria en contra del mismo Juan de Dios Cuervo (súplicas sexta, séptima y octava)"; y que en subsidio de la restitución se pide condena en perjuicios para todos los interesados de la parte demandada.

"De modo —agrega— que en presencia de las acciones de nulidad y de simulación, relativas al inmueble Nº 6-60 de la calle 11, no figuran idénticos demandados lo cual da base para criticar la forma como fue presentada la demanda ya que si bien los litis consortes resultan unidos por la misma causa jurídica, no todos deben afrontar la principal y la subsidiaria en idénticas condiciones. Y es que cuando se trata de una litis consorcio necesaria para definir lo atañadero a la validez de varios contratos celebrados, es necesario conformar la parte demandada desde un principio para luego presentar contra ella la acumulación objetiva de acciones..."

Dice el Tribunal que, acumulada a las acciones de que se ha hecho mérito, se instauró otra de nulidad absoluta de la escritura 4.500 de 29 de agosto de 1955, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá; que esta acción sólo puede afectar a quienes intervinieron en la compraventa de que ese instrumento da cuenta, o sea al demandante y a los vendedores Alejandro Rubio Forero y Jorge E. Jácome; que estos dos últimos están en un todo desvinculados de los contratos recogidos en los otros instrumentos públicos; que por esta razón, y por ser el objeto del contrato totalmente distinto, el juzgado conceptuó que "la causa no es la misma, pues como puede observarse, distintos son los títulos para pedir las nulidades de los contratos: escritura 3.806 relativa al inmueble de la calle 11 Nº 6-60, 4.500, que contiene la compraventa de la finca "La Siberia' y documento de 27 de octubre de 1955 por el cual se declaró la existencia de una permuta, y se celebraron otros pactos".

Alude luego el sentenciador al documento de 27 de octubre de 1965, suscrito por Juan Francisco Galindo y Carlos Guerrero, de una parte, y Alfonso Peña Fonseca, de la otra, para observar que con base en él ha querido establecer el demandante una relación entre el contrato de compraventa consignado en la escritura 3.806 y el contenido en la 4.500; que en el alegato presentado en segunda instancia afirma el actor que el juzgado entendió equivocadamente "que el petitum principal contiene tres acciones de nulidad, porque son tres los contratos (dos escrituras públicas y un documento privado) los que se acusan ante la justicia por quebrantamiento de disposiciones de orden público", cuando por formar en realidad esos tres documentos uno solo, la acción de nulidad es también una sola; que "sin mediar la existencia y subordinación al litigio de tal instrumento otorgado entre quienes lo suscriben, resultaría imposible la acumulación de las acciones respecto de dos convenciones celebradas por el actor con distintas personas, respecto de bienes también distintos".

Dice, finalmente, que "no obstante lo anterior, surge otro obstáculo que también justifica la inhibición y que no fue observado ni por el Juzgado ni por las partes litigantes, pero que, no obstante, es de tal gravedad que hace imposible un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de los litigantes. Consiste en que en el contrato ameritado por el documento fue parte principal, junto con el demandante Juan Francisco Galindo, el señor Carlos Guerrero, quien intervino en dicho pacto bilateral y por concepto del mismo contrajo especiales obligaciones con el otro contratante, o sea, el señor Alfonso Peña Fonseca. Y a pesar de ello, no se comprendió en la relación jurídico-procesal al expresado señor Carlos Guerrero, siendo ello indispensable, porque en su ausencia no podría hacerse ningún pronunciamiento sobre la validez o invalidez del contrato consignado en el tantas veces citado medio de prueba. Dicho contrato no podría considerarse, en ningún caso, nulo para Peña Fonseca y Galindo con exclusividad, porque seguiría siendo válido con respecto a Guerrero, por no serle oponible lo resuelto, en virtud de haber estado ausente en este pleito".

De todo lo anterior concluye que "por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, se justifica ampliamente

el fallo inhibitorio apelado".

La Demanda de Casación

Formúlanse en ella cuatro cargos a la sentencia del Tribunal, todos del resorte de la causal primera, que serán examinados en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero

Este cargo lo divide el recurso en dos partes: en la primera se acusa la sentencia de segundo grado por violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, a causa de error evidente de hecho en la apreciación de la demanda; en la segunda se denuncia quebranto de esas mismas normas y, además de los artículos 233 y 477 del Código Judicial, por haber incurrido el sentenciador en evidente error de hecho en la apreciación de la demanda de intervención o coadyuvancia presentada por Carlos Guerrero Scioville.

A intento de demostrar el error de hecho que se le imputa al Tribunal en la primera parte del cargo, dice el recurrente que en la sentencia impugnada se afirma que no figuran idénticos demandados en las acciones de nulidad y de simulación, pero que ésta es "una apreciación errónea del H. Tribunal al leer la demanda, porque el número de demandados que figura en la acción principal de nulidad absoluta, figura también en la acción subsidiaria, de simulación, pues se pidió en el encabezamiento de la demanda que contra unos mismos demandados se hicieran las declaraciones y condenas de tales acciones"; que con todos ellos se trabó la relación procesal, y cualquiera otra cosa que se diga es cuestión de fondo y no de forma; que, por consiguiente, el sentenciador incurrió en el error de apreciar por partes el libelo y nó en su integridad.

Transcribe los pasos pertinentes de la sentencia recurrida, para notar que cuando "dice que por el aspecto formal la demanda no merece reparo, es porque su concepto es de fondo"; y que cuando expresa que por tratarse de un litis consorcio necesario es menester conformar la parte demandada desde un principio, "es porque no vió que así quedó conformada, desde un principio".

Estima el recurrente que a causa de este error de hecho infringió el Tribunal el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues "nada tan manifiesto como la declaración contenida en el documento privado acerca de la existencia de un objeto ilícito en la enajenación de la finca 'La Siberia' y la contenida en la certificación del Registrador de Instrumentos de Tuluá de que ese inmueble no se pudo registrar por estar embargado", razón por la cual ha debido declarar oficiosamente la nulidad absoluta de tales contratos, en lugar de declarar su inhibición para desatar la controversia por falta del presupuesto de demanda en forma; que "fueron violados también los artículos que consagran el principio de la cosa juzgada, porque es un derecho de las partes procesales que se les defina su situación jurídica por medio de sentencia meritoria que haga tránsito a cosa juzgada"; y que "se violó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al violarse el principio de la economía procesal, por la misma vía indirecta del error de hecho demostrado".

En lo tocante con la segunda parte del cargo, nota el recurso que en la sentencia recurrida se expresa que "otro obstáculo que también justifica la inhibición y que no fue observado ni por el juzgado ni por las partes litigantes, pero que, no obstante, es de tal gravedad que hace imposible un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de los litigantes", consiste en que en el contrato de que da cuenta el documento privado de 27 de octubre de 1955, fue parte principal el señor Carlos Guerrero, a pesar de lo cual no se le comprendió en la relación jurídico procesal; y que "en su ausencia no podría hacerse ningún pronunciamiento sobre validez o invalidez del contrato consignado en el tantas veces citado medio de prueba", porque el contrato en él consignado "seguiría siendo válido con respecto a Guerrero, por no serle oponible lo resuelto en virtud de haber estado ausente en el pleito".

Observa el recurrente que al hacer las anteriores afirmaciones incurrió el senten-

ciador en evidente error de hecho, consistente en no haber apreciado la solicitud sobre intervención litis-consorcial formulada por Carlos Guerrero Scioville (C. 1º, fs. 143 y 145), ni el auto que acepta su intervención y se le tiene como parte en este juicio en su condición de coadyuvante del demandante Juan Francisco Galindo (ibidem, fs. 147 a 150). Y que ese error lo llevó a violar indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y los artículos 473, 474, 233 y 477 del Código Judicial, este último en relación con el 26 de la Constitución Nacional.

Agrega, finalmente, que "la sentencia de segundo grado no hace depender la falta del presupuesto 'demanda en forma' de una indebida acumulación de acciones, como sí lo hace la de primer grado, por el aspecto objetivo, sino que la hace depender de los errores de hecho que son objeto del presente cargo y que son los únicos puntales de la sentencia recurrida, pues la sentencia de primer grado, en cuanto a la indebida acumulación de acciones, dice que son tres acciones principales de nulidad absoluta, cuando, en realidad, el planteamiento petitorio de las tres primeras declaraciones del libelo equivalen a solicitar la nulidad absoluta de dos escrituras públicas y un contrato privado por objeto y causa ilícitos en una sola petición, lo cual no implica acumulación de acciones".

La Corte considera:

Por ser la demanda el acto de postulación más importante de las partes toda vez que mediante ella ejercita el demandante el derecho de acción frente al Estado y su pretensión contra el demandado, y por cuanto es con ella que se estimula la actividad del órgano encargado de la jurisdicción, se propicia la constitución de la relación procesal y se circunscribe junto con su respuesta, el poder decisorio del juez, el legislador ha señalado los requisitos formales que tal acto ha de reunir para su admisibilidad, encaminados unos al logro de los presupuestos procesales, y otros a facilitarle al juzgador el cumplimiento de su deber de dictar una sentencia justa en consonancia con las pretensiones deducidas en el libelo (C. J. arts: 205, 209, 217 a 222 y 737).

Si la demanda presentada no reúne los requisitos exigidos por las normas de procedimiento, "el juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada". (Ibidem, art. 738); si no lo hace, el demandado puede impugnar el auto que la admite, mediante el recurso de reposición, o proponer la excepción dilatoria de inepta demanda si la naturaleza del juicio lo permite (ibidem, arts. 330 y 333). Pero si por haberle dado curso el juez, sin reclamación oportuna del demandado, se encuentra aquél, al momento de fallar con una demanda que adolece de defectos formales de tal entidad que le impidan decidir las pretensiones del actor, queda relevado de la obligación de proferir sentencia de mérito y forzado a declarar su inhibición para desatar la controversia por la imposibilidad en que legalmente se halla para hacerlo.

"Tal sería el caso —ha dicho la Corte— de una demanda en que ejercitándose una acción real no se hayan señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas o contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente. (LXXVIII, 349).

En tal evento "el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe. Lo que ocurre en casos como éste es que por carencia de un presupuesto procesal, o sea, por falta de demanda formulada con los requisitos legales, por un vicio insubsanable del libelo, el juez no puede pronunciar sentencia favorable o desfavorable a las pretensiones del actor, porque sin existir una de las condiciones esenciales para que se haya formado y desarrollado el proceso, no puede haber fallo de fondo". (LXXVIII, 103).

En el caso sub-lite, el fallo inhibitorio proferido por Tribunal se asienta en dos razones fundamentales, a saber:

a) Que existe una indebida acumulación de acciones, puesto que las de nulidad y reivindicación ejercitadas como principales, y la subsidiaria de simulación, no se dirigen contra unos mismos demandados. Las dos primeras, dice al Tribunal, "en lo que al solar Nº 6-60 de la calle 11 se refiere, no comprende sino a los demandados Amalia Galvis de Beltrán y Juan de Dios Cuervo", en tanto que la de simulación absoluta se dirige "contra los citados demandados y los demás subadquirentes, con petición restitutoria en contra del mismo Juan de Dios Cuervo". "De modo —concluye el sentenciador— que en presencia de las acciones de nulidad y de simulación, relativas al inmueble Nº 6-60 de la calle 11, no figuran idénticos demandados lo cual da base para criticar la forma como fue presentada la demanda (se subraya), ya que si bien los litis consortes resultan unidos por la misma causa jurídica, no todos deben afrontar la principal y la subsidiaria en idénticas condiciones". Y

b) Que en la relación jurídico-procesal no quedó comprendido Carlos Guerrero, no obstante ser parte en el contrato de que da cuenta el documento privado de 27 de octubre de 1955, cuya nulidad se pide, "siendo ello indispensable, porque en su ausencia no podría hacerse ningún pronunciamiento sobre la validez o invalidez del contrato consignado en el tantas veces citado medio de prueba".

Considera el censor que la primera de tales razones se funda en "una apreciación errónea del H. Tribunal al leer la demanda, porque el número de demandados que figura en la acción principal de nulidad absoluta, figura también en la acción subsidiaria de simulación, pues se pidió en el encabezamiento de la demanda que contra unos mismos demandados se hicieran las declaraciones y condenas de tales acciones". Es cierto, observa la Corte, que en la iniciación de la demanda se pide que con citación de todas las personas allí relacionadas se hagan los pronuncimientos impetrados en las distintas peticiones contenidas en el libelo; pero también lo es que al formular cada una de las súplicas en particular, se precisan las personas contra las cuales han de hacerse tales pronunciamientos. Y no podía ser de otra manera, puesto que no todos los demandados están legitimados para responder frente a las distintas pretensiones deducidas por el actor. Así, de las concernientes a la nulidad de unos contratos, han de responder quienes los celebraron con el demandante; de la de restitución del inmueble, el actual poseedor; y de las referentes a la simulación de unos convenios, quienes fueron parte en ellos. No puede, por tanto, sostenerse fundadamente que por el hecho de que en el encabezamiento de la demanda se expresen los nombres de los demandados, todos ellos están legitimados para responder de todas y cada una de las acciones ejercitadas, pues resultaría absurdo, v. gr. que la de reivindicación se entendiera ejercitada contra todos ellos, cuando el único poseedor del inmueble materia de la misma es Juan de Dios Cuervo. Y como de la demanda aparece ciertamente que son distintos los demandados que deben responder de las pretensiones sobre nulidad y sobre simulación, síguese que la interpretación que de la demanda hizo el sentenciador para llegar a esa conclusión no peca de contraevidencia. "Precisar el verdadero entendimiento de la demanda —se ha dicho—, es función del fallador de instancia, atributo de su juzgamiento, con tal poder de firmeza, que si el error no aparece ostensible, el criterio del Tribunal prevalece y la sentencia es intocable en casación". (XCV, 62).

Mas en el supuesto, admisible sólo en gracia de discusión, de que el sentenciador hubiera incurrido en el error de hecho que se le atribuye, el cargo resultaría igualmente ineficaz, pues el recurrente se limita a señalar como indirectamente infringidos los preceptos de los artículos 2º de la ley 50 de 1936, 473 y 474 del C. J. y 8º de la Ley 153 de 1887, pero sin precisar el sentido en que cada una de esas normas fue quebrantada, como lo ordena la ley. (D. 528 de 1964, arts. 52 y 63). "La primera causal de casación —se ha dicho— es siempre la de violación de la ley sustantiva, 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 deri-

va 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 sustantivas, 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).

Esta falla de índole técnica, hace impróspera la censura.

Agrégase a lo dicho que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en cuanto faculta al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato", no constituye por sí sola proposición jurídica completa, puesto que para que el juez pueda declarar dicha nulidad es indispensable que exista norma que la establezca, y entonces es menester, además, citar como infringida esa norma, lo que no hizo el censor; que los artículos 473 y 474 del Código Judicial, reguladores de los efectos de la cosa juzgada material, sólo tienen aplicación cuando se pretende abrir nueva discusión sobre cuestiones ya decididas en "sentencia firme dada en materia contenciosa", y tal hipótesis no se da en el caso sub-lite; y que la afirmación de que "se violó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al violarse el principio de la economía procesal", es inane, pues, de una parte no explica el censor en qué consiste esa violación, y de otra. no se consagra en ese precepto el principio de la economía procesal, sino una importante y fundamental regla de hermenéutica legal.

Es, por lo dicho, impróspera esta primera parte del cargo.

En lo tocante con la segunda, observa la Corte que es cierto que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al considerar que Carlos Guerrero no estaba apersonado en el juicio y que "en su ausencia no podría hacerse ningún pronunciamiento sobre validez o invalidez del contrato consignado" en el documento de 27 de octubre de 1955, puesto que por auto de 12 de diciembre de 1961 el juzgado resolvió "que el señor Carlos Guerrero S... tiene derecho a intervenir en el presente juicio ordinario, coadyuvando la causa del demandado Dr. Juan Francisco Galindo", y, por consiguiente, desde esa fecha se halla aquél apersonado en este proceso. La existencia de tal error resulta, empero, intrascendente, puesto que siendo, dos los soportes sobre los cuales descansa el fallo inhibitorio del Tribunal, según se vió, el hecho de que el segundo de ellos sea infundado no trae como consecuencia el quiebre de la sentencia, pues el primero de ellos, que quedó en pie por no haber tenido éxito el ataque que contra él se formuló, tiene consistencia suficiente para impedir la infirmación de la misma.

Se rechaza lá acusación.

Cargos segundo y tercero.

Se denuncia en ellos quebranto de la Ley sustancial a través de la violación de disposiciones del Código Judicial y, por tal razón, se examinan y deciden conjuntamente.

Considera el censor, en el cargo segundo, que el Tribunal violó, por falta de aplicación, los atículos 205, 737, 471, 481 y 307 del C. J., e indirectamente, el artículo 26 de la Constitución Nacional, también por falta de aplicacoión. Y a intento de fundar la acusación, expresa:

"Dijo el sentenciador (fl. 32 c. Nº 5) lo siguiente: Por el aspecto simplemente formal, el libelo originario de este pleito no merece reparos, por cuanto en él se cumplen las exigencias de los artículos 205 y 734 (sic) del Código Judicial".

"A pesar de esa afirmación, que reconoce una posición procesal del demandante, y a pesar de que estaba debidamente trabada la relación jurídico-procesal entre las partes debido a la notificación que se surtió de acuerdo con el artículo 307 del Có-

digo Judicial, desconoció en la parte resolutiva de la sentencia las mismas disposiciones que en ella citó para motivar su fallo y dejó de aplicar los artículos 471 y 481 del Código Judicial que lo obligaban a dictar sentencia de mérito o de fondo, incurriendo en denegación de justicia y dejando de aplicar el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que estando cumplidas a plenitud las formas propias del juicio ordinario, según sus propias afirmaciones, en el presente pleito, no decidió el fondo del negocio judicial que se le sometió a su consideración y decisión".

Agrega que "de haberse respetado por el sentenciador el conjunto de disposiciones citadas en este cargo, no habría dictado la sentencia, como la dictó, inhibiéndose para decidir en el fondo, o confirmando la sentencia inhibitoria de primera instancia, sino que habría dictado sentencia revocatoria para fallar en el fondo, según lo pedido y probado, y no se habría causado a mis representados el grave perjuicio de no oirlos judicialmente, en la defensa de sus derechos, pues correría la prescripción contra ellos".

En el cargo tercero se imputa al Tribunal quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 26 de la Carta y 343 del Código Judicial, por violación medio de los artículos 209, 328, 329, 330, 332, 333, 342, 343, 397 y 398 de este último estatuto, que el sentenciador dejó de aplicar.

Considera el recurrente que al decir el sentenciador que la situación jurídica de Ernesto Wersin y Manuel Eduardo Cárdenas, quienes sólo figuran como demandados en las peticiones subsidiarias, constituye obstáculo insalvable para proferir sentencia de mérito, por incidir sobre el presupuesto de demanda en forma, confunde ese presupuesto con la ilegitimidad de la personería, "la cual, si se propone como dilatoria ... sólo puede referirse a la personería adjetiva, y si se propone como perentoria, no implica fallo inhibitorio, sino de mérito"; que si no fue propuesta como dilatoria ni como perentoria, y el juzgador encuentra justificados hechos que constituyen excepción perentoria, sólo la puede declarar al proferir sentencia definitiva, de acuerdo con los artículos 342 y 343 del Código Judicial; que en el caso sub-lite "esta disposisión dejó de aplicarse, ya que es inoperante en la sentencia formal de inhibición".

Agrega que "el presupuesto de demanda en forma no debe esgrimirse con tanta facilidad por el juzgador de instancia", hasta el punto de confundirlo, como en el caso de autos, con la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva; que se dejó de aplicar el artículo 209 del Código Judicial, "pues estando las acciones de la demanda debidamente acumuladas no ha debido hablarse por este aspecto de falta del presupuesto de demanda en forma"; que como la falta de este presupuesto se hizo depender, "no de la indebida acumulación de acciones, que es de orden objetivo, sino del litis consorcio necesario, que es del orden subjetivo, y como el litis consorcio está dado en la relación jurídico-procesal con la notificación que se les hizo a todos los demandados, tampoco se aplicaron los artículos 397 y 398"; y que "estando, pues, formada la relación jurídico-procesal, que es de derecho público, entre las partes del presente negocio judicial, de modo que se han cumplido las formas propias del juicio, dejaron de aplicarse las disposiciones procedimentales transcritas y se violaron por falta de aplicación los artículos 343 del Código Judicial y 26 de la Constitución Nacional".

La Corte Considera:

Señálanse como indirectamente infringidos por el Tribunal, por falta de aplicación, los artículos 26 de la Constitución y 343 del Código Judicial, por violación medio de las normas de procedimiento en él indicadas.

El cargo así formulado ofrece los siguientes reparos:

a) Que la violación del artículo 26 de la

Constitución sólo puede ocurrir en tres casos: cuando la sentencia se profirió por juez incompetente, cuando el juicio se adelantó por vía procesal inadecuada y cuando el juzgamiento no se hizo con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se imputa al demandado. Como la violación de esa norma que la censura le atribuye al sentenciador no encuentra apoyo en ninguna de estas tres hipótesis, la acusación en este punto resulta inane.

b) Que los artículos 205, 209, 307, 328, 329, 330, 332, 342, 343, 397, 398, 471, 481 y 737 del Código Judicial, que se indican como directamente infringidos por el Tribunal, por falta de aplicación, no constituyen normas sustanciales, desde luego que no atribuyen derechos a los asociados ni les imponen obligaciones, sino típicamente procesales, y por cosiguiente, resulta inadecuado alegar su quebranto como fundamento de una censura en casación.

c) Que el juzgador sólo está obligado a proferir sentencia de mérito cuando está debidamente constituída la relación jurídico procesal, y que, por lo mismo, no viola los artículos 471 y 481 del Código Judicial cuando, por faltar los presupuestos de demanda en forma o de capacidad para ser parte, tiene que declarar su inhibición para dictar sentencia de fondo. "Cuando el objeto de la demanda aparece impreciso a las peticiones son incompatibles entre sí —ha dicho la Corte—, lo que sucede es que la materia del juicio no está definida, hay en cierta forma sustracción de ella, por lo que no es un simple pretexto lo que lleva al juzgador a su declaración de inhibitoria en tales casos. Lo que prohibe el artículo 481 es, en definitiva, el deferir para otro juicio la decisión de fondo cuando todos los presupuestos procesales están satisfechos". (XCIV, 471). Y

d) Que la falta de cualquiera de los presupuestos procesales no constituye excepción perentoria, porque no se trata de un hecho en cuya virtud las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaren extinguida si alguna vez existió. "Es grave error —se ha dicho— erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal. Se trata de fenómenos distintos: aquélla siempre es un medio de defensa que se refiere al fondo del asunto, mientras que la segunda afecta la constitución de la relación jurídico procesal. Probada una excepción perentoria el Juez debe dictar fallo de fondo absolutorio. Advertida la falta de un presupuesto procesal el juez debe abstenerse de fallar en el fondo". (LXXVIII, 104; XCVIm 179).

Se rechaza la acusación.

Cuarto cargo.

Acúsase en él la sentencia de segundo grado por infraccion directa de los articulos 6º, 1521, 1523 y 1524 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936.

La violación de tales normas se hace consistir en que "hay un objeto ilícito en la enajenacion de las cosas que no están en el comercio jurídico y de las embargadas por decreto judicial, así como de las especies cuya propiedad se litiga, lo cual acarrea nulidad absoluta"; que la Corte ha dicho que "la nulidad absoluta de que por ilicitud adolece el contrato de venta de un inmueble que se halla embargado, debe ser declarada de oficio por el juez, aunque no aparezca de manifiesto en el documento que contiene el contrato, con tal que su existencia no pueda revocarse a duda en presencia de la certificación del Registrador que acredita el embargo del inmueble al tiempo de la enajenación"; que en las escrituras 2.794, 4.064 y 4.500, presentadas con la demanda, en el documento de 27 de octubre de 1955, y en el certificado número 521 expedido por el Registrador de I. P. y P. de Tuluá, consta que dichas escrituras no pudieron ser registradas por existir un embargo judicial, y en consecuencia, el objeto ilícito es manifiesto; que de haber aplicado el Tribunal los preceptos que se señalan como infringidos habría anulado los contratos que los están violando de modo flagrante; que en lugar de hacer la declaración de nulidad impetrada por el actor, dijo el Tribunal que en la sentencia "que falta el presupuesto de demanda en forma en relación con los señores Wersin y Cárdenas, a pesar de estar unidos por una misma

causa petendi... afirmación que no está respaldada por la realidad procesal, y no vió, en cambio, la protuberancia de la violación de normas de orden público, que, con tal afirmación, pareció inadvertida".

Se Considera:

El quebranto directo de la ley sustancial —se ha dicho reiteradamente— ocurre cuando el sentenciador, contemplando los medios de prueba tal como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en cuanto a su apreciación y tomando, por lo mismo, el caso sometido a su examen en su exacta realidad, deja de aplicarle el precepto sustancial que le corresponde, o se lo aplica torcidamente por errónea interpretación, o le aplica uno diferente. En la censura por violación directa de la ley sustancial resulta, por tanto, inadmisible cualquier discusión sobre los elementos probatorios del juicio, pues ha de limitarse a la confrontación de la sentencia con el precepto legal que se considera infringido, a efecto de establecer el error jurídico en que pudo incurrir el sentenciador, bien sea porque el fallo acusado contenga una decisión absoluta contraria a dicho precepto siendo éste aplicable, o porque le atribuye un sentido o un alcance que no tiene, o porque lo haya hecho actuar sin ser el que regulaba el caso litigado. Si para concluir en la violación del ordenamiento legal es menester examinar alguna de las pruebas que obran en el proceso, la acusación por violación directa de la ley resulta improcedente, pues se trataría entonces de una infracción indirecta de la misma a causa de haber incurrido el fallador en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas.

Y esto es precisamente lo que ocurre con el cargo que se examina, puesto que para establecer si el sentenciador dejó de aplicar los preceptos que se señalan como infringidos, tendría inexcusablemente la Corte que examinar las pruebas que obran en el proceso a fin de determinar si el inmueble o los inmuebles materia de los contratos a que alude el recurrente, se hallaban o no embargados por decreto judicial al tiempo de su enajenación, y si, por lo mismo, quedaron o no afectados de nulidad por ilicitud del objeto. Significa lo dicho que por no corresponder la naturaleza del cargo a los fundamentos en que se sustenta, debe ser rechazado.

A lo cual cabe agregar que conforme a reiterada doctrina de la Corte, la enajenación de las cosas por acto entre vivos, es decir su traslación 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. 765, 759 y 2637, inc. 1º C. C.). Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título no hay enajenación, y mientras ésta no se produzca no puede hablarse de nulidad por ilicitud del objeto. Por manera que si, como se afirma en la demanda incoativa de este juicio, la venta del inmueble "La Siberia" no pudo registrarse por hallarse embargado, no se consumó la enajenación del mismo, y, por lo mismo, mal pudo quedar ésta afectada por ilicitud del objeto, conforme al artículo 1521, ordinal 3º del Código Civil.

Se rechaza el cargo.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, adminstrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha treinte (30) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio ordinario seguido por Juan Francisco Galindo contra Amalia Galvis de Beltrán y otros.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NOVACION

La aceptación de una letra de cambio por quien figura como deudor en la relación fundamental que sirve de causa a la emisión de la letra, no constituye de suyo novación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 25 de 1º de abril de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del juicio ordinario adelantado por Oscar Osorio Gil contra "Confecciones Industriales Hermega, Ltda.".

Antecedentes:

De enero de 1959 a abril de 1962 existieron entre las sociedades "Osorio Múnera & Cía. Ltda." y "Confecciones Industriales Hermega Ltda." relaciones comerciales consistentes en que la última suministraba mercancías a la primera para su distribución en el Departamento de Antioquia. Así las cosas, Oscar Osorio Gil, obrando como representante de "Osorio Múnera & Cía. Ltda." declaró por escritura pública número 1649 de 3 de julio de 1960, de la Notaría Séptima de Medellín, que en razón de las relaciones comerciales aludidas la sociedad por él representada era deudora de "Confecciones Industriales Hermega Ltda.", en la misma fecha, de las sumas de $ 123.843.79 por concepto de capital, y $ 6.512.44 por concepto de intereses liquidados al 10% anual hasta el 31 de mayo de 1960. Y obrando ya en su propio nombre, constituyó hipoteca abierta sobre varios inmuebles de su propiedad en favor de la sociedad acreedora, para garantizar a ésta el pago no solo de las sumas antedichas, en los plazos y condiciones allí estipulados, sino de cualquier crédito que en lo futuro llegara a deber la misma sociedad "Osorio Múnera & Cía. Ltda." con causa en las relaciones comerciales mencionadas, hasta por la suma de $ 180.000.00, comprometiendo igualmente el otorgante Osorio Gil su responsabilidad personal. Esta escritura fue aceptada por la sociedad acreedora, y debidamente registrada.

Posteriormente, por ecritura 2623 de 28 de julio de 1961, de la Notaría Primera de Bogotá, el representante legal de "Confecciones Industriales Hermega Ltda." canceló parcialmente el gravamen hipotecario a que atrás se hizo referencia, y declaró además: a) que dicho gravamen quedaba limitado a garantizar 15 letras de cambio por un valor total de $ 150.000.00, cada una por $ 10.000.00, mas los intereses respectivos, de vencimiento mensual a partir del 28 de agosto de 1961, letras que, dijo el exponente, "han sido aceptadas por 'Osorio, Munera & Cía. Ltda."; b) que el gravamen hipotecario no seguirá respondiendo en lo futuro por nuevas operaciones comerciales; c) que continuaría vigente la responsabilidad de Oscar Osorio Gil, y que en caso de mora en el pago de tres letras consecutivas, se tendrían por vencidos los plazos para el pago de las restantes. Otorgante exclusivo de esta escritura fue el citado representante legal, es decir, que Osorio Gil no lo fue.

Después de haberse declarado en quiebra la sociedad "Osorio, Múnera & Cía. Ltda.", y de haberse hecho presente en el juicio respectivo la sociedad "confecciones Industriales Hermega Ltda." demandando el pago de suma de $ 83.600.00 que indicó como monto de sus créditos, ésta misma sociedad demandó ejecutivamente a Oscar Orosio Gil ante el entonces Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, por la suma de $ 150.000.00, más intereses al diez por ciento anual a partir del 28 de agosto de 1961, ejercitando contra el ejecutado tanto la acción real hipotecaria como la personal resultantes según el actor de las escrituras atrás relacionadas. En la demanda afirmó la parte ejecutante que el ejecutado no había cubierto la suma de $ 150.000.00 "a la cual quedó reducido el crédito que se hizo constar en la escritura 1649 de 3 de junio de 1960"; que tampoco la sociedad "Osorio, Múnera & Cía. Ltda." había cubierto "las letras que suscribió al hacerse la cancelación parcial"; y que como "se convino al hacerse la cancelación parcial que la falta de pago oportuno de tres letras daría lugar a que se declarara vencido el plazo para todas las impagadas", presentaba varios de esos instrumentos sin descargar, en total seis de éllos, por un valor por capital e intereses capitalizados de $ 66.900.00, "lo cual da lugar a que la sociedad acreedora de por vencido el plazo y proceda a hacer efectiva la obligación ejercitando la acción real y personal contra el señor Oscar Osorio Gil".

Librado por el Juzgado del conocimiento mandamiento de pago en los términos solicitados por la parte ejecutante, el ejecutado presentó demanda de excepciones en la cual invocó las que calificó como de insuficiencia del título ejecutivo, nulidad del mandamiento de pago, ilegitimidad de la personería del demandado, error de cuenta, incompetencia de jurisdicción, petición antes de tiempo y de un modo indebido, pacto de no pedir, ilegitimidad de la persona del ejecutante, nulidad del instrumento ejecutivo, inexistencia de la obligación, falta de consideración de valor y pleito pendiente. Tramitado el incidente respectivo, el Juzgado lo decidió en primera instancia mediante sentencia de 18 de agosto de 1964, en la cual declaró probada la excepción de insuficiencia del título ejecutivo. Consideró ese despacho que la acción se había ejercitado con fundamento en la escritura 2623 de 28 de julio de 1961, y que como ésta fue otorgada exclusivamente por el representante legal de la parte ejecutante, no constituía por lo mismo prueba contra el deudor, o sea que no prestaba mérito ejecutivo contra éste.

Recurrida dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Medellín, ésta la revocó en todas sus partes mediante la suya de 20 de octubre de 1964, declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó al ejecutado a pagar a la sociedad ejecutante la suma de $ 130.356.23, o sea el valor acumulado del capital y los intereses reconocidos en la escritura 1649 de 3 de junio de 1960, por la cual se constituyó la hipoteca abierta, y ordenó adelantar la ejecución y rematar los bienes embargados para atender con su producto al pago de la deuda y de las costas de la primera instancia. El Tribunal fundó su decisión ante todo en que el a-quo dictó el auto de mandamiento ejecutivo tomando en consideración la escritura 2623 de 28 de julio de 1961 "la que no podía ni puede tenerse en cuenta para tal efecto, ni para el fallo, porque élla no proviene del deudor, ni de su causante, ni emana de una sentencia.. como que no es sino una declaración unilateral de la parte acreedora... Para pedir y decretar el mandamiento de pago y pronunciar la sentencia de excepciones, sólo ha de considerarse la primera escritura, la Nº 1649, que sí contiene una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero a cargo de "Osorio, Múnera & Cía. Ltda.", de la que se hizo responsable el ejecutado, señor Osorio Gil y para cuya garantía constituyó hipoteca sobre algunos bienes de su exclusiva propiedad". Sobre esta base, el Tribunal estudió todas y cada una de las excepciones propuestas, las halló no probadas, y así lo declaró, pero no para dejar intacto el mandamiento de pago, librado como ya se dijo por la suma de $ 150.000.00, sino para expedir una declaración de condena contra el ejecutado por las sumas declaradas como saldo debido, por capital e

intereses, en la escritura citada número 1649.

El Presente Litigio.

Con los antecedentes relacionados, el señor Oscar Osorio Gil demandó a la sociedad "Confecciones Industriales Hermega Ltda." ante el Juzgado Sexto Municipal de Medellín, para que por los trámites de un juicio ordinario se declara principalmente: "que los documentos de crédito acompañados a la demanda ejecutiva con acción mixta... (alude a la que se dejó extractada atrás)... y que fueron copias de las escrituras públicas 1649 de 3 de junio de 1960 y 2623 de 28 de julio de 1961... no podían servir de fundamento al mandamiento de pago que ese Despacho dictó... por cuanto no reunían los requisitos legales para dictarlo, ya que carecían de los exigidos por el artículo 982 del C. J.,"; y subsidiariamente, "que la sentencia de segunda instancia dictada por el H. Tribunal Superior de Medellín el 20 de octubre de 1964... en el incidente de excepciones del referido juicio ejecutivo; y que dispuso seguir adelante la ejecución, carece de los fundamentos legales adecuados por lo que queda sin efecto". Como consecuenciales a las declaraciones pedidas principal y subsidiariamente, solicitó que se declararan carentes de valor los actos procesales posteriores al que quedara afectado por la petición principal o subsidiaria que resultara acogida, e igualmente que se hiciesen cancelaciones de inscripciones ordenadas dentro del juicio ejecutivo y de la hipotecaria correspondiente a la escritura 1649 de 3 de junio de 1960 de la Notaría Séptima de Medellín.

Al indicar los hechos fundamentales de las peticiones anteriores, el demandante empieza por mencionar el juicio ejecutivo promovido contra él por la sociedad ahora demandada, y los resultados en primera y segunda instancia de la demanda de excepciones por él allí presentada, para pasar luego a exponer las razones que lo asisten para pedir lo que pide, razones que se inician con la rememoración de las relaciones comerciales que existieron entre "Osorio, Múnera & Cía. Ltda." y "Confecciones Industriales Hermega Ltda.", agregando luego: que a partir del 17 de septiembre de 1959, según se ve de inspección ocular practicada en el juicio ejecutivo sobre los libros de la sociedad demandada, "la sociedad deudora resulta ser una que la parte demandada denomina "Osorio Restrepo & Cía. Ltda."... Sociedad ésta con la cual nunca he tenido que ver ni he sido su fiador; que en la escritura 1649 de 3 de Junio de 1960, el actor se obligó a pagar el saldo a cargo de la sociedad "Osorio, Múnera & Cía. Ltda." en esa misma fecha, y a responder como fiador por obligaciones posteriores de la misma sociedad hasta por $ 180.000.00; que posteriormente, por escritura que no fue otorgada por el actor sino por la entidad demandada, ésta redujo la hipoteca a $ 150.000.00 y excluyó del gravamen dos de los inmuebles afectados por él; que el 5 de diciembre de 1961 el Juzgado Segundo del Circuito de Medellín declaró en estado quiebra a la sociedad "Osorio, Múnera & Cía. Ltda.", a solicitud del mismo demandante como representante de ésta; que "Confecciones Industriales Hermega Ltda." se hizo presente oportunamente dentro del juicio de quiebra con el fin de exigir el pago de obligaciones a su favor y a cargo de la sociedad en quiebra; que por el otorgamiento de la escritura de hipoteca abierta (la número 1649 de 3 de junio de 1960), no recibió el actor de la sociedad demandada remuneración o contraprestación alguna, pues se obligó como fiador gratuito; y cuando se otorgó ese instrumento, no existía sociedad que se denominara "Osorio, Restrepo & Cía. Ltda.", ni posteriormente conoció el actor entidad que tuviera ese nombre o razón social; y que con las copias del juicio ejecutivo acompañadas a la demanda se propusieron, además de las excepciones de insuficiencia del título ejecutivo, otras varias como la de pleito pendiente, incompetencia de jurisdicción, error de cuenta, debidamente fundamentadas, pero que el fallador de primera instancia no consideró por haber encontrado probada la primera de las mencionadas.

Adelantado el juicio con la oposición de la sociedad demandada, el Juzgado a-quo le puso fin a la primera instancia con sentencia declarativa de que "la sentencia de segunda instancia dictada por el H. Tribu-

nal el 29 de octubre de 1964...carece de los fundamentos legales adecuados. En su lugar se declara probada la excepción de inexistencia parcial de la obligación y por ello la ejecución debe seguirse para cubrir el capital de sesenta y nueve mil novecientos pesos($ 69.900.00), los intereses de mora al 1% mensual sobre cada una de las letras de diez mil pesos ($ 10.000.00) desde que se hicieron exigibles y las costas del juicio'". La sentencia negó las demás peticiones de la demanda, y condenó a la sociedad demandada en las costas del juicio.

Tanto la parte actora como la demandada recurrieron en apelación contra la sentencia del Juzgado y el Tribunal decidió los recursos revocando mediante providencia de 14 de junio de 1967 lo resuelto por el inferior, y disponiendo en su lugar que no se hacían las declaraciones solicitadas en la demanda, con condena al actor a pagar las costas tanto de primera como de segunda instancia.

La Sentencia del Tribunal.

Al entrar en el examen de la cuestión planteada el Tribunal empieza por reproducir en sus aspectos de interés para el litigio las declaracionese contenidas en las escrituras 1649 y 2623 tantas veces mencionadas; hace la historia del juicio ejecutivo y en especial de la suerte corrida por la demanda de excepciones en él presentada por la parte allí ejecutada y aquí demandante; destaca cómo de conformidad con los artículos 473 y 1030 del C. J. la sentencia de excepciones en juicio ejecutivo es revisable por la vía ordinaria, pero aclara que "en la revisión de tales sentencias es preciso examinar los fundamentos que sirvieron para dictarla, y la actuación que precedió a tales providencias. No es posible entrar al estudio de hechos que no fueron controvertidos en la sentencia, cuya revisión se pide". Pasando a referirse concretamente a la petición primera y principal de la demanda, comenta que en la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el incidente de excepciones se dijo "que la escritura Nº 2623 por contener una declaración unilateral de la sociedad acreedora y por no provenir del deudor ni de su causante ni emanar de una sentencia judicial que deba cumplirse, no es suficiente título ejecutivo; que el verdadero lo constituye la escritura Nº 1649, de la que resulta una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, de la que se hizo responsable el ejecutado, señor Osorio Gil... —De manera que en cuanto a la ineficacia de las declaraciones contenidas en escritura Nº 2623 en lo atinente a las obligaciones allí consignadas... están de acuerdo el Tribunal, según lo expresó éste en la sentencia que se revisa, el apoderado de la sociedad acreedora, quien se conformó con el fallo del Tribunal, y el demandado mismo Oscar Osorio Gil al manifestar repetidamente y al pedir como declaración primera de la demanda, origen de este juicio, que la nombrada escritura 2623 de 28 de julio de 1961, no reune los requisitos legales para sustentar un mandamiento de pago. Y ello es así porque los contratos... son una ley para los contratantes, y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales... Por eso resulta aventurada la afirmación del señor Juez al expresar en uno de sus apartes de la motivación de la sentencia 'que el acreedor puede sin el concurso del deudor modificar las condiciones del pago, los plazos y reducir las garantías'... Ya se expresó anteriormente que el título ejecutivo digno de tenerse en cuenta, lo constituye la escritura Nº 1649... Así lo sostuvo el Tribunal en la sentencia de excepciones que se revisa, y con ese fallo se conformó la sociedad ejecutante... Sólo el ejecutado, señor Osorio Gil, actual demandante en este juicio ordinario, sigue sosteniendo que tal instrumento no reune los requisitos legales exigidos por el artículo 982 del C. J.".

Se refiere luego la sentencia acusada a las excepciones propuestas dentro del juicio ejecutivo, y dice que todas éllas fueron examinadas una por una por la Sala sentenciadora "llegándose a la conclusión de que no estaban probadas"; y agrega que las escasas pruebas practicadas en este juicio ordinario no son "suficientes para aniquilar la presunción de verdad con que está amparada la sentencia de excepciones proferida por el Tribunal, con sólido fundamen-

to jurídico, y que permita adoptar un fallo distinto o contrario".

Aludiendo a la sentencia de primera instancia proferida en este juicio ordinario, dice el Tribunal que élla, al través de una interpretación de la demanda ejecutiva, "parece confundir una obligación de la sociedad deudora con la personal del señor Osorio Gil, y le da mérito a la escritura Nº 2623.. que ni el Juzgado ni el Tribunal de entonces aceptaron como instrumento eficaz por motivos claramente legales, instrumento que tampoco acepta la sociedad acreedora ni el deudor Oscar Osorio Gil... Y si es cierto que el Juzgado de hoy acepta la eficacia del título consignado en la escritura número 1649, varias veces citada, identificaésta jurídicamente con la Nº 2623, para llegar a la conclusión, basado en pareceres y suposiciones, de que está probada la excepción de 'inexistencia parcial de la obligación', denominación ésta dada por el fallador a la excepción calificada por el ejecutante como 'error de cuenta'... porque según expresiones del Juzgado es al Juez al que corresponde darle el nombre correcto, consultando la naturaleza de la misma. En verdad que el razonamiento de la señorita Juez en la parte motiva es un tanto contradictorio e ilógico, y al declarar probada la inexistencia parcial de la obligación, resalta la falta de consonancia con lo pedido en la demanda".

De la premisa ya sentada de que las partes están de acuerdo, y con éllas el Tribunal, en que la escritura 2623 contiene una declaración unilateral de voluntad que no perjudica al deudor, sigue diciendo el sentenciador, resulta que tal instrumento no es materia de la presente controversia, la cual entonces se reduce a examinar la pretensión del actor de que la escritura número 1649 no reune los requisitos exigidos por el artículo 982 del C. J. para proferirmandamiento de pago, tesis ésta que en el juicio ejecutivo se defendió con varias excepciones, que allí se declararon no probadas con razonamientos que la sentencia que se extracta dice acoger.

Refiriéndose de nuevo el Tribunal a la excepción de 'error de cuenta", calificada por el Juzgado como de "inexistencia parcial de la obligación", y a la afirmación del actor de que esa excepción implica que la obligación por la cual se ejecutó no fuera líquida, expresa que de la escritura 1649 "surge una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, como es la suma de $ 130.356.23, a cargo del deudor Oscar Osorio Gil y a favor de la sociedad 'Confecciones Industriales Hermega Ltda." ... por lo que no puede hablarse de falta de liquidez o que se haya incurrido en error de cuenta, hechos no comprobados en el proceso".

Con otras consideraciones, que no es el caso de extractar, concluye el Tribunal sosteniendo que se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, "y proferir en cambio, un fallo en consonancia con las peticiones de la demanda", fallo que, como ya se dijo, consistió en denegar las declaraciones invocadas.

La Demanda de Casación

Un solo cargo formula la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, cargo que se propone dentro de la esfera de la causal primera y se hace consistir en la violación directa de los artículos 1495, 1496, 1517, 1625, 1687, y 1690 del C. Civil, los dos primeros por aplicación indebida, y los restantes por falta de aplicación.

En sustentación del cargo empieza el recurrente por afirmar que en el juicio ejecutivo se presentaron dos escrituras públicas, las números 1649 y 2623 tantas veces citadas, lo mismo que seis letras de cambio por un valor total de $ 66.900.00, y que tanto en ese juicio como en el presente ordinario se ha debatido si de aquéllas dos escrituras debe tenerse en cuenta sólo la primera, por contener la segunda una declaración unilateral de la sociedad acreedora; o si deben tenerse en cuenta ambas, por mediar íntima relación entre éllas, y además las letras por tratarse de una hipoteca abierta que debía operar necesariamente en combinación con otro documento de deber. Para el Tribunal, dice el censor, citando al efecto apartes de la sentencia acusada, la

escritura 2623 no podía contener ninguna modificación a la relación anterior existente entre las partes, ni podía constituir título ejecutivo contra Osorio Gil, ni por ende jugaban papel en el ejecutivo las letras a que alude la citada escritura. De esta suerte, el sentenciador de segunda instancia descartó la posibilidad de fundar en la escritura y en las letras mencionadas, seis de las cuales se acompañaron a la demanda ejecutiva, cualquiera de las excepciones que el ejecutado propuso en el respectivo juicio.

Transcribe a continuación el recurso apartes de las escrituras 1649 y 2623, y comenta que en la última hizo el representante legal de "Confecciones Industriales Hermega Ltda." dos tipos de manifestación: una de cancelación parcial del gravamen hipotecario que se había constituído mediante la primera, "y otra referente al contrato a que accede la hipoteca, para declarar que dicho contrato había quedado convertido en quince letras de cambio aceptadas por 'Osorio, Múnera & Cía. Ltda. y que por consiguiente la hipoteca quedaba limitada a garantizar esas letras, con nuevos plazos.

Se presenta aquí el fenómeno de la novación, que es una forma de extinguir obligaciones (art. 1625 del C. Civil). Esa novación aparece convenida por ambas partes en el giro y aceptación de las letras de cambio, mencionadas en forma expresa por el Gerente de "Confecciones Industriales Hermega, Ltda." El Tribunal violó entonces, por falta de aplicación, la mencionada norma de carácter sustancial y también el artículo 1687 del mismo Código, que define la novación... Y además violó, también por falta de aplicación, el artículo 1690 del C. Civil que señala los modos de novación, en cuya parte primera se comprende el acaecido en este evento...".

Se refiere luego el censor a la crítica que el Tribunal le hace al sentenciador de primer grado, por haber sostenido éste la tesis de que el acreedor puede, sin el concurso de su deudor, modificar las condiciones de pago, los plazos y reducir las garantías, y que en general puede mejorarlas pero no hacerlas más gravosas, y expresa que al criticar esa tesis y emitir concepto adverso a ella el Tribunal violó en forma directa los artículos 1495, 1496 y 1517 del C. C.; pues al negarle todo valor a lo consignado en la escritura 2623, diferente a la cancelación parcial de la hipoteca, exigiendo que lo allí declarado requería la concurrencia tanto de la parte acreedora como de la deudora, aplicó indebidamente las normas sobre contrato o convención bilateral, "cuando por el contrario, ha debido darle pleno valor al contrato o declaración unilateral de la sociedad acreedora, que ha de regirse por los artículos 1.496 y 1517 ibidem".

Agrega luego que de la misma manera que la extinción por pago de una obligación se prueba con la manifestación unilateral del acreedor en favor del deudor, también la novación puede demostrarse con la sola manifestación del acreedor; que en la segunda escritura el Gerente de la sociedad aquí demandada "no hizo sino confesar la novación, remitiéndose al contrato que la contenía (giro de 15 letras de cambio) y limitando la responsabilidad hipotecaria del señor Osorio Gil a seguir garantizando única y exclusivamente esas letras. Manifestación que es válida de acuerdo con los artículos 1.496 (parte primera) y 1.517 del Código Civil que se violaron por falta de aplicación. Esa declaración unilateral tenía una causa, que era el contrato de novación, y además implicaba una obligación de no hacer, que se reducía a esto: a que la sociedad acreedora no podía ejercitar la acción hipotecaria o la mixta, contra Osorio Gil, sino con base en todos o parte de las quince letras de cambio".

Más adelante afirma que la hipoteca abierta, como contrato accesorio que es, corre la suerte del principal, y que si éste último se extingue total o parcialmente, hay lugar a proponer las correspondientes excepciones. "Del mismo modo, si se presenta el fenómeno de la novación, que puede tener como causa el pago parcial u otras facilidades que en cuanto a cuotas y plazos quiera conceder el acreedor al deudor, surgen circunstancias que pueden dar base a excepciones dentro del respectivo juicio de cobro". Por eso, sigue diciendo el recurso, en el juicio ejecutivo que antecedió

al presente debió reconocerse la excepción de "inexistencia parcial de la obligación" con fundamento en la declaración de voluntad unilateral de la sociedad acreedora, en armonía con el convenio bilateral contenido en las letras de cambio presentadas por la compañía acreedora".

Se Considera:

I. - La novación es un modo de extinción de las obligaciones, y consiste en la sustitución de una obligación nueva a otra anterior (arts. 1625 y 1687 del C. C.). Su realización puede asumir dos grandes formas contempladas en el artículo 1690: la subjetiva (numerales 2º y 3º), y la objetiva (numeral 1º).

Por lo que respecta a la novación objetiva, que es la que aquí interesa considerar, élla se surte mediante acuerdo de voluntades entre los mismos sujetos acreedor y deudor de la obligación primitiva (el llamado contrato de novación a que alude el artículo 1689 C. C.), acuerdo de voluntades en virtud del cual éstos dan por extinguida dicha obligación primitiva, pero reemplazándola por otra nueva que difiere de aquélla por el aspecto real de su estructura, dejando de esa manera el deudor de serlo respecto de la primera obligación, para pasar a serlo únicamente de la segunda. Siendo entendido que estos efectos simultáneos: extintivo, de un lado, y constitutivo de otro, deben aparecer claramente queridos por las partes (animus novandi), ya porque así lo declaren expresamente, ya porque del acto se deduzca indudablemente que su intención ha sido esa. El animus novandi, pues, no se presume (artículo 1693 C. C.).

II. - Conviene especialmente aquí hacer énfasis sobre el factor nuevo que, para que pueda hablarse de novación, debe importar la segunda obligación en relación con la primitiva, con el fin de destacar al respecto que ese factor nuevo debe presentarse como consecuencia del cambio de alguno de los elementos constitutivos o esenciales de la obligación anterior: cambio de uno de sus sujetos, tratándose de novación subjetiva, y cambio del objeto o de la causa, si la novación es objetiva.

Resulta de lo que acaba de decirse, entonces, que si la obligación anterior es modificada mediante acuerdo entre las partes, pero por aspectos no relacionados con sus elementos esenciales o constitutivos, sino con elementos accidentales o accesorios suyos, no se produce novación. A ese criterio obedece que no haya de suyo novación en el caso de que siendo la obligación antigua pura y simple, la nueva se someta a una condición, o viceversa; ni que tampoco constituye novación la simple mutación del lugar donde deba hacerse el pago, o la mera ampliación del plazo para el cumplimiento de la obligación, o la reducción del mismo (arts. 1692, 1707, 1708 y 1709 del C. C.). A estos casos no configurativos de novación, expresamente previstos por la Ley, cabe agregar otros, como el otorgamiento de garantías personales o reales, la reducción o eliminación de éstas, la remisión parcial de una deuda, etc., pues en todos estos casos la obligación ya existente queda viva en sí misma, no es sustituída por otra diferente, y ello explica que no haya allí novación.

III. - Por la importancia decisiva que para el despacho del cargo en estudio representa, merece ser considerado bajo capítulo aparte, para determinar si es o no constitutivo de novación, el hecho de la aceptación por el deudor de una letra de cambio representativa de la obligación contraída por él en virtud de la relación fundamental o extracambiaria. Connotados tratadistas extranjeros resuelven negativamente esta cuestión. Así, Josserad expresa: "Se ha juzgado que la voluntad de novar no resulta de la sola circunstancia de que el deudor haya suscrito y el acreedor haya aceptado, por saldo de la deuda, efectos de comercio (letras de cambio o pagarés a la orden), pagaderos a fechas más o menos lejanas; a pesar de ese arreglo, la obligación sigue siendo, en principio y en tesis general, idéntica a sí misma; el acreedor conserva, pues, todas las garantías que le pertenecen". (T. III, V. I, página 709). Y en el mismo sentido se expresa Planiol y Ripert (Tratado, T. VII, p. 599); los hermanos Mazeaud (V. III, parte segunda, página 466); y Messineo, (T. IV, p. 403).

En lo que respecta a nuestro derecho, el

tema general cae bajo la preceptiva de los artículos 215, 216 y 217 del Código de Comercio, y en el caso concreto materia de este juicio bajo el principio general contenido en la última de las disposiciones citadas, según la cual "Si los efectos de comercio entregados por consecuencia de un nuevo convenio fueren transmisibles por endoso, se presumirá que la recepción de éllos lleva la condición de ser pagados. La novación, en este caso, no se perfeccionará sino por la realización del pago efectivo". O sea que en la hipótesis de este precepto, la expedición o aceptación de un instrumento negociable se tiene como un pago de la obligación fundamental en razón de la cual aquél se expide, pero un pago sujeto a la condición suspensiva de que el instrumento sea efectivamente pagado; y por éllo la segunda parte de la disposición transcrita expresa que en ese evento la entrega y recepción del instrumento no perfecciona o causa una novación sino al realizarse el pago del mismo instrumento.

Es de notarse, de paso, que ninguna utilidad tiene el carácter novatorio que, una vez pagado el instrumento, le asigna el artículo 217 a la entrega y recepción de él, pues se trataría de una novación que no va a dejar subsistente obligación alguna a cargo del deudor, ya que la obligación nueva que normalmente debiera surgir al perfeccionarse la novación, queda automáticamente extinguida al producirse el evento condicional de que queda pendiente la novación misma, es decir, al producirse el pago del instrumento. En otras palabras, es impropio atribuirle la naturaleza de novación a un acto del cual no va a resultar subsistente obligación alguna que sustituya a otra anterior.

IV. - Descendiendo al cargo que se examina, aparece claro que su formulación viene montada sobre el supuesto de que el giro y aceptación de las quince letras de cambio nominativas por $ 150.000.00 en total a que hizo referencia el Gerente de la sociedad aquí demandada en la escritura 2623 de 28 de julio de 1961, de la Notaría Primera de Bogotá, configuraron una novación de la obligación para cuya seguridad se constituyó la hipoteca abierta de que trata la escritura 1649 de 3 junio de 1960, de la Notaría 7ª de Medellín. Fenómeno novatorio que por no haber sido advertido por el Tribunal, dice el recurso, trajo consigo la violación de las normas que el cargo cita como infringidas.

Mas si se tiene en cuenta lo dicho atrás acerca de que entre nosotros la aceptación de una letra de cambio por quien figura como deudor en la relación fundamental que sirve de causa a la emisión de la letra, no constituye de suyo una novación, forzoso entonces es llegar a la conclusión obvia de que no se produjo aquí la novación invocada como epicentro del cargo que se examina, y que consiguientemente no pudo el Tribunal haber violado las disposiciones que en materia de novación, unas, y en conexión necesarias con éllas, según el censor, otras, se señalaron por éste como infringidas.

Por lo tanto, el cargo no puede prosperar.

Resolución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de junio de 1967, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Oscar Osorio Gil contra "Confecciones Industriales Hermega, Ltda.".

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

El certificado expedido por el secretario no es plena prueba. La calidad de heredero del presunto padre es presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril once de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 26 abril 10 de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto, por la parte demandante, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, con fecha 17 de octubre de 1966, en el juicio ordinario seguido por María Mercedes Meza contra la sucesión de Eustaquio Revueltas P.

- I -

El Litigio

En libelo calendado el 14 de diciembre de 1961, María de las Mercedes Meza demandó, ante el Juzgado único civil del circuito de Montería, "al difunto Eustacio Eustaquio Revueltas P. o su heredera reconocida en el juicio de sucesión abierto y radicado en ese Juzgado, cual es la señora Lidia Teresa de Berrío...", en solicitud de las siguientes declaraciones y condenas:

Que el menor Fredis Eustaquio, nacido en San Anterito el 3 de diciembre de 1958, es hijo natural del difunto Eustacio Eustaquio Revueltas Payares.

Que el citado menor, hijo de María de las Mercedes Meza, es heredero "del difunto Eustacio E. Revueltas, con derecho a intervenir en el juicio de sucesión de éste que cursa en ese Juzgado".

Los hechos constitutivos de la causa petendi, son: "1º) Entre el señor Eustacio Eustaquio Revueltas P. y mi poderdante existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables por espacio de dos y medio (2½) años.

"2º) Como consecuencia de estas relaciones nació un niño conocido con el nombre de Fredis Eustaquio que, en la actualidad, tiene tres años de edad.

"3º) Dicho señor Revueltas siempre trató al niño como hijo suyo, suministrándole lo necesario para la subsistencia y presentándole en ese carácter a sus familiares y amigos y al vecindario de San Anterito en general.

"4º) No obstante este tratamiento, el señor Revueltas no reconoció legalmente a su hijo, pero lo estuvo sosteniendo suministrándole alimentación y servicios médicos hasta su muerte hace dos meses más o menos".

Notificada la demanda a la señora Lidia R. de Berrío, ésta le dió contestación diciendo ignorar "por completo" los fundamentos fácticos.

La primera instancia remató con sentencia de 3 de septiembre de 1964, por la cual se resolvió:

"1º Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por el doctor Clímaco Cabrales al contestar la demanda y las expuestas en su alegato de conclusión.

"2º. Declárase que el menor Fredy Eus-

taquio, nacido de las relaciones sexuales existentes entre María Mercedes Meza y el finado Eustaquio Revueltas Payares, es hijo natural de éste último para todos los efectos legales.

"3º. Como consecuencia de la anterior declaración, el citado menor Fredy Eustaquio Revueltas tiene derecho a intervenir en la sucesión de su finado padre natural Eustaquio Revueltas Payares, como heredero.

"4º. Para los efectos del artículo 370 del C. C. dese aviso al señor Notario 1º Público de este circuito y al señor Cura Párroco de la Iglesia de El Carmen donde fue bautizado el menor Fredy Eustaquio Revueltas a fin de que hagan las anotaciones del caso.

"5º. Condénase a la parte demandada al pago de las costas del presente juicio".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería conoció del juicio por recurso de apelación, interpuesto por la parte vencida, y desató la segunda instancia con el fallo de 17 de octubre de 1966 por el cual revocó el de primer grado y resolvió, en su lugar, no hacer las declaraciones solicitadas por la parte demandante "por no encontrarse acreditada legalmente la legitimación en la causa de la parte demandada".

Contra esta providencia, en escrito de tres de noviembre de 1966, el señor apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación que, ahora, entra la Corte a decidir.

III

Bases de la Sentencia Impugnada

Después de transcribir los hechos de la demanda y de relatar las incidencias surgidas en el desarrollo del proceso, el sentenciador de segundo grado expone las razones que sustentan su fallo inhibitorio, originado en la ausencia, según él, de la legitimatio ad causam pasiva.

El Tribunal interpretó la demanda, entendiendo que cuando en el libelo se dijo "demandó al difunto Eustacio Eustaquio Revueltas P. o su heredera reconocida en el juicio de sucesión abierto y radicado en ese juzgado, cual es la señora Lidia Teresa de Berrío", el demandante quiso traer a juicio a la señora de Berrío en su calidad de heredera del señor Eustaquio Revueltas.

El sentenciador afirma que no existe prueba idónea para predicar de la demandada su calidad de heredera de Eustaquio Revueltas, pues para demostrar que es sucesora de éste, se aportó, como único instrumento indicativo de tal calidad, un certificado expedido por el secretario del juzgado único civil del circuito de Montería, que reza:

"1º Que por auto de fecha diciembre dos (2) del presente año, se encuentra abierto y radicado en este juzgado el juicio sucesorio del finado señor Eustaquio Revueltas P.

"2º Que por auto de fecha diciembre siete (7) del presente año, se encuentra reconocida como heredera del causante la señora Lidia Teresa Revueltas de Berrío, en su condición de hija natural. Para constancia se firma el presente certificado en Montería, a los catorce (14) días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961).

La certificación del secretario, expone el Tribunal, pese a la autorización del Juez, no tiene valor probatorio para demostrar la existencia de hechos que constan en los procesos judiciales. Esta prueba sólo es admisible cuando el hecho sucede ante el juez y su secretario y no queda consignado en el proceso. Pero, entonces, la preceptiva probatoria del artículo 632 del C. Judicial, indica que la certificación debe ser expedida por el Juez y no por el secretario, para que haga plena prueba como documento auténtico.

"Una simple certificación de funcionario judicial en relación con hechos de los cuales queda constancia en el proceso, reafirma el Tribunal, no constituye prueba idónea del hecho que se pretende demostrar, de con-

formidad con el artículo 632 del Código Judicial".

Y agrega, citando doctrina, que los hechos de los cuales queda constancia en un proceso, se acreditan con la COPIA de lo pertinente.

Transcribe, luego, una doctrina de la Corte que enseña la ineficacia de un certificado judicial, expedido, con violación del artículo 632 del C. J., para probar el estado civil de las personas o para reemplazar las pruebas del respectivo estado.

III

La Demanda de Casación

Dice el recurrente que acusa la sentencia por "violación indirecta de los artículos 1º, 4º, 8º y 20 de la Ley 45 de 1936, por defecto de aplicación, resultante de error de derecho en la apreciación de la prueba".

Señala el certificado del secretario del Juzgado único del circuito civil de Montería, que obra a fs. 10 del cuaderno 1º, como medio objetivo del error de derecho en que incurrió el sentenciador al despojarlo de toda relevancia convictiva, no obstante que sí lo tuvo en cuenta. Dice que, con el disvalor de aquella prueba documental, fueron vulnerados los artículos 1.758, 1.759 y 1.765 del C. C. y el 632 del C. de P. C.

Su enjuiciamiento puede compendiarse así:

Que "es tarea de los jueces analizar y definir el fondo de los litigios y no eludir su solución, en términos de fallo inhibitorio, a pretexto de defectos en la constitución de la litis o en los extremos de la acción".

Que, en el proceso, no ha existido discrepancia respecto a la muerte del presunto padre, señor Eustaquio Revueltas P., ni a la calidad que ostenta la demandada como heredera de aquél.

Que, por obrar en autos una declaración oficial, la del secretario del Juzgado único civil del Circuito de Montería, quien es funcionario competente, no se puede desconocer la existencia del juicio mortuorio del señor Eustaquio Revueletas P., de lo cual surge, como inferencia lógica, que "el presunto padre era muerto para cuando se instauró este proceso" y que, "quien fue allá reconocida como sucesora universal del de cuius deba recibir la demanda".

Que, la estructura judicial no puede funcionar sobre el pié del más riguroso formulismo; que la justicia no se puede brindar o negar según se intitule una actuación como "copia" o como "certificado".

Que en el proceso no se puede ignorar la muerte del señor Revueltas ni la calidad de heredero suya que tiene la demandada.

Que el certificado del secretario, que obra a fs. 10 del cuaderno 1º, prueba "cuando menos" la existencia de un juicio de sucesión, "inconcebible sin muerte que lo preceda"; y que las confesiones que hizo la demandada, por sí y por medio de su apoderado respecto a su calidad de sucesora del señor Eustaquio Revueltas, son prueba suficiente de su calidad de heredera.

Y la censura, entonces, concluye así:

"Comprobado el error de derecho, su repercusión en las resultas del juicio fue manifiesto: debido a él no se estudió la relación carnal esgrimida para la definición del estado civil en juego, y, por lo tanto, dejó de aplicarse todo el articulado a él relativo, en sí considerada la filiación y en sus efectos civiles, los hereditarios primero, en atención a lo pedido en el libelo: típica violación de la norma sustantiva, de modo indirecto y por falta de empleo".

IV

Consideraciones de la Corte.

1º) Observa la Sala, que la demanda de casación no expresa la causal aducida para la infirmación del fallo, conforme a lo preceptuado en el artículo 63 del decreto extraordinario 528 de 1964. Empero, dedúcese llanamente, sin esfuerzo lógico o construcción dialéctica, que la causal de casa-

ción invocada es la primera del artículo 52 del decreto antes citado.

2º) La impugnación está levantada únicamente sobre la causal primera o motivo primero de casación; se alega una violación indirecta de los artículos 1º, 4º, 8º y 20º de la Ley 45 de 1936, por defecto de aplicación, resultante de error de derecho en la apreciación de la prueba. El recurrente edifica toda la estructura de su ataque, apoyándose en que el certificado expedido por un secretario de juzgado, sobre la existencia de un juicio sucesorio y sobre el reconocimiento de un heredero, es prueba plena de la defunción del causante y de la calidad de heredero que ostenta el sucesor reconocido en juicio. Concluye aseverando que se cometió un error de derecho al no concederle, con el destino perseguido, valor de prueba plena al dicho certificado, y que, en consecuencia, se produjo la violación de los arts. 1.758, 1759 y 1.765 del C. C. y 632 del C. P. C.

3º Es jurisprudencia de la Corte, que el error de derecho ocurre entre otros casos: cuando el fallador concede a una prueba, un valor que no tiene en la tabla probatoria de nuestro derecho, es decir, cuando el valor de la prueba no se lo concede la ley, sino el sentenciador sin facultad legal; y también en el evento en que éste omite conceder a una prueba el valor de persuación que le señala la ley, o sea, le quita la significación probatoria que el mismo legislador le ha otorgado. Cuando una de estas dos circunstancias se produce, surge error de derecho que conlleva violación medio de una norma de valoración probatoria. Este quebranto, que constituye una infracción medio, puede conducir a la violación indirecta de la ley sustancial.

4º) El sentenciador, en ningún momento, ha despojado de la nota de autenticidad al certificado expedido por el secretario del Juzgado único civil del circuito de Montería, que obra a fs. 10 del cuaderno 1º. Ninguna duda se presenta sobre la fecha de otorgamiento de aquel certificado, ni sobre la persona del funcionario que ordenó expedirlo, ni sobre aquél que lo extendió y lo rubricó. El Tribunal no ha ignorado estas circunstancias. Todo su razonamiento se encamina a demostrar que la ley niega a ese certificado fuerza para probar la muerte del causante Eustaquio Revueltas y no le concede virtud para comprobar que la demandada tiene la calidad de heredera de aquel. Esa prueba, no obstante ser auténtica, se ha encontrado desnuda del mérito de probar lo que con ella se pretende haber demostrado. Por estos aspectos no existe, entonces, violación de los artículos 1.758, 1.759 y 1.765 del C. C.

5º) Dice el artículo 632 del C. J.: "Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos con autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos; las certificaciones de los jueces y magistrados 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, y las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes".

No se causa lesión a la norma transcrita, negando al certificado de secretario el valor de plena prueba cuando se refiere a hechos de los que existe dato o noticia completa en el proceso, pues, entonces, como la misma norma acusada lo indica, el documento debe aportarse como copia, es decir transcripción fiel de la respectiva parte del proceso. La certificación comentada, aún en el evento de que hiciera referencia a hechos de que no hubiere quedado dato en el juicio, tampoco tendría pleno poder de convicción, pues fue otorgada por el secretario y no por el respectivo juez. El secretario, en ese evento, no es funcionario competente. Si un certificado expedido por un juez, sobre hechos cuya huella queda notoriamente asentada en el proceso, no tiene valor de plena prueba acerca de su contenido por violar el artículo 632 apuntado, mucho menos tendría esta virtud el mismo certificado, expedido por el secretario del juez.

6) La calidad de heredero del presunto padre natural en juicio de filiación, dice respecto al presupuesto procesal de capacidad para ser parte, como lo ha dicho insistentemente la Corte. Por tanto, la falta de prueba idónea de aquella calidad, impide al fallador decidir el fondo del negocio, por falta del mencionado presupuesto procesal.

Es también de advertir que la Corte, ha admitido que la calidad de heredero también puede probarse con la copia auténtica del reconocimiento hecho dentro del respectivo juicio de sucesión, en virtud "del carácter universal de ese juicio que, en ningún caso, se abre sin estar demostrada la muerte del causante". Es la copia del auto de reconocimiento de heredero la que, soportada en la disposición del artículo 632 del C. Judicial, tiene valor de plena prueba. La certificación secretarial no alienta aquel poder pleno.

Por todo lo anterior, el cargo resulta imprόspero.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 17 de octubre de 1966 proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Montería.

Sin costas, por no haberse causado.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Error en la interpretación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril quince de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Blanco Cabrera).

(Aprobación: abril 10 de 1970. Acta Nº 26).

Decide la Corte el recurso de casación de la parte demandada, contra la sentencia de 27 de enero de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá en el ordinario promovido por Claudio, José Epaminondas, Hernando y Abigail Melo contra Carlos Julio Bohórquez.

I

El Litigio.

Los nombrados Claudio, José Epaminondas, Hernando y Abigail Melo, citaron a juicio a Carlos Julio Bohórquez para que se les declarase hijos naturales de Esteban Bohórquez y, en consecuencia, se les adjudicasen los bienes de la herencia y se condenase al demandado a su restitución, con sus mejoras y frutos, considerándolo como poseedor de mala fe.

La causa petendi puede resumirse así:

Desde el año de 1925 hasta la muerte de Bernarda Melo, ocurrida el 3 de julio de 1938, Esteban Bohórquez hizo vida marital con la nombrada Bernarda en la finca de "Santa Librada", de la comprensión municipal de Anolaima, finca de la cual aquél era mayordomo; fruto de esa unión fueron los demandantes, a quienes Esteban trató como hijos, proveyendo a su alimentación y vestuario y atendiéndolos como padre, actitud que asumió hasta el día de su muerte, acaecida el 24 de noviembre de 1943; Carlos Julio Bohórquez, adulterando partidas del estado civil, se hizo reconocer como heredero del nombrado Esteban, en calidad de sobrino, abrió el juicio de sucesión correspondiente y obtuvo la adjudicación de los bienes de la herencia como único interesado, sin ser realmente heredero.

El demandado se opuso a las pretensiones de la parte actora. En forma un tanto vaga propuso la exceptio plurium constupratorun y reconvino a los demandantes para el pago de perjuicios estimando que la acción de éstos era temeraria, y para que se declarase que no eran hijos naturales de Esteban Bohórquez y que, en consecuencia, no tenían derecho de heredarlo.

La primera instancia del juicio concluyó con fallo de 14 de mayo de 1966, proferido por el Juzgado Civil Municipal de Anolaima, mediante el cual se hicieron las siguientes declaraciones: que los actores son hijos naturales de Esteban Bohórquez, con vocación hereditaria para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, de acuerdo con la ley; y que no estaba probada la excepción propuesta por el demandado Carlos Julio Bohórquez, a quien se le condenó a restituír a los demandantes "el lote de terreno que le fue adjudicado en la sucesión de Esteban Bohórquez, junto con los frutos naturales y civiles a que hubiere lugar, como poseedor de buena fe".

El Juzgado negó además las peticiones de la contrademanda, declaró nulos "los actos de distribución y liquidación de los bienes pertenecientes a la sucesión de Esteban

Bohórquez", cuyo juicio de sucesión fue protocolizado en la Notaría de Facatativá por medio de la escritura número 977 de 31 de agosto de 1953, y ordenó cancelar los registros e inscripciones hechas en favor del demandado, "a fin de que se restituyera a los demandantes el bien hereditario al cual se hizo mención anteriormente".

Por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá conoció del segundo grado del Juicio, y al decidir el recurso reformó el fallo del juzgado en el sentido de considerar a Carlos Julio Bohórquez como poseedor de mala fe; y lo adicionó ordenando que se sacase copia de lo pertinente del proceso "a fin de que se envíe a las autoridades del crimen para que investiguen el delito o delitos que que se hayan podido cometer con la adulteración de las partidas a que se ha hecho referencia en la parte motiva de este fallo".

Tal es la sentencia materia del presente recurso de casación.

II

Consideraciones del Tribunal

Con la prueba testimonial aportada por la parte demandante, el sentenciador halló probadas las relaciones sexuales habidas entre Esteban Bohórquez y Bernarda Melo. El fallo dice que como consecuencia de tales relaciones nacieron los demandantes "y que después de nacer, Esteban los trató como a sus hijos, dispensándoles un trato inequivocamente paternal a lo largo no sólo de diez años, sino del que de ahí en adelante cubrió su vida".

Sobre la exceptio plurium constupratorum expresa la sentencia que quien la propone debe demostrarla, "labor que omitió en forma absoluta la parte demandada".

El Tribunal concluye que al prosperar la declaración de filiación paterno-natural, prospera igualmente la acción de petición de herencia frente al demandado, quien ha de restituír los bienes que se le adjudicaron en el juicio de sucesión de Esteban Bohórquez, con sus frutos.

Para conciderar a Carlos Julio como poseedor de mala fe, advierte el sentenciador que se practicó una diligencia de inspección ocular en la Notaría de Facatativá, en donde se protocolizó, mediante la escritura número 977 de 31 de agosto de 1953, el juicio de sucesión de Esteban Bohórquez; que esa diligencia tuvo por objeto verificar la materialidad de las adulteraciones de las partidas aducidas a dicho juicio: y que, con vista del protocolo, el personal que actuo en la diligencia dejó las constancias de esas adulteraciones, como aparece en el acta correspondiente.

Luego agrega el fallador: "cotejando las observaciones contenidas en la diligencia de inspección ocular se ve claramente que a Francisco se le quiso hacer aparecer casado con Martina, cuando su verdadera esposa fue Francisca Muñoz. Que a Abraham, hijo de Cosme, se le quiso hacer aparecer como hijo de Francisco. Que a Francisco, se le quiso también hacer aparecer como casado con Rosario Rodríguez, matrimonio del cual se pretendió hijo Carlos Julio; que, una vez muerto Abraham, se le quiso dar piadosa sepultura con el nombre de Francisco y, finalmente, que a Abraham se le quiso hacer nacer en el año de 1890 cuando el verdadero de su advenimiento al mundo fue el de 1895, según aparece de la partida original.

"Frente a esas sustituciones de personas, frente a esas enmendaduras que nadie salvó frente al interés manifiesto que tenía Carlos Julio de heredar a Esteban, interés demostrado mediante la tramitación de su juicio de sucesión, cabría preguntar si él, cuando menos, no tuvo conocimiento de esa alteración de documentos públicos?. Es apenas natural pensar que quien intenta suceder a alguien, lo primero que hace es verificar ya personalmente si no es capaz, en asocio de un experto en estos achaques, el grado de parentesco respecto del pretendido causante. De otro lado, no es posible aceptar que en la expedición de esas partidas, se hubiere cometido esa serie de yerros, los que, a la postre, en forma que no es posible conjeturar como causal, vinieron a favorecer las pretensiones de Carlos Julio".

De todo lo anterior dedujo el Tribunal

que el título del demandado no es justo y que, por consiguiente,debía considerársele como poseedor de mala fe.

En relación con la contra demanda estimó que no prosperaba y que la decisión del Juez de primer grado se ajustaba a derecho.

III

La Impugnación

Se formulan tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos en el ámbito de la causal primera de casación, que se examinan en su orden lógico.

Primer cargo (tercero de la demanda). — Se acusa el fallo por error de hecho en la apreciación de la demanda inicial del juicio, con quebranto de los artículos 209 del C. J., 401, 402, 403, 404, y 1.155 del Código Civil, y 7º de la Ley 45 de 1.936.

Expresa el recurso que en una de las peticiones del libelo, se solicita la declaración de que Carlos Julio Bohórquez no es ni podia ser heredero de Esteban Bohórquez, y que en los fundamentos de hecho de la demanda se afirma que el nombrado Carlos Julio había adulterado algunas partidas del estado civil para obtener la declaración de heredero en la sucesión de Esteban. "Sin embargo —agrega el recurrente— en la misma demanda se pide que con citación de Carlos J. Bohórquez.....como representante de Esteban Bohórquez por ser su pariente más cercano, se declare que los actores son hijos naturales de éste último".

Estima la censura que hay una antinomia evidente en el particular, porque "si se predica que Carlos J. Bohórquez es el representante del presunto padre Esteban Bohórquez, se acepta que es su heredero, condición indispensable para que pueda ser sujeto pasivo de la acción de filiación intentada. Pero si se predica que Carlos Julio Bohórquez no tiene vocación hereditaria a falta de legitimación y que obtuvo una declaración de heredero por medios dolosos, se sostiene que no es heredero de Esteban Bohórquez y por consiguiente que no puede representar a éste como legítimo contradictor en juicio sobre filiación natural".

Agrega el autor del recurso que habiendo sido reconocido el demandado como heredero de Esteban Bohórquez "con base en lazos de sangre", si se desconocen estos lazos "no se puede adelantar contra él acción como representante del presunto padre, porque el mismo actor está negando esa personería"; y que la acción de filiación natural y de negación de la calidad de heredero de Carlos J. Bohórquez, ejercidas ambas como principales, no podian acumularse en una misma demanda por ser contrarias e incompatibles entre sí.

La Corte Considera:

Asimilando la demanda inicial del juicio a una prueba, la Jurisprudencia de la Corte ha aceptado que el error en su interpretación puede ser alegado en casación por vía directa o por vía indirecta, según la clase de yerro cometido por el fallador: que si ese error se refiere a una contraevidencia respecto de las peticiones del libelo o de los hechos en que se funda, a la violación de ley sustancial se llegaría por vía indirecta, a causa de un error de hecho, porque se le haría decir a la demandada algo que no expresa o se dejaría de percibir algo que ostensiblemente dice: y que si el yerro consiste en una confusión del juzgador respecto de la naturaleza de la acción civil propuesta, este error sería jurídico y la acusación debe entonces formularse por vía directa (t. XCII pg. 66).

Hay, pues, error de hecho en la interpretación de la demanda, cuando el Juez incurre en contraevidencia respecto de la parte petitoria o de los hechos que constituyen la causa petendi, bien porque se le hace decir algo que no expresa, bien porque no se ve en ella algo que en forma clara y ostensible manifiesta.

En el sub lite el Tribunal vió la demanda en la forma en que obra en el proceso, sentetizando sus peticiones y los hechos en que se apoya, sin alterar ni variar su contenido. Por tanto, no cometió el error de hecho que la censura le imputa en su interpretación.

De observar es, por otra parte, que no existe la pretendida antinomia u oposición que

el impugnado cree hallar en el libelo inicial, porque si los demandantes dirigieron sus acciones de filiación natural y de petición de herencia contra Carlos Julio Bohórquez, fue porque éste figuró como heredero reconocido en la sucesión de Esteban Bohórquez y en tal calidad se le ajudicaron los bienes de la herencia; y si solicitaron que se declarase que el demandado no es ni podía ser heredero del nombrado Esteban, ello no implica el ejercicio de una acción distinta de las dos realmente ejercitadas. Cuando piden que se declare que Carlos Julio no podía ser heredero de Esteban, le están discutiendo su calidad de heredero en ejercicio de la acción de petición de herencia incoada en el libelo inicial; y si dirigieron la demanda contra el mismo Carlos Julio para que frente a él se declarase la filiación paternonatural de los actores, fue porque el demandado tenía la calidad de heredero putativo del nombrado Esteban, presunto padre de los demandantes.

El cargo no prospera.

Segundo cargo (primero de la demanda).— Acusa la sentencia de ser violatoria de ley sustancial, por haberse incurrido en error de hecho en la apreciación de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras, con violación de los artículos 109 numeral 5º; 764, 766, 768, 769, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 869, 970 y 1516 del Código Civil.

I — Según la censura el Tribunal apreció erróneamente las siguientes pruebas.

a) La diligencia de inspección ocular practicada en la Notaría de Facatativá;

b) Las copias de las partidas del estado civil que obran a los folios 1º a 7º del cuaderno primero; y

c) Apartes de la escritura 977 de 31 de agosto de 1953 de la Notaría de Facatativá, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Esteban Bohórquez.

— Y dejó de apreciar estas otras:

a) La hijuela de adjudicación a Carlos Julio Bohórquez en la sucesión del citado Esteban; y

b) La escritura 154 de 28 febrero de 1946 de la Notaría de Anolaima, por la cual el demandado Carlos Julio dijo comprar a Guillermo García y Patricia de García unas mejoras existentes en el lote que Esteban Bohórquez dejó al morir, y que en el juicio de sucesión de éste le fue adjudicado al demandado.

Fundamentos del cargo

I — Pruebas erróneamente apreciadas.

a) Inspección ocular. — Afirma el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente esta diligencia practicada en la Notaría de Facatativá, con testigos actuarios, "porque la estimó como prueba de adulteración de partidas de estado civil, sin ser dicha diligencia prueba suficiente o completa al afecto".

Sostiene que no es suficiente prueba de esa adulteración, porque la diligencia ha debido practicarse con peritos y realizarse un cotejo para verificar las adulteraciones, examinar los borrones o raspaduras y la suplantación de palabras en dichas partidas; que "el Juez, con los testigos, puede certificar y examinar los hechos o cosas sujetos a los sentidos", pero no afirmar "como se hace en dicha diligencia, que se borraron unas palabras para reemplazar por otras e indicar cuales fueron las borradas";

que esa afirmación "es apenas una gratuita apreciación del Juez y los testigos, pero no una prueba legal, porque lo 'borrado'.... no podía ser visto por el personal de la diligencia, y su afirmación no hace fe al respecto"; y en fin, que la inspección ocular está en desacuerdo con las copias de las partidas que obran en la escritura de protocolización de la sucesión de Esteban Bohórquez.

b) Copias de las partidas de estado civil que obran a los folios 1º a 7º:

Dice el censor que el Tribunal las "apreció erróneamente .....porque dichas copias, con su certificación correspondiente, apenas prueban la existencia de tales partidas de estado civil y no que las que obran en el juicio de sucesión de Este-

ban Bohórquez hubieran sido maliciosamente adulteradas".

c) Apartes de la escritura 977 de 1953 de la Notaría de Facatativá.

(Protocolización del juicio de sucesión de Esteban Bohórquez).

Respecto a estos afirma el recurrente: "La tal inspección ocular está en desacuerdo con .....los apartes de la escritura de protocolización de Esteban Bohórquez, donde se transcriben algunas partidas .....El cotejo de de estos dos documentos prueba que ambos están errados o, por lo menos, uno de ellos .....Entonces no existe prueba de la adulteración y uno de los medios de prueba que se pretendió utilizar, desvirtúa y anula el otro".

III — Pruebas dejadas de apreciar.

a) "El Tribunal dejó de apreciar, apunta la censura, la hijuela de adjudicación de Carlos Julio Bohórquez" en la cual se dijo que "se le adjudica en pleno dominio, propiedad y posesión, con excepción de las mejoras agrícolas puestas en él, y que son de propiedad del señor Guillermo García" el terreno objeto de la litis; y

b) La escritura 154 de 28 de febrero de 1946 de la Notaría de Anolaima por la cual adquirió las mejoras y la posesión del lote que posteriormente, en 1953, le fue adjudicado en la sucesión de Esteban Bohórquez.

Y agrega el censor:

"El Tribunal no apreció estas pruebas y por eso no dedujo, lo que era obvio, que Carlos Julio Bohórquez adquirió la posesión en primer lugar como comprador de las mejoras adquiridas por escritura pública, y que esta posesión material y de buena fe y con justo título comenzó el 28 de febrero de 1946, o sea con varios años de anterioridad a la adjudicación del suelo en la sucesión de Esteban".

Tercer cargo (segundo de la demanda) Se formula por error de derecho debido a falta de apreciación de la escritura número 154 de 28 de febrero de 1946 de la Notaría de Anolaima, con violación de los artículos 656, 657, 658, 673, 749, 756, 763, 764, y 785 del Código Civil.

Lo funda el recurrente, en síntesis, en que mediante la compra de las mejoras a que se refiere la citada escritura el demandado entró en posesión del inmueble que posteriormente le fue adjudicado en la sucesión de Esteban Bohórquez; y que el Tribunal, al no apreciar dicha escritura, incurrió en error de derecho en cuanto a su valor y consideró al demandado como poseedor de mala fe, cuando por razón de ese título inició la posesión material de las referidas mejoras y la ocupación del predio desde 1946, o "sea varios años antes a la terminación y adjudicación de bienes en la sucesión de Esteban Bohórquez".

Consideraciones de la Corte:

I - Los dos cargos anteriores, primero y segundo de la demanda, formulados por vía indirecta, tienden a desvirtuar la apreciación del Tribunal acerca de la mala fe del demandado para la restitución de los frutos del inmueble que recibió como adjudicatario en la sucesión de Esteban Bohórquez.

El Tribunal consideró a Carlos Julio como poseedor de mala fe, porque habiéndose practicado una diligencia de inspección ocular en la Notaría de Facatativá en la cual se protocolizó el expediente, se estableció que algunas de las copias de las partidas de estado civil que se adujeron para abrir el juicio de sucesión del nombrado Esteban, aparecían con raspaduras y cambios de nombres pue ponían de manifiesto su adulteración; que esos cambios de nombres se patentizaban comparando tales partidas con las copias de las aducidas al presente juicio, tomadas de los mismos libros en donde obran las partidas originales; y que habiendo sido Carlos Julio Bohórquez quien solicitó la apertura de la causa mortuoria de Esteban, era de presumirse que hubiese tenido conocimiento de las adulteraciones de las referidas partidas del estado civil.

2 . — Se nota, en primer término, que el

error de hecho que la primera censura de la demanda atribuye al Tribunal en la apreciación del acta de inspección ocular verificada en la Notaría de Facatativá, de las copias de las partidas del estado civil que obran a los folios 1º a 7º del cuaderno primero, y de los apartes de la escritura 977 de 31 de agosto de 1953 de la Notaría de Facatativá, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Esteban Bohórquez, no es tal, sino que constituiría error de derecho, dentro de la preceptiva del recurso, porque:

a) Refiriéndose a la inspección ocular, afirma:

"El Tribunal, a la luz de todas las disposiciones citadas atrás y analizadas brevemente, apreció erróneamente la diligencia de inspección ocular practicada en la Notaría de Facatativá con testigos actuarios, porque la estimó como prueba de adulteración de partidas de estado civil, sin ser diligencia prueba suficiente o completa al efecto. Se subraya

b) Y respecto a las partidas del estado civil y a los apartes de la escritura 977 de la Notaría de Facatativá citada, dice:

"También apreció erróneamente el Tribunal los apartes de la escritura 977 de 31 de agosto de 1953 de la Notaría de Facatativá, en lo relativo a las copias de las partidas de estado civil, porque le dio valor de prueba a los conceptos del Notario incluídos en el texto de las copias por él expedidas". Se subraya.

3º Tiene repetido la Corte:

".....No es posible demostrar el error de DERECHO en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. 'Ello está en ajustada correspondencia con el artículo 63 del decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros requisitos, 'expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella'. Entonces, indicar en forma clara y precisa el fundamento de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial". (Providencia de 16 de junio de 1966, en juicio del menor Juan Carrillo contra la sucesión de Juan Pabón, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

El cargo no puede prosperar por haberse formulado por la vía indirecta de la causal primera de casación, en su especie que tiene como punto de partida el error de hecho. Basta la simple lectura de los apartes transcritos del recurso para concluír que la censura ha debido formularse por error de derecho en la apreciación probatoria. Pero, aún en el supuesto de que la Corte lo despachase por esta vía, el cargo también sería improspero por la falta de cita de las normas de disciplina probatoria que habría quebrantado el Tribunal.

4º Cabe agregar: Con relación a la hijuela de adjudicación de Carlos Julio Bohórquez, que según el cargo no fue tenida en cuenta por el sentenciador, se observa que si no hace mención expresa de ella en el fallo acusado, no por eso puede afirmarse que el Tribunal hubiese incurrido en el error que le imputa la censura, porque sobre la base de tal hijuela se condenó al adjudicatario Carlos Julio Bohórquez a la restitución de lo que recibió en la sucesión de Esteban, con sus frutos, lo cual significa que sí la vio.

5º Respecto de la última censura contenida en el primer cargo de la demanda, sobre que el Tribunal dejó de apreciar la escritura número 154 de 28 de febrero de 1946 de la Notaría de Anolaima, mediante la cual el demandado aparece comprando unas mejoras plantadas en el inmueble que Esteban Bohórquez dejó al morir, el censor dice que el Tribunal erró de hecho al no apreciarla, pues por razón de esa compra fue como el demandado entró en posesión del bien que luego se le adjudicó, y aquél título justificaba su buena fe en la posesión del fundo.

Tal escritura se refiere, como ya se expresó, a la compra de unas mejoras en el lote que a su muerte dejó Esteban Bohórquez, y es posterior a la fecha de iniciación del juicio sucesorio de éste, el cual se declaró abierto en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, a petición del mismo Carlos Julio y con las partidas adulteradas que él adujo, y que el Tribunal consideró adulteradas.

Por consiguiente, siendo posterior la escritura número 154 de 28 de febrero de 1946 a la apertura del juicio de sucesión de Esteban; refiriéndose dicha escritura a la compra de unas mejoras; y teniendo en cuenta que el fallador consideró al demandado como poseedor de mala fe basándose en que Carlos Julio Bohórquez, al iniciar el juicio de sucesión de Esteban Bohórquez, con anterioridad a la compra de las referidas mejoras, lo hizo aduciendo partidas de estado civil que ofrecían adulteraciones, y que el nombrado Carlos Julio no obstante usó de ellas para abrir la causa mortuoria de Estéban, el pretendido error en nada podía influir en la calificación de la fe del demandado.

6º En relación con la misma escritura número 154, el impugnante formula por separado otro cargo (el segundo de la demanda), por error de derecho en su apreciación.

La sentencia de la Corte invocada atrás, expresa claramente que cuando se acusa el fallo del Tribunal por error de valoración, no basta citar el medio probatorio respectivo, ni las disposiciones sustanciales que se consideren quebrantadas, sino que además es indispensable que se citen, las normas de valoración probatoria que se estimen infringidas.

Como en el presente caso no se citan estas normas, el cargo no prospera.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Tribunal respectivo.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Elementos que la estructuran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº. 26 de 16 de abril de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de octubre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Gustavo Mejía Estrada contra la "Escuela Agrícola Francisco Samper Madrid".

El Litigio

En libelo repartido al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, Gustavo Mejía Estrada llamó a juicio ordinario de mayor cuantía a la "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", fundación autorizada por resolución 2840 de 1960 del Ministerio de Justicia y represetanda por su gerente, doctor Julio Pardo Dávila, en procura de los siguientes pronunciamientos:

1º Que la entidad demandada es "responsable de los daños y perjuicios morales y materiales, causados al patrimonio del señor Gustavo Mejía Estrada, con ocasión de las quemas producidas el 14 de septiembre de 1961, en la granja de propiedad de aquella fundación, situada dentro de la parcelación del antiguo Ingenio Central San Antonio, en el Municipio de Rafael Reyes (Apulo), incendio que produjo la destrucción de los cultivos y mejoras de propiedad de aquél radicadas en su lote Nº 26 de aquella parcelación y cuyos linderos aparecen descritos en el hecho tercero de esta demanda". Y

2º Que la entidad demandada debe, en consecuencia, pagar al actor la cantidad de $ 175.865.00 en que fueron avaluados los perjuicios sufridos por aquél, por la pérdida de los cultivos y mejoras de su propiedad, y la que se fije pericialmente dentro del juicio "por razón de los otros perjuicios morales y materiales sufridos por el señor Gustavo Mejía Estrada en su patrimonio económico y moral, con ocasión de los mismos hechos culposos que se le imputan a la entidad demandada", y que estima en más de $ 100. 000.00.

Como hechos fundamentales de su pretensión afirma el actor, en síntesis:

a) Que el 14 de septiembre de 1961, a eso de las 5 de la mañana, por orden del encargado de la administración de la granja de propiedad de la fundación demandada, situada en la parcelación del antiguo Ingenio Central San Antonio, municipio de Rafael Reyes, se produjeron unas quemas en dicha granja, sin el lleno de los requisitos que para tal efecto exige el artículo 64 del Decreto Legislativo 2278 de 1953;

b) Que el fuego se propagó a algunas parcelas vecinas, entre ellas a la distinguida con el número 26, que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero tenía prometida en venta a Gustavo Mejía Estrada, según contrato de 3 de septiembre de 1958;

c) Que "debido a esta quema imprudente que constituye en sí misma una actividad peligrosa", se produjo la destrucción de los sembrados y mejoras de propiedad del demandante, existentes en la granja número

26 mencionada, en una extensión de 30 a 35 fanegadas;

d) Que para comprobar los daños sufridos por el actor se llevó a cabo una inspección ocular, con intervención de peritos y citación del representante legal de la fundación demandada, el 16 de noviembre de 1961. "y en ella se comprobó las huellas del incendio y los daños ocasionados por éste en los cultivos, pastos y montes de la parcela Nº 26 poseída por el señor Mejía Estrada", daños que fueron avaluados pericialmente en la suma de $ 175.865.00;

e) Además de los perjuicios materiales precitados, el demandante sufrió otros en su patrimonio económico y moral, por causa del referido incendio, entre los cuales se cuentan: "la pérdida de su prestigio como hombre cumplidor de sus obligaciones, pues a la Caja Agraria quedó mal en el pago de la deuda que afecta la finca, porque no obtuvo el dinero que pensaba recuperar de la venta de sus cosechas de plátano y piña", y no pudo cumplir los compromisos bancarios que había contraído para hacer las siembras; los gastos que en cuantía superior a $ 10.000.00 tuvo que hacer con motivo de la inspección ocular practicada fuera de juicio, y las costas a cuyo pago fue condenada la fundación en el incidente de objeciones al dictamen pericial producido en esa ocasión. Perjuicios éstos que el demandante estima en más de $ 100.000.00.

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición de la parte demandada, el Juzgado desató la litis en sentencia de 21 de junio de 1965, mediante la cual declaró a la entidad demandada "civilmente responsable de los perjuicios que ocasionara al demandante Gustavo Mejía Estrada... en sus cultivos de la parcela Nº 26 del antiguo Ingenio Central de San Antonio, en el Municipio de Rafael Reyes, por el incendio que se iniciara por actividad de la dicha escuela el 14 de septiembre de 1961", y la condenó a pagar al actor el valor de tales perjuicios, cuyo monto se establecería mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J., y las costas del juicio.

Por apelación de las dos partes litigantes surtióse el segundo grado del juicio, el cual culminó con la sentencia de 6 de octubre de 1966, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con salvamento de voto de uno de los Magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, revocó el fallo del a-quo y, en su lugar, negó las peticiones de la demanda "por carencia de legitimación en la causa de la parte activa", y condenó al demandante en las costas de la primera instancia. Contra esta resolución interpuso dicho demandante el recurso de casación de que conoce la Corte y que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia del Tribunal

Advierte el sentenciador que "antes de entrar a analizar los aspectos de la culpa y demás circunstancias que estructuran la acción de responsabilidad civil extracontractual, es necesario examinar el extremo de la personería sustantiva por parte del demandante, pues el señor apoderado de "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid" tanto en su alegato de primera como de segunda instancia, ha venido sosteniendo la falta de legitimación en causa del actor, consistente en el hecho de haber demandado como propietario del bien inmueble en donde estaban plantadas las mejoras o cultivos que desaparecieron por la acción del fuego el catorce de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, sin tener esa calidad".

Observa, con tal propósito, que de conformidad con el artículo 2342 del C. C., puede pedir la indemnización del daño no solo el que es dueño o poseedor de la cosa o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso; que, por consiguiente, la afirmación precisa del derecho con que se actúa es condición esencial y no adjetiva en el debate; que en el presente negocio el demandante Gustavo Mejía Estrada ha invocado su condición de dueño de la parcela número 26 como fundamento de su pretensión indemnizatoria, tal como se expresa en el poder conferido para el ade-

lantamiento del juicio y en la demanda presentada por su apoderado; que en el proceso no obra la prueba del derecho de dominio del demandante sobre dicha parcela, y, por el contrario, de autos aparece que ella pertenece a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidad que la dejó en poder de Mejía Estrada de acuerdo con el contrato de promesa de venta de que da cuenta el documento de 3 de septiembre de 1958, visible a los folios 3 y siguientes del cuaderno principal.

De donde concluye el Tribunal que "no resulta legalmente establecida en el proceso la titularidad del demandante señor Gustavo Mejía Estrada sobre el inmueble que sufrió los perjuicios cuya indemnización reclama; que "la personería de dicho actor ha quedado en el juicio sin la comprobación necesaria y adecuada para acreditar su legitimación en causa, que es condición estructural de la acción"; que la sentencia proferida por el juez de primera instancia no puede sostenerse "toda vez que no podía entrar a dirimir el fondo de la acción de responsabilidad civil extracontractual, sin previamente dilucidar lo atinente a la personería sustantiva de la parte actora"; y que, por consiguiente, "el fallo apelado habrá de revocarse, para en su lugar, denegar las peticiones incoadas en el libelo por carencia de legitimación en la causa por parte activa".

La Demanda de Casación

De los tres cargos que en ella se formulan a la sentencia de segundo grado, la Corte ha encontrado fundado el primero de ellos, y, en consecuencia, contrae a él su estudio.

Cargo Primero

Con apoyo en la causal primera de casación acúsase el fallo del Tribunal por "violación indirecta (aplicación indebida) de los artículos 739, 2341, 2342 y 2356 del C. Civil, a consecuencia de error evidente de hecho en la interpretación de la demanda con que se inició este juicio y en la apreciación del documento de folios 3 y ss., C. 1º y falta de estimación de la respuesta a la demanda, del documento de folios 15, C. 2º, de los testimonios y de la inspección ocular que en el cuerpo del cargo se determina, y error de derecho en la apreciación del poder que obra a folios 1º del C. 1º".

Al desarrollarlo transcribe el censor los pasos pertinentes de la sentencia impugnada que sirven de premisas a la conclusion a que llegó el Tribunal sobre la falta de legitimación en la causa del demandante, y observa que la evidencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar la calidad alegada por el actor en la demanda, brilla al ojo con solo leer ésta. "En efecto —dice— allí se lee sin la menor duda u oscuridad que se demandó alegando en el actor Gustavo Mejía Estrada la calidad de Poseedor de la parcela prometida a él en venta por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y No la de propietario de la misma, sino la de Propietario de los cultivos existentes en ella, lo que es obviamente distinto".

Para corroborar su aserto transcribe los hechos 3º, 4º y 7º del libelo, y las súplicas en él formuladas, y a continuación expresa:

"Es, pues, notorio que el actor invocó en la demanda su calidad de poseedor de la parcela determinada en el hecho tercero de la demanda y la de propietario de los cultivos determinados en el hecho sexto de la misma. Calidad que se ratifica en las peticiones 1ª y 2ª del libelo.

"Además, el demandante alegó en el hecho séptimo haber sufrido otros cuantiosos perjuicios en su patrimonio económico y moral por causa del incendio producido por los agentes o representantes de la Fundación "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", hecho éste que, unido a la petición 2ª-b), le daba titularidad propia o legitimación en la causa, que obligaba al Tribunal a estudiar si se causaron o no los perjuicios alegados por el actor.

"Es evidente —de toda evidencia— que el demandante actuó como propietario de los cultivos destruídos por el fuego y no como propietario de la parcela en que tales cul-

tivos se hallaban. Constituye, pues, un notorio error de hecho aseverar, como lo hace el Tribunal, que 'en el presente negocio el demandante señor Gustavo Mejía Estrada se ha presentado como dueño del predio afectado, sin serlo, toda vez que éste pertenece a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero' ".

De otra parte, estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar el memorial que obra al folio 1º del cuaderno principal, por medio del cual el demandante facultó a su apoderado para que instaurara acción ordinaria contra la "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", a efecto de obtener "el resarcimiento de perjuicios causados por dicha entidad en un inmueble de mi propiedad ubicado en el Municipio Rafael Reyes", porque la relación jurídico-procesal solo se establece entre la demanda y su respuesta, y, por consiguiente, es "jurídicamente erróneo dar al poder fuerza vinculante en el proceso como elemento de la litis contestatio, puesto que ésta se traba entre la demanda del actor y la respuesta del demandado, y no entre el mero poder para demandar y dicha respuesta".

Considera, finalmente, que incurrió en contraevidencia el sentenciador al apreciar el documento de promesa de venta que obra a folios 3 y ss. del C. 1º y al abstenerse de apreciar los testimonios de José Pérez Arbeláez, Hernán Jiménez Echeverri y José Erasmo Rojas, la inspección ocular que obra a los folios 16 vuelto y 27 del C. 1º, la confesión del demandado contenida en la respuesta a los hechos 1º y 3º de la demanda, y el documento del folio 15, cuaderno 2º.

Transcribe la parte pertinente de las piezas que, según el impugnante, no habría apreciado el Tribunal; nota que "en parte alguna de la sentencia se mencionan siquiera los elementos probatorios que se acaban de transcribir", y finalmente expresa que "como el Tribunal, por haber afirmado de modo evidentemente erróneo que el actor invocó en la demanda calidad de dueño de la parcela Nº 26 de la Hacienda San Antonio sin probar tal dominio, falló que el señor Gustavo Mejía Estrada carecía de legitimación en la causa y por tal motivo no podía decidir el fondo del negocio, quebrantó, al no darle debida aplicación, el citado artículo 2356 C. C., al igual que los referidos Arts. 739, 2341 y 2342 C. C., ya que ha debido condenar a la entidad demandada a reparar los daños por ella causados al actor". (Se subraya).

La Corte Considera

La falta de legitimatio ad causam del demandante en este proceso la hace consistir el Tribunal, según se vio, en el hecho de haber demandado la indemnización de perjuicios "como dueño del predio afectado, sin serlo, toda vez que éste pertenece a la Caja Agraria Industrial y Minero" (sic). Pero acontece que ni en las peticiones formuladas en la demanda incoativa del juicio, ni en los hechos que constituyen su causa petendi, se afirma que el demandante Gustavo Mejía Estrada fuera propietario de la parcela donde se hallaban plantados los cultivos y mejoras que, al decir del actor, fueron destruídos por el fuego el 14 de septiembre de 1961. Por el contrario, en el hecho tercero del libelo se afirma que la parcela en referencia, distinguida con el número 26 del plano de la parcelación de la finca "San Antonio", "está prometida en venta por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, al señor Gustavo Mejía Estrada", afirmación ésta que excluye la de ser propietario de la misma. Cabe notar, asimismo, que en los hechos 4º y 5º de la demanda el actor afirma tan solo ser poseedor del referido predio, y que en las súplicas de la misma se limitó a expresar que es dueño de los cultivos y mejoras plantados en ese inmueble, pero sin afirmar su derecho de dominio sobre él.

Tiénese, por tanto, que de los términos en que se halla concebido el libelo introductorio del juicio aparece, con claridad meridiana, que el demandante se presentó a reclamar el pago de los daños que sufrió por "la quema y destrucción de los sembrados y mejoras" plantados en la parcela 26 precitada, invocando su condición de dueño de tales cultivos y mejoras, y de poseedor de dicho inmueble, por haberlo recibido materialmente como prometiente comprador del

mismo. Por consiguiente, la afirmación contenida en el fallo impugnado de que el demandante reclama el pago de los daños que dice haber sufrido, en su condición de dueño de la parcela mencionada, contraría la evidencia que surge del libelo.

La circunstancia de que en el poder conferido a su abogado hubiera manifestado el actor que los perjuicios cuyo resarcimiento pretende le fueron causados por la entidad demandada "en un inmueble de mi propiedad ubicado en el municipio Rafael Reyes", es ciertamente irrelevante, puesto que tal manifestación se halla contradicha por las afirmaciones contenidas en el libelo, a que se hizo referencia, y porque son los hechos básicos de la pretensión o causa petendi de la demanda los que delimitan el objeto del litigio y circunscriben el poder decisorio del juez. De ahí que el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil establezca de manera terminante que toda decisión judicial ha de fundarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa", si se hallaren plenamente acreditados, y que el 471 preceptúe que las sentencias deben estar "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

"Es factible —ha dicho la Corte— que el juez se equivoque al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta. En ambos casos, generalmente el error determina la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que la litis se ha fallado con base en preceptos que no regulan el caso, y también por falta de aplicación de aquellos que regulan el punto cuestionado. Mas si en el primer caso la violación es indirecta, derivada de un error de hecho, puesto que se hace decir a la demanda algo que no dice o se deja de percibir algo que ostensiblemente dice, en el segundo la violación es directa, porque proviene de la equivocación de la tipificación jurídica de la acción intentada, lo cual no se origina en la evidencia externa, sino en el yerro directo sobre las normas legales que deben actuar en la resolución del proceso". (XCII, 66).

Esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso que se examina, puesto que al expresar el sentenciador que "en el presente negocio el demandante señor Gustavo Mejía Estrada se ha presentado como dueño del predio afectado", en abierta contradicción con lo afirmado en el libelo, incurrió en evidente error de hecho. Y como ese error fue lo que llevó al Tribunal a denegar las peticiones de la demanda "por carencia de legitimación en la causa por la parte activa", síguese que de no haber incurrido en él su decisión habría sido de un contenido diferente.

Resultado de dicho error fue la violación, por falta de aplicación al caso litigado, de las normas que disciplinan la indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, citadas por el censor, particularmente la del artículo 2342 del C. C., que confiere derecho a pedir la indemnización no solo al que es dueño de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, sino al poseedor, usufructuario, habitador o usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho sobre la misma.

Debe, por tanto, casarse la sentencia de segundo grado, y proferirse la que haya de reemplazarla.

Sentencia de Reemplazo

Pretende el demandante que por la justicia se declare que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios, tanto materiales como morales, que le causo a aquél con motivo de las quemas producidas el 14 de septiembre de 1961, y se la condene, consecuencialmente, a indemnizarlos.

Trátase por tanto, de una acción de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, en la que la legitimación en causa del demandante radica en el hecho de ser poseedor del inmueble y plantador de los cultivos y mejoras cuya destrucción originó la controversia, y la de la entidad demandada en ser la responsable de las quemas a que se hizo referencia. Ambos hechos se hallan debidamente acreditados en le proceso, así: el primero con los testimonios de Víctor Ríos Zuleta, José Pérez Arbeláez y

Hernán Echeverri, según los cuales Mejía Estrada era dueño de los cultivos de plátano, piña, árboles frutales y de otras clases, pastos para ganadería y cercas, existentes en la parcela 26 que aquél venía poseyendo en virtud de haberle sido prometida en venta por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y que fueron destruídos por el fuego el 14 de septiembre de 1961; y el segundo con la confesión de la parte demandada hecha al contestar los hechos 1º y 3º del libelo, con los testimonios de Alfonso Camacho Forero, José Erasmo Rojas, Víctor Ríos Zuleta, José Pérez Arbeláez y Hernán Jiménez, presentados por la parte demandante, y con los de Jesús Suárez, José Antonio Ríos, Camilo Esquivel, Lucas Marentes y José Manuel Rico, allegados por la demandada.

Acreditado como está que Mejía Estrada se hallaba en posesión de la parcela distinguida con el número 26 de la parcelación de "San Antonio" en su condición de prometiente comprador de la misma según el contrato del 3 de septiembre de 1958, celebrado con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y que plantó los cultivos y mejoras destruídos por el fuego el 14 de septiembre de 1961, su legitimación en la causa no ofrece reparo, dados los términos en que se halla concebido el artículo 2342 del C. C. a que atrás se hizo referencia.

Hallándose, de esta suerte, legitimados en la causa tanto el demandante como la entidad demandada, incumbe examinar si concurren, debidamente establecidos, los tres elementos que tradicionalmente estructuran toda acción de la índole de la aquí ejercitada: culpa, daño y nexo causal.

La Culpa

Sobre la base de que la culpa es siempre el fundamento de la responsabilidad civil, distínguense, de acuerdo con las normas que en nuestro Código Civil disciplinan materia tan compleja, cuatro fuentes de la responsabilidad extracontractual, a saber: el hecho propio, el hecho de personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otras, el hecho de las cosas animadas o inanimadas, y el hecho proveniente de actividades peligrosas.

Como en la demanda incoativa del juicio se señala como fuente de la responsabilidad civil que pretende deducírsele a la entidad demandada, la última de las mencionadas, puesto que en ella se afirma que "debido a esta quema imprudente que constituye en sí misma una actividad peligrosa, se propagaron las llamas a la parcela 26 poseída por el señor Mejía Estrada, y se produjo dentro de ésta la quema y destrucción de los sembrados y mejoras de propiedad de éste", la Corte contrae a ella su estudio.

De tiempo atrás ha venido sosteniendo esta Corporación la doctrina de que en el artículo 2356 del Código Civil se consagra una presunción de culpa contra quien causa un daño por razón de una actividad caracterizada por su peligrosidad, y que en tal evento, la presunción de culpa opera en contra del demandado, "en forma que basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño". (LCI, 321).

El precepto en referencia impone a quien realiza una actividad peligrosa la obligación específica de no causar daño a otro con su ejercicio, y, por consiguiente, quien la viole incurre en culpa. De esta suerte, la carga probatoria del actor se limita, en tales casos, a la demostración de tres hechos fundamentales: la existencia del daño. que éste se causó en ejercicio de una actividad peligrosa; y que de dicha actividad responde el demandado.

En el caso sub-lite se encuentra plenamente acreditada la existencia del daño sufrido por el demandante, como se verá al examinar el segundo de los elementos de la acción en estudio. Y está igualmente demostrado que ese daño tuvo como causa las quemas que por orden de un dependiente de la entidad demandada se iniciaron el 14

de septiembre de 1961, en la finca que aquél administraba, situada en el municipio de Rafael Reyes. Así aparece de la contestación dada por la entidad demandada a los hechos primero y tercero del libelo, y de los testimonios a que antes se hizo referencia.

La parte demandada, en efecto, aceptó como cierta la afirmación contenida en el hecho primero mencionado, o sea que el 14 de septiembre de 1961, aproximadamente a las 5 de la mañana, "por órdenes del encargado de la administración y manejo de la finca o granja de propiedad de la Fundación "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid"... comenzaron unas quemas en los terrenos de dicha granja vocacional", con la aclaración de que la finca mencionada no es de propiedad de la entidad demandada, sino que ésta la ocupa en comodato. Y al contestar el hecho tercero manifestó que "horas después de haberse iniciado la quema en la Escuela y estarse desarrollando normalmente sin peligros para los terrenos vecinos..... a causa de fuertes vientos imprevistos, el fuego o chispas de éste se comunicaron primero al predio de un señor Cabrera, de ahí al de un señor Perdomo, en seguida al de un doctor Camacho y, finalmente, por el de éste propietario al predio del demandante". Tales afirmaciones se hallan corroboradas por el dicho de los testigos antes mencionados.

Y no puede remitirse a duda, habida cuenta de su naturaleza, que quemas como la realizada por la Escuela demandada el 14 de septiembre de 1961, constituyen una actividad de manifiesta peligrosidad, pues existe el riesgo inminente de que el fuego se propague a otros predios, bien sea en forma inmediata o a través de chispas que el viento pueda llevar, tal como ocurrió en el caso de autos. El hecho mismo de que se hubieran tomado precauciones para evitar que el fuego se extendiera a los predios vecinos, según se afirma en la contestación de la demanda y lo declaran algunos testigos, entraña un reconocimiento de la peligrosidad de la quema; y la circunstancia de que a pesar de esas precauciones se hubieran incendiado otros predios, destaca aún más esa peligrosidad.

Finalmente, con la confesión de la parte demandada, producida al contestar los hechos segundo y tercero de la demanda, y con los testimonios precitados, queda demostrado que la actividad peligrosa desarrollada mediante las quemas mencionadas le es imputable a dicha parte.

Como por virtud de tales hechos ha quedado colocada la entidad demandada bajo el imperio de la presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del Código Civil, incumbe examinar si aquella acreditó o no alguna de las causales exculpativas a que se hizo referencia, y si, en consecuencia, logró desvirtuar esa presunción o, por el contrario, sigue pesando sobre ella.

A este propósito cabe notar, en primer término, que el hecho de que la parte demandada hubiera tomado las precauciones que estimó adecuadas para evitar la propagación del fuego, como lo afirman algunos testigos, no la exime de responsabilidad, por su actividad peligrosa, puesto que de esa responsabilidad solo se exonera el agente probando fuerza mayor o culpa de la propia víctima, y, en segundo lugar, que la afirmación contenida en la contestación de la demanda, respaldada por algunos testimonios, de que "solamente a causa de fuertes vientos imprevistos" el fuego llegó, a través de otros predios, a la parcela del demandante, carece de eficacia exonerativa, pues de los elementos constitutivos de la fuerza mayor es evidente que, al menos el de la imprevisibilidad, no se da respecto del hecho alegado. De todos es sabido, en efecto, que por causas diversas pueden presentarse intempestivamente corrientes de aire y, por consiguiente, su ocurrencia no está fuera de la previsión ordinaria. De esta suerte, un hombre prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias en que lo estuvo el administrador de la granja de la entidad demandada que ordenó la quema, tenía que prever la posibilidad de que se presentaran vientos de un momento a otro, máxime cuando la quema se prolongó por varias horas, y que por causa de los mismos, como ha sucedido en muchas ocasiones, se comunicara el fuego a otros predios.

No constituyendo fuerza mayor el hecho alegado por la parte demandada, ha de tenerse como demostrado el primero de los elementos que estructuran la acción de perjuicios ejercitada en la demanda.

El Daño

Suplícase en la demanda la declaración de que la entidad demandada es responsable de los daños materiales y morales causados al actor con ocasión de las quemas de que se ha hecho mérito, producidas el 14 de septiembre de 1961, y la consecuencial condena a indemnizarlos.

El daño material se hace consistir en "la quema y destrucción de los sembrados y mejoras" puestos por el demandante que, en una extensión de 30 a 35 fanegadas, fueron arrasados por el fuego; y el moral, "en la pérdida de su prestigio como hombre cumplidor de sus obligaciones", al no haber podido pagar a la Caja Agraria y a los Bancos las deudas contraídas, a causa de la destrucción de sus sementeras.

En relación con la prueba de los daños materiales y su valor, se tiene lo siguiente:

En el acta de la diligencia de inspección ocular que con intervencion de peritos y citacion de la entidad demandada se practicó antes de juicio, el 16 de noviembre de 1961, se hace constar que el juez "recorrió el inmueble objeto de la diligencia donde pudo constatar las huellas del incendio y toda la extensión del terreno cubierta por pastos naturales, una buena cantidad de matas de plátano en estado de abandono, cantidad que los señores peritos apreciaron en su dictamen"; que "igualmente se halló un siembro de matas de piña cubiertas por el pasto, unas matas de mango en estado de producción y en buen desarrollo y otras que fueron abrasadas por el fuego hacia la cabecera parte oriental de la finca materia de la inspección ocular, un pequeño monte constituído por algunos árboles maderables y maleza arrasada por el fuego, salvo una mata que otra, se pudo observar también que una parte de la finca no presenta rastros de fuego"; que "también se halló dentro de la finca antes mencionada un cultivo de yuca en pequeña cantidad tapada por el pasto que como se dijo antes, es abundante y cubre casi todo el terreno de la finca".

De los testigos que depusieron en el curso de dicha diligencia, Camilo Tavera, Gustavo Pulido, José Erasmo Rojas y Alfonso Camacho, los tres primeros nada dicen sobre los daños sufridos por el demandante; y el último declara que "la parcela Nº 26 se quemó, creo las dos terceras partes", pero sin dar razón alguna de su dicho, por lo cual se desestima su testimonio.

En el plenario, y a instancia del actor, depusieron los testigos Víctor Ríos Zuleta, José Pérez Arbeláez y Hernán Jiménez Echeverri.

Ríos Zuleta declara en lo pertinente: "Me consta que el señor Gustavo Mejía Estrada era el dueño y poseedor de los cultivos de piña, árboles frutales, pastos para ganadería y cercas situado en el terreno antes mencionado, así mismo me consta que por un incendio ocasionado por la Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid, el 14 de septiembre de 1961, estos cultivos fueron destruídos en su totalidad por el incendio. Me consta que los cultivos constaban de una plantación de yuca, 20.000 matas de piña, un cultivo de fique, árboles frutales, un pequeño guadual, 60 palmas reales, unos 850 metros de alambre y pastos indio y elefante para levantar ganado. Sí me consta que el señor Gustavo Mejía Estrada sufrió perjuicios morales y materiales a causa del incendio ya que la destrucción de las plantaciones fue total, por lo que le fue imposible cumplir a la Caja de Crédito Agrario el negocio que tenían".

José Pérez Arbeláez atestigua: "Me consta directa y personalmente que el 14 de septiembre de 1961 el señor Gustavo Mejía Estrada era el dueño y lo es en la actualidad el poseedor material de un terreno situado en el municipio de Rafael Reyes, antes Apulo, en la parcelación del antiguo Ingenio Central de San Antonio, esto lo sé porque lo acompañé varias veces a la parcela a pagar trabajadores y a recoger los frutos de

la parcela, como yuca, plátano, maíz y frutales, sé también que le fue prometido en venta al señor Mejía Estrada la parcela Nº 26 del plano de la parcelación, por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por papeles que él me mostró, el contrato me lo mostró pero no recuerdo la fecha, y de los linderos tampoco me acuerdo. Me consta que el señor Mejía Estrada era el dueño de los cultivos de plátano, piña, árboles frutales y de otras clases, pastos para ganadería, cercas etc. situados dentro de esos terrenos por lo que anteriormente dije, de que yo lo acompañaba a recoger los productos, en una de las veces que fuí, encontré la parcela vuelta ceniza a causa del incendio que hubo y por este incendio, todos los cultivos y mejoras fueron destruídos, con pérdidas total para el señor Mejía Estrada, supe por el comentario general de los vecinos de la parcela que el incendio había sido provocado por el Director de la Escuela Vocacional. Me consta que la parcela estaba cultivada en un piñal. una platanera, un yucal, varios árboles frutales, y el resto en pasto y estaba cercada con alambre en su totalidad".

Finalmente, Hernán Jiménez Echeverri depone: "Me consta que el señor Mejía Estrada era el propietario de los cultivos que en la parcelación citada anteriormente tenía el 14 de septiembre de 1961 de yuca, plátano, piña, árboles frutales, pastos etc., y que fueron destruídos por un incedio ocasionado por la Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid. Me consta porque estuve antes y después del incendio en la propiedad del señor Mejía que existían cultivos de piña, en una cantidad aproximada de unas 20.000 matas de piña plantaciones de yuca ,cultivos de fique, árboles frutales y palmas reales, además de las cercas de alambre y una zona de pasto para levante de ganado".

La afirmación hecha por estos tres testigos de que las plantaciones y cultivos existentes en la parcela número 26 fueron destruídos totalmente por el fuego, se halla contradicha por el acta de la inspección ocular a que se hizo referencia, y por las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandada.

En efecto:

Jesús Suárez dice que "es un hecho cierto que había árboles frutales, había guadua, había sementeras como plátano, piña y después del incendio quedó guadua, árboles frutales y la sementera de plátano se agotaron, no hay nada"; que de la platanera "había una parte, de una fanegada, más o menos, que se encontraba en regular estado y la otra parte abandonada, entre el rastrojo, sin cuidado de ninguna especie; los piñales había una parte, como de un cuadro, que estaba en lo limpio y el resto estaba entre rastrojo; yucal no conocí".

Camilo Esquivel declara: "Eso estaba abandonado, había cultivo de plátano, pero la mayor parte estaba en abandono; las palmas hay unas que se secaron o están secas, no sé si haya sido de esa quema, porque los señores Mejía más antes había quemado, no sé si haya sido en ese entonces cuando se quemaron. El cultivo de piña máximamente habría una fanegada, limpia no tenía sino más o menos un cuadro, el resto estaba entre el monte; la yuca ya la había vendido... árboles frutales, unos mangos que hay se secarían máximo unos diez; en el monte había una chamicera, no había madera como para aserrío.....Claro que lo que se quemó fue la hojarasca de debajo; una mata de guadua, no se quemó ahí está y los árboles están vivos.....Las siete fanegadas de plátano sembrado, había una fanegada o fanegada y media en lo limpio, el resto estaba entre el rastrojo; la yuca la habían arrancado".

Lucas Marantes manifiesta que "La parcela se encontraba en un estado muy caída, era mas monte que sementera; totalmente que la platanera habría unas siete fanegadas, pero de las siete fanegadas habría una fanegada que estaba en producción, el resto estaba muy caída"; que "la piña, por mucho había una fanegada, el resto, pero en estado de cosecha un cuadro y el resto estaba solo monte"; que "se quemarían unos diez áboles, los otros ahí existen verdes; las palmas máximamente se quemarían unas diez, pero no se sabe si sería en esa

quema, por más antes habían hecho otra... La cerca se había quemado, entonces la Escuela la mandó reforzar y yo fuí el contratista, para levantarla de nuevo, y quedó nueva postiada; y una vez cercada lo que era, conforme estaba primero"; que yuca no existía porque la habían arrancado y vendido, y que el plátano estaba muy abandonado y no se sabe qué cantidad de matas habría.

Ricardo Cuesta depone: "Eso sí me consta que el lote estaba en pasto, todo abandonado, un cuadro de piña estaba limpio y lo demás estaba entre el monte.....Eso sí quemó todo, tan solo el bosque de arriba no se quemó, y la parte de la mata de guadua también se quemó, como un cuadro de guadua..... No sé si habría yuca o no; los plátanos habría siete fanegadas de plátano, y de esos lo que estaba dando cosecha era una fanegada, lo demás estaba en abandono. Los piñales habría una fanegada, y estaba limpio un cuadro y el resto estaba tapado del monte".

Luis González Guerrero dice que "la quema chamuscó las matas las suazó y quemó la hojarasca"; que "habría como una fanegada de plátano, lo demás estaba entre el monte"; y que la piña habría una fanegada, de cual una cuarta parte en lo limpio el resto entre el monte.

Abraham Reves Gutiérrez manifiesta que estaban abandonados los diversos cultivos que existían dentro de la parcela y que los de piña efectivamente sufrieron por la quema; que "referente a árboles frutales, varios mangos que existían no sufrieron deterioro alguno, puesto que posteriormente al incendio sus cosechas fueron vendidas en su debida época"; y que no le consta que la guadua hubiera sufrido deterioro porque el testigo no tuvo oportunidad de analizar los efectos del incendio inmediatamente después de ocurrido.

José Manuel Rico declara que un cuadro de piña se hallaba en buen estado, lo mismo que fanegada y media de plátano; que los árboles frutales se quemaron por la hojarasca que había debajo; que "la sementera quedó arrasada y lo que había lo quemó el fuego"; y que del monte se quemó el "charrasco" que allí había.

Por último, Luis González dice que "el incendio destruyó parte, totalmente no, según nos mostraron los linderos".

Cabe notar, asimismo, que el 14 de mayo de 1964 se llevó a cabo la diligencia de inspección ocular decretada en la primera instancia, y que el acta respectiva expresa en lo pertinente: "..... se procedió a recorrer en primer lugar, lo que estaba sembrado con piña, aproximadamente fanegada y un cuarto, se apreció en el terreno varios colinos de piña, algunos con el cogollo verde; plátano, la extensión fue medida por los señores peritos, lo que dio un total de diecisiete fanegadas y tres cuartos de fanegada, como único rastro que se encontró en el platanal, fue una mata; de yuca no se deja constancia alguna... Al recorrer la finca del señor Mejía Estrada, en asocio de peritos, se encontraron aproximadamente cien árboles de mango, en producción; mandarinos, marañones, no se encontraron; y unas cuantas matas de guamo y naranjo, lo mismo que las palmas y guadua, estaban en producción; se encontraron algunos troncos de árboles quemados, pero no se puede precisar de qué clase de árboles se trate. En cuanto al bosque, se encuentra en estado natural, por lo cual, se cree que fuera totalmente imposible que fuera destruído en el incendio referido.

En cuanto al punto quinto, se pudo apreciar que el personal de la diligencia, y como quedó anotado en la pregunta tercera, que muchos de estos árboles se hallan en producción y por lo tanto es imposible de que hayan sido destruídos totalmente por el incendio".

Resulta, por tanto, verdad procesal, que el incendio no destruyó la totalidad de los cultivos existentes en la parcela poseída por el actor, pero sí buena parte de los mismos.

Ahora bien: no obstante que la inspección ocular extrajuicio, por haberse practicado dos meses después de ocurido el incendio, constituía la prueba por excelencia pa-

ra establecer con precisión los daños causados, y de que en el memorial petitorio de la misma se señalaron en 12 numerales los hechos concretos que debían ser verificados por el juez, la diligencia, según aparece del acta respectiva, se llevó a cabo en forma por demás deficiente, pues nada se dice en ella acerca de los hechos que han debido ser inspeccionados de acuerdo con la solicitud formulada, y los que verificó el juez lo fueron en forma vaga y anfibológica. En la solicitud respectiva, en efecto, se le pedía al juez que verificara, entre otros hechos, la quema de 20.000 matas de piña, de 1.000 de plátano, de una fanegada de yuca, de 500 árboles de palma de 1.200 metros de cercas y de guaduales, y en el acta de la diligencia se limitó aquél a decir que "pudo constatar las huellas del incendio y toda la extensión del terreno cubierta con pastos naturales, una buena cantidad de matas de plátano en estado de abandono cantidad que los señores peritos apreciaron en su dictamen", pero sin advertir si tales matas y pastos tenían rastros de haber sido quemados o no, y la cantidad y extensión de los que hubieran sido destruídos. Otro tanto sucede con las plantaciones de piña y de yuca, y con los árboles frutales y maderables a que se refiere el acta. De resto, no dice si se apreciaba o no la existencia de cercas, palmas y guaduas destruídas por el fuego, como ha debido hacerlo. En estas circunstancias, precisa suplir las deficiencias anotadas con los otros medios de prueba aportados al proceso.

A este propósito cabe notar que la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio no arroja ninguna luz al respecto, puesto que habiéndose llevado a cabo dos años y medio después de ocurrido el incendio era natural que gran parte de sus huellas hubieran tenido que desaparecer para ese entonces, como es obvio.

En el dictamen que rindieron los peritos José Said y Héctor Gómez Maya, con motivo de la inspección ocular practicada antes de juicio, a que se hizo referencia, expresan aquellos que el 13 de diciembre de 1961 —un mes después de la diligencia— se trasladaron al inmueble materia de la misma y procedieron "a hacer una completa inspección ocular en toda la extensión de la zona afectada por el incendio"; que pudieron establecer "que existe una superficie territorial con una extensión superficiaria aproximada de 30 a 35 fanegadas que aparecen haber sido arrasadas por el fuego"; y que se causaron los daños que en el experticio se relacionan. La peritación mencionada, observa la Corte es ineficaz para establecer la existencia de los daños causados en la parcela, por las siguientes razones: porque la verificación de los daños producidos por el incendio constituía la sujeta materia de la inspección ocular y no de la peritación; porque la inspección ocular es acto propio del juez y no de los peritos; porque la misión de éstos era, concretamente, la de avaluar los daños cuya existencia se estableciera en la diligencia de inspección. Y precisamente por recaer sobre daños que no fueron establecidos en la diligencia mencionada, el avalúo que dieron los expertos a los que en su "inspección ocular" habrían verificado, resulta falto de fundamento y carente, por lo mismo, de fuerza probatoria. (C. J. Art. 721).

El producido dentro de juicio es igualmente infundado y, por ende, ha de desestimarse, porque en lo tocante con el valor de los daños provenientes de la destrucción de los cultivos, se basa en el dictamen rendido antes de juicio, que ya fue desechado; y porque el justiprecio que hacen los peritos de lo que denominan "daños emergentes", "lucro cesante" y "perjuicios morales", no se apoya en razones de ninguna naturaleza.

De los testimonios aportados tanto por el actor como por la parte demandada, a que se hizo referencia, se llega a la conclusión de que al tiempo de producirse el incendio de la parcela número 26 prenombrada, existía en ella una plantación de piña de una fanegada de extensión (dicho de los testigos Camilo Esquivel, Lucas Marantes, Ricardo Cuesta y Luis González), la cual fue destruída por el fuego (testigos Jesús Suárez, Ricardo Cuesta, Abraham Reyes y José Manuel Rico); y otra de plátano de unas siete fanegadas de extensión, de las cuales

sólo había una en producción (testigos Jesús Suárez, Camilo Esquivel, Lucas Marantes, Ricardo Cuesta y Luis González), la que se quemó totalmente (Jesús Suárez, Ricardo Cuesta y José Manuel Rico). Y con ellos se establece, asimismo, que quedaron parcialmente destruídas plantaciones de guadua, palmas y árboles frutales, así como parte de las cercas que existían en la finca.

No habiéndose probado en el proceso el valor de estos daños, ha de condenarse in genere a la entidad demandada a su reparación, a fin de que se fije su importe mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., siendo entendido, desde luego, que la indemnización ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante.

Para terminar este estudio sobre los daños materiales sufridos por el actor, observa la Corte que la pretensión de aquél de que se le indemnicen los gastos que hizo con motivo de la inspección ocular extrajuicio a que se hizo referencia, no puede ser acogida, puesto que por referirse a una prueba anticipada que como tal se adujo a este proceso, su valor ha de incluírse en la liquidación de costas a cargo de la parte demandada, en cuanto tales gastos sean de aquellos a que se refiere el artículo 578, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil.

En lo atinente con los perjuicios morales adviértese que, como se dejó dicho, se hacen consistir exclusivamente en la pérdida del prestigio del demandante como hombre cumplidor de sus obligaciones, en razón de no haber podido pagar las deudas que había contraído con la Caja Agraria, ni satisfacer otros compromisos bancarios, a causa de la destrucción de sus cultivos. Con el fin de acreditar este hecho aportó el actor los testimonios de Víctor Ríos Zuleta, José Pérez Arbeláez y Hernán Jiménez Echeverri, y una certificación de la Caja Agraria. De los testigos mencionados, el segundo manifiesta que le "consta por conversación que tuve con el señor Mejía que a causa del incendio no pudo cumplir el compromiso que tenía con la Caja de Crédito Agrario"; y los otros dos se limitan a decir que les consta que por causa de los perjuicios sufridos no pudo el demandante cumplir los compromisos que tenía adquiridos con la Caja Agraria, sin dar razón alguna de su dicho. Tales testimonios carecen de fuerza probatoria: el de Pérez Arbeláez, por ser de oídas (C. J. Art. 698), y los de Ríos Zuleta y Jiménez por falta de responsividad (ibídem Art. 688).

La certificación de la Caja Agraria tampoco acredita el hecho en cuestión, pues en ella se expresa que Mejía Estrada se hallaba en mora de cumplir sus obligaciones para con la Caja desde el 1º de junio de 1959, esto es, dos años antes del incendio. Lo cual significa que los perjuicios sufridos por el actor con motivo de la destrucción de sus cultivos no fue la causa del incumplimiento de sus compromisos.

Nexo Causal.

La relación de causalidad entre la culpa de la entidad demandada y los daños materiales sufridos por el demandante, a que se hizo referencia, aparecen de manifiesto, pues es palmario que si no se hubieran realizado los hechos culposos, el daño no se habría producido.

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 segunda instancia proferida el seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente juicio ordinario seguido por Gustavo Mejía Estrada contra la "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", y como juzgador de instancia REFORMA la de primer grado, la cual quedará así:

Primero. — Declárase que la Fundación denominada "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", cuya personería

le fue reconocida por el Ministerio de Justicia mediante resolución 2.840 de 1960, es civilmente responsable de los daños que por motivo del incendio producido el 14 de septiembre de 1961, le causó al demandante Gustavo Mejía Estrada en los cultivos y mejoras entonces existentes en el lote de terreno distinguido con el número 26 de la parcelación del antiguo Ingenio Central San Antonio, en el Municio de Rafael Reyes.

Segundo. - Condénase, en consecuencia, a la entidad de demandada, "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid", a pagar a Gustavo Mejía Estrada el valor de los perjuicios materiales que le ocasionó a causa del incendio mencionado, los cuales se liquidarán mediante el proceso señalado en el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Tercero. - Niéganse las demás peticiones de la demandada, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

Cuarto. - Condénase a la misma entidad demandada a pagar al demandante el setenta y cinco por ciento (75%) de las costas causadas en las dos instancias. (D. 243 de 1951. art. 2º).

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO DE INSINUACION Y DE UNAS DONACIONES

La prueba supletoria del estado civil solo tiene poder de convicción cuando se ha demostrado que no existe la principal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 27 abril 14 de 1970).

La Corte entra a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida, por el extinguido Tribunal Superior de distrito judicial de Facatativá el 16 de noviembre de 1966, dentro del juicio ordinario que Alfonso Rodríguez y Sara Cárdenas de Rodríguez promovieron contra Félix Rodríguez y otros.

El Litigio.

Alfonso Rodríguez y Sara Cárdenas de Rodríguez, invocando respectivas calidades de hijo legítimo y cónyuge de Félix Rodríguez, residenciaron en juicio ordinario a éste y a María Margarita, Daniel, Jesús y Filomena Rodríguez, todos mayores de edad, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, contenidas en el escrito de 14 de abril de 1964, correctivo de la demanda inicial:

"Primera. - Es nulo lo actuado en el juicio de insinuación incoado por el señor Félix Rodríguez R. en el Juzgado Civil del Circuito de Pacho para donar a favor de sus hijos legítimos Daniel, Margarita, Filomena, Jesús y Alfonso Rodríguez Cárdenas, a partir del auto admisorio de la demanda.

"Segunda. - Declarar sin validez las donaciones hechas por Félix Rodríguez R., mediante escrituras públicas números 272 del 21 de marzo de 1961, 285 del 24 de marzo de 1961, 971 del 12 de septiembre de 1961, todas de la Notaría de Pacho y debidamente registradas y otorgadas a favor de sus hijos legítimos Daniel y Jesús Rodríguez C., María Margarita R. de Balcázar y Filomena Rodríguez de Benavides, en el exceso de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal por carecer de insinuación judicial el señor Félix Rodríguez para donar.

"Tercera. - Ordenar cancelar los instrumentos públicos en la Notaría de Pacho e inscripciones en la oficina de registro de Pacho y Guaduas de las escrituras públicas precitadas en el segundo punto petitorio del libelo.

"Cuarta. - Que los bienes detallados en las escrituras públicas de que trata el hecho tercero de la demanda deben restituirse al patrimonio de Félix Rodríguez R., o al de la sociedad conyugal formada por éste y mi mandante Sara Cárdenas de Rodríguez.

"Quinta. - Condenar en costas a los demandados en el presente juicio".

En el mismo escrito de corrección, se formularon las siguientes subsidiarias:

"1ª. Que las donaciones referidas por las escrituras públicas números 272 del 21 de

marzo de 1961, 285 del 24 de marzo de 1961 y 971 del 12 de septiembre de 1961 de la Notaría de Pacho, son ineficaces en cuanto defraudatorias de los derechos de la cónyuge, Sara Cárdenas de Rodríguez.

"2ª. Que en consecuencia a la anterior declaración, se ordene cancelar los instrumentos en la Notaría de Pacho e inscripciones en las oficinas de registro de Pacho y Guaduas.

"3ª. Que los bienes detallados en las escrituras públicas de que trata el hecho tercero de la demanda, deben restituirse al patrimonio de Félix Rodríguez R. ó, al de la sociedad conyugal formada por éste y Sara Cárdenas de Rodríguez.

"4ª. Condenar en costas a los demandados".

La causa petendi estriba en los siguientes fundamentos fácticos, que se resumen:

Primero. - Que, en la Iglesia parroquial del municipio de Vergara, contrajeron matrimonio católico Félix Rodríguez y Sara Cárdenas.

Segundo. - Que la sociedad conyugal Rodríguez Cárdenas no se ha liquidado, ni provisional ni definitivamente.

Tercero. - Que Félix Rodríguez hizo donación irrevocable, "de la mayor parte de sus bienes", a sus hijos legítimos. Que a Daniel Rodríguez Cárdenas le dió, como consta en la escritura número 272 corrida el 21 de marzo de 1961 ante el Notario de Pacho y debidamente registrada, un inmueble denominado "El Reposo", situado en el paraje "La Reforma" del municipio de Supatá. Que a Margarita Rodríguez C. de Balcázar le donó, como consta en la misma escritura citada antes, un inmueble rural conocido con el nombre de "La Vistosa" situado en la misma vereda de "El Reposo". Que a Jesús Rodríguez le donó, como consta en la escritura número 285 corida el 24 de marzo de 1961 ante el Notario de Pacho, debidamente registrada, tres lotes de terreno, conocido el primero con el nombre de "La Esperanza" y ubicado en el paraje de "La Chorrera", del municipio de Vergara; otro, denominado "El Guarumal", situado en la vereda El Encanto del Municipio de Supatá; y el último, llamado "La Primavera", situado como el anterior. Que, a Filomena R. de Benavides, le donó, como aparece de la escritura número 971 del 12 de septiembre de 1961 de la Notaría de Pacho, debidamente registrada, un inmueble rural conocido con el nombre de "La Florida", ubicado en la vereda de la Chorrera del municipio de Vergara.

Bajo este hecho tercero de la demanda aparecen singularizados debidamente los inmuebles donados.

Cuarto. - Que, antes de hacer las donaciones a sus hijos legítimos, ante el Juez Civil del Circuito de Pacho, el demandado Félix Rodríguez adelantó el juicio de insinuación para donar; pero que del auto admisorio de la demanda de licencia, no se ordenó correrle traslado a los donatarios, entre los que se contaba el demandante Alfonso Rodríguez, ni se dió traslado a la cónyuge Sara Cárdenas de Rodríguez.

Quinto. - Que, a partir del auto admisorio de la petición de licencia o insinuación para donar, las notificaciones ordenadas para el Recaudador de hacienda nacional y el Agente del Ministerio Público, no se hicieron en la forma ordenada por el ordinal 2º del artículo 312 del C. J. Que, además, la sentencia de 13 de noviembre de 1959 por medio de la cual se otorgó la licencia para donar, no está ejecutoriada por indebida notificación, razón por la cual no puede producir efectos.

Sexto. — Que ha surgido la causal de nulidad erigida por el ordinal 3º del artículo 448 del C. Judicial, pues los funcionarios públicos intervinientes en el proceso de insinuación, no fueron debidamente notificados, y también porque los demandantes, Sara Cárdenas de Rodríguez y Alfonso Rodríguez, no fueron citados al juicio.

Séptimo. — Que, de conformidad con el artículo 327 del C. J., la sentencia que dio fin al trámite de insinuación, carece de efec-

tos por indebida notificación. Que, de consiguiente, las donaciones apuntadas en el hecho tercero, no tienen eficacia legal en cuanto exceden de dos mil pesos ($ 2.000. 00).

Octavo. — Que, con el ánimo de defraudar los intereses de su cónyuge Sara Cárdenas de Rodríguez, y después de abandonarla económica y moralmente, el demandado Félex Rodríguez, sin insinuación judicial, hizo las donaciones narradas a sus hijos Daniel, Margarita, Jesús y Filomena Rodríguez.

El apoderado de los demandantes con el libelo presentó, únicamente, la copia de la partida eclesiástica del matrimonio de Félix Rodríguez y Sara Cárdenas, celebrado el 21 de junio de 1920, y el poder que le otorgaron sus mandantes.

Hubo oposición a que se hicieran las declaraciones impetradas y en el escrito en que se propusieron excepciones de previo pronunciamiento, y se dio nueva respuesta a la demanda, se lee la siguiente contestación al hecho séptimo: "..... aclaro, por autorización expresa de mi mandante Félix Rodríguez R., que el actor Alfonso Rodríguez C., no es su hijo legítimo, y, si lo considera que lo es, debe probarlo en legal forma".

El 27 de febrero de 1965 se desató la instancia con sentencia en la cual se resolvió no acceder a las peticiones de la demanda, se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte vencida. El Tribunal Superior del distrito judicial de Facatativá, que conoció por apelación de los demandantes, en sentencia dictada el 16 de noviembre de 1966, dispuso: "Primero. — Reformar la sentencia apelada en cuanto negó las pretensiones de la demanda y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo y declarar en su lugar que no es el caso de dictar fallo estimatorio del derecho material invocado por la parte actora, ya que no se demostró la legitimación en causa del demandante señor Alfonso Rodríguez, o sea su calidad de legitimario. Segundo: — Confirmar la sentencia apelada en el numeral 3º".

La Sentencia Acusada.

El Tribunal, después de relatar lo sucedido en primera instancia y luego de resumir los fundamentos que tuvo el juez para decidir, apoya su sentencia en lo siguiente:

Que el demandante, señor Alfonso Rodríguez, no demostró su "interés para obrar o legitimatio ad causam", pues no adujo la prueba de ser legitimario del demandado Félix Rodríguez, fundamento de las peticiones de su demanda.

Que faltan las copias de las actas del registro civil o de las partidas eclesiásticas que comprueben la calidad de hijo legítimo, invocada por el demandante, por lo cual, no estando probada la legitimación en causa de la parte actora, el fallo será inhibitorio.

Que como la confesión no es medio idóneo para probar el estado civil de las personas, pues no es prueba principal ni supletoria de él, carece de ese valor persuasivo la copia del poder otorgado por el demandado Félix Rodríguez en la que designa como hijo legítimo a Alfonso Rodríguez.

Que la calidad de cónyuge en la demandante Sara Cárdenas de Rodríguez, sí está demostrada, "pero el fallo no podría desvertebrarse en el sentido de ser para uno de los componentes de la parte actora inhibitorio y para el otro estimatorio de la acción propuesta. Que con ello podría llegarse al absurdo de que siendo desfavorable la sentencia para uno de los sujetos de la parte demandante y teniendo para él el carácter de cosa juzgada material, para el otro u otros de esos sujetos, esa sentencia tuviera únicamente el carácter de cosa juzgada formal".

Que "existiría, entonces, para éstos últimos la posibilidad de iniciar nuevamente el juicio para subsanar el error cometido en cuanto a alguno de los presupuestos del proceso en cuanto a la falta de demostración de la legitimación en causa, pudiendo inclusive obtener una sentencia favorable, contradictoria a la primera que respecto del litis consorte que sí acreditó su legitimación para obrar fue desfavorable, quedó ejecutoriada".

El Tribunal considera que la falta de legítimación en causa, activa o pasiva, "a pesar de ser uno de los elementos indispensables para estimar la pretensión no es elemento de la acción como equivocadamente se ha sostenido por algunos". "La legitimación en causa es uno de los requisitos indispensables para que pueda producirse una sentencia de fondo, pero su falta no puede conducir a un fallo absolutorio, pues no es presupuesto de la acción o del derecho material impetrado".

Que, en este caso, "si el fallo pudiera ser respecto a determinadas personas inhibitorio y respecto de otras estimatorio, siendo unas mismas las pretensiones de todas ellas, se desnaturalizaría completamente el fenómeno de la cosa juzgada de que tratan los artículos 474 y siguientes del Código Judicial".

La Demanda de Casación.

Dos cargos esgrime el acusador y no obstante que omite decir cuál es la causal o el motivo invocado, claramente resulta del texto que lo es el primero del Art. 52 del Decreto 528 de 1964.

"Primer Cargo. — Errores de derecho y de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, subsiguiente violación indirecta, por defecto de aplicación del Art. 19 de la Ley 92 de 1938 y del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, y quebranto final, en la misma forma y por igual motivo, de los artículos 448 y 457 c.p.c. y 1458, 1740 y 1746 del c.c., junto con el 2º de la Ley 50 de 1936 t 327 y 474 c.p.c.".

Dice el recurrente que, "a la postre, lo importante es saber si en el juicio está o no demostrado que Alfonso Rodríguez es hijo de Félix, y por ende, legitimario suyo, susceptible de afectación por actos distractores o defraudatorios de éste". Agrega que el Tribunal "ignoró por completo el texto del Art. 2º de la Ley 45" que consagra como "acto de definición del estado civil del hijo, aceptado por el 19 de la Ley 92 como prueba del mismo estado", el reconocimiento hecho por el padre natural en declaración expresa y directa hecha ante el juez. Que en el expediente obra la copia del memorial poder en que Félix Rodríguez nombra abogado para alcanzar la licencia judicial para donar a sus hijos, entre los que enuncia a Alfonso Rodríguez. Que, además, obra la copia de la providencia de insinuación en la cual el fallador aceptó la calidad de hijo del demandante en ese juicio. Que conforme al artículo 19 de la Ley 92 de 1938 esos documentos son prueba supletoria del estado civil. Que, para el Tribunal, el memorial poder indicado es una simple confesión sin fuerza para acreditar el estado civil. Que el sentenciador reconoció la existencia del apuntado memorial poder, pero le negó su mérito de prueba plena del estado civil, lo que determina el alegado error de derecho en la apreciación de esa prueba. Que el error "de evidencia plena en materia de hecho", consiste en que el Tribnnal no reparó en la existencia de las copias tomadas del proceso de insinuación, particularmente de la sentencia que concedió la licencia para donar. Que "a través de los medios documentales señalados, conjuntamente, como también individualmente considerados, se tiene la prueba de la filiación de Alfonso Rodríguez, y con ella la de su interés para demandar...".

Que, como consecuencia de lo anterior, "se encuentra cómo la omisión de sentencia material fue producto de desvío en el manejo de las pruebas, en haber negado a un medio el valor que en general y singularmente tiene en ley, y en haber pasado por alto otro instrumento que por sí y reforzando al anterior, demostraba el mismo hecho, cuya supuesta ausencia condujo a aquel tipo de fallo". Que, como efecto, resultaron violados, por falta de aplicación, los preceptos en que se asentó la acción principal.

"Los atinentes a nulidades procesales y a los alcances de la cosa juzgada inoponibles a quienes no intervinieron en el juicio, el que consagra la nulidad de la donación no insinuada debidamente en lo que exceda de dos mil pesos, y los relacionados con la nulidad absoluta y sus efectos inmediatos entre las partes, citados en el encabezamiento del cargo".

"Segundo Cargo. — a) Errores de derecho y de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, subsiguiente violación indi-

recta, por falta de aplicación del Atr. 19 de la Ley 92 de 1938 y del 2º de la Ley 45 de 1936, para transgresión final, por el mismo concepto, de los Arts. 474 c.p.c. y 1245, 1482 y 1792 y 1825 c.c.b). Interpretación errónea del Atr. 474 c.p.c., aplicación indebida de los artículos 474 y 477 ibídem y violación indirecta, por defecto de aplicación, de los artículos 1245, 1482, 1798 y 1825 c.c.".

El Tribunal, dice el recurrente, consideró que la falta de prueba de la personería sustantiva del demandante Alfonso Rodríguez acarreaba la imposibilidad de pronunciar sentencia de fondo en lo tocante a las súplicas de Sara Cárdenas de Rodríguez, "por indisoluble vinculación de los intereses de ambos sujetos".

Para sustentar el cargo en relación con la censura de la letra a), expone: que el error de derecho consistió en "no apreciar como es debido según la ley" el reconocimiento de paternidad por declaración ante juez; y que el error de hecho lo constituye el no haber tomado nota de la providencia judicial proferida con conocimiento pleno de las partidas que acreditaban la filiación, lo que produjo el quebranto de los artículos 1758 y 1759 c.c., 632 c.p.c. y 2º de la Ley 45 y 19 de la 92.

Respecto al ataque contenido bajo la letra b), expone: que el Tribunal sostuvo que el fallo no podía ser de fondo para uno de los demandantes e inhibitorio para el otro, pues sería dar origen a sentencias contradictorias, ya que el fallo que hubiera de proferirse en el juicio posterior podría decidir de una manera contraria al que ahora se dictara. Que eso entraña incorrecta interpretación del Art. 474 c.j. y aplicación indebida del 477 ibid, y, "eventualmente, un error de hecho evidente en la apreciación de la demanda".

Que, a más de la nulidad pedida, la madre solicitó, en subsidio, la ineficacia de las donaciones de bienes sociales por ser defraudatorias de sus derechos, lo que determinó que sus peticiones son independientes de las de Alfonso Rodríguez; que hubo indebida apreciación de la demanda pues el Tribunal no observó la independencia de las acciones de cada demandante y la independencia de la posición de cada uno; que no distinguió la posibilidad de hacer causa común con la necesidad de presencia regular de todos en un mismo proceso (477 ibid.); que las súplicas subsidiarias son exclusivas de la cónyuge lo que demuestra la independencia del proceder de los demandantes conjuntos.

El recurente termina la sustentación de sus cargos, así:

"IV. — Cuanto se refiere a la primera acción, nulidad, la inhibición respecto de las súplicas de Sara Cárdenas significó el defecto de aplicación del Art. 474 c.j. y luego de los artículos 448, 457 y 327 ibid, fuera de los Arts. 1458, 1740 y 1746 c.c. y 2º de la Ley 50 de 1936, que debiendo emplearse, al cabo fueron dejados de lado, a una por error en la valoración de las pruebas y por desacertada inteligencia del 474 y una incorrecta aplicación del 477 de la misma obra inicialmente citada".

Y remata las conclusiones de esta manera:

".....la muerte del cónyuge donante en el transcurso del juicio y la consiguiente disolución de su sociedad matrimonial y apertura de su sucesión, relevan de toda consideración sobre el interés jurídico inicial de los demandantes para reclamar contra actos ineptos a ellos adversos, dado que la legitimación suya en la causa se despejó totalmetne con ese evento y sus inmediatos efectos".

La Corte Considera:

1º) Como claramente lo determina la Ley 92 de 1938, no es lo mismo prueba principal que prueba supletoria del estado civil; esta sólo tiene poder de convicción, cuando se ha demostrado que no existe aquella; por este aspecto, la prueba supletoria no tiene per se vida propia; todo su valor persuasivo está condicionado a que falten las pruebas principales. Mientras no esté demostrada la ausencia de estas, que, a partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938 (junio 15 del año citado), son las respectivas copias

auténticas de las partidas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios competentes, ningún valor tienen las denominadas pruebas supletorias, pues como su nombre lo indica, suplen a las principales, pero no en todos los eventos, sino cuando éstas faltan. Así lo expresa terminantemente el artículo 19 de la Ley citada: "La falta de los respectivos documentos del estado civil podrán suplirse, en casos necesarios, por otros documentos auténticos".

El legislador, por la gran importancia que tiene el estado civil en la vida social, no ha permitido su libre prueba. El constituído antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938, se prueba, según fuere el caso, con las respectivas actas del registro del estado civil (Art. 347 del C.C.) o con las certificaciones que, con inserción de las actas o partidas eclesiásticas, expiden los respectivos sacerdotes párrocos (Art. 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año). Estas son las únicas pruebas principales, que, faltando, pueden ser reemplazadas con las supletorias que indicaba el artículo 395 del C. Civil, que fue subrogado. Pero las pruebas principales de todo estado civil constituído a partir del 15 de junio de 1938, cuando entró en vigencia la Ley 92 de ese año, están representadas únicamente por las "copias auténticas de las partidas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios" que la ley señala. No hay otras pruebas principales y solamente pueden admitirse las pruebas supletorias, cuando está demostrada la falta de aquellas. (Artículo 19 de la Ley 92 de 1938).

Dedúcese de lo anterior que la confesión no es prueba principal del estado civil y que tampoco lo es el documento o la escritura que contiene el reconocimiento de hijo natural, pues una cosa es el conjunto de circunstancias que configuran un estado civil, y otra, muy distinta, la prueba de ese mismo estado. La copia del respectivo instrumento en que se reconoce a un hijo natural conforme a la ley, prueba el reconocimiento, pero el medio de prueba principal de ese estado civil no lo es la copia de ese acto, sino la copia auténtica de la respectiva partida que debe asentarse en el registro civil. Del mismo modo, no es prueba principal del estado civil de hijo legítimo la copia de un proceso en que al pretendido hijo se le ha tolerado esa calidad, ni lo es la sentencia que termina un juicio de insinuación autorizando la donación al pretendido hijo. Y aún más, no lo es siquiera la sentencia que, en juicio sobre estado civil, declara que el demandante es hijo natural del demandado; ella le reconoce al hijo su calidad de tal, pero no es prueba principal de ese mismo estado, ya que la ley ha señalado un medio probatorio específico para demostrarlo, que consiste en la copia auténtica de la respectiva acta de registro del estado civil. Aquella sentencia y esos documentos auténticos, pueden conllevar poder probatorio de un estado civil, solo de manera supletoria y cuando está demostrada plenamente la falta de las respectivas actas del estado civil, que son la prueba principal. No estando comprobada esta falta, esos documentos ningún poder persuasivo tienen.

Síguese, entonces, que el memorial poder en que Félix Rodríguez predicó de Alfonso Rodríguez la calidad de hijo legítimo suyo, no es prueba principal de ese estado: sólo en orden a demostrar el estado de hijo natural podría tener valor, pero únicamente de modo supletorio, como se dejó apuntado. Ese documento no tiene valor probatorio en el campo de la filiación legítima. Podría aducirse como prueba de reconocimiento de hijo natural, pero no es prueba principal de ese estado.

Como no está probada la falta de las partidas del registro civil, ese memorial poder carece de la fuerza probatoria pretendida. Lo mismo se dice respecto de las copias del proceso de insinuación y de la sentencia que concedió la licencia para donar. Estos son documentos auténticos, en verdad, pero carecen de virtud probatoria como pruebas principales de un estado civil; y no la tienen como pruebas supletorias, pues no se demostró la falta de las pruebas principales.

"Por la trascendencia que el estado civil tiene en las relaciones de familia y en la sociedad en general y por la necesidad de imprimirles seguridad y estabilidad a los hechos y situaciones que los constituyen, la

ley ha sometido ese estado a un régimen de registro y prueba de carácter especial y diferente del sitema probatorio a que están sujetas las relaciones de índole patrimonial. De consiguiente, en materia de estado civil son de preferente aplicación las reglas que consagran los medios específicos de probarlo. Entre estos medios no figura el de la confesión judicial ... "La ley distingue las pruebas del estado civil en principales y supletorias, señala cuáles son las unas y cuáles las otras, y la manera como puede hacerse uso de las supletorias. Tradicionalmente ha entendido la Corte que a estas pruebas supletorias no puede acudirse ad libitum, sino que para admitir su empleo se requiere acreditar también la falta de la respectiva partida principal mediante certificación del funcionario a quien correspondía extenderla. (XLII, 1897, 135, LXXXVII, 2194, 402").

Síguese de lo expuesto que el Tribunal no cometió error, ni de derecho, ni de hecho evidente.

Entonces, las impugnaciones contenidas bajo el primer cargo y en el literal a) del segundo, no prosperan.

2º) En cuanto la impugnación contenida bajo la letra b) del segundo cargo, la Corte considera:

La formulación de este cargo ofrece seria duda en cuanto a la técnica de casación. Fuera de ello, al entrar al examen de fondo, en el supuesto de que el ataque pudiera prosperar y se abriera la posibilidad de dictar sentencia de mérito, podría llegarse a un quebrantamiento del principio de la reformatio in peius, circunstancia que necesariamente impediría casar la sentencia.

Hay ausencia de técnica, porque, de un lado, se omitió expresar, como lo ordena el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, la causal o motivo de casación que se aduce para pedir la infirmación del fallo; y, de otro lado, el cargo toma como disposición sustancial violada el artículo 474 del C.P.C., y es claro como lo ha sostenido la Corte, que esa norma sola no entraña proposición jurídica completa; que es necesario señalarla junto con la del artículo 473 para que la proposición se complemente.

El mismo recurrente previó el peligro de la reformatio in peius, que la Corte observa; esa situación de adversidad está insinuada en el escrito que contiene la demanda de casación, donde se lee:

"Entiendo que la prosperidad de la casación está subordinada a la prosperidad del juicio: No habiendo recurrido la parte demandada, si la Corte considera que no hay mérito para las declaraciones y condenas pedidas en el libelo, por más que considere infundada y casable la sentencia del Tribunal y, por ello, necesaria una decisión de fondo, habría de conservar aquella para no incurrir en una reformatio in peius".

Por lo dicho, no tiene eficacia el ataque contenido bajo la letra b) del cargo segundo, aunque prosperara.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del extinguido Tribunal Superior del distrito judicial de Facatativá, proferida el 16 de noviembre de 1966 en el juicio ordinario que iniciaron Alfonso Rodríguez y Sara Cárdenas de Rodríguez contra Féliz Rodríguez y otros.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el proceso al Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá al que le fue adscrita la competencia que tenía el extinguido.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

La confesión no perjudica a los litis-consortes de quien la hace.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada según acta número 26 de fecha 10 de los corrientes).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de El Espinal el 14 de febrero de 1966 en el juicio ordinario de Eduardo Arenas y otra frente a los sucesores de Roque Jacinto Cleves y otra.

El Litigio.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de El Espinal, Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas citaron a juicio a Mercedes Guzmán vda. de Cleves, en su propio nombre y como partícipe sobreviviente de la sociedad conyugal ilíquida formada por ella y Roque Jacinto Cleves y "a los demás herederos" de este último.

En el libelo impetraron los actores estas determinaciones:

Que pertenecen en dominio pleno y absoluto a Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas dos lotes de terreno que forman parte de la hacienda "El Horizonte", ubicados en el Municipio de Suárez, Departamento del Tolima, distinguidos con las letras B y G en el plano de la partición de la antigua hacienda de Chiriló, y alindados como en el pedimento se indica; que, consecuencialmente, se condene a los demandados a restituír a los actores los mencionados lotes de terreno con las mejoras en ellos existentes, casa de habitación y demás enseres; y que, igualmente, se condene a los demandados a pargarles a dichos actores el valor de los frutos del inmueble, considerados aquéllos como poseedores de mala fé.

Los hechos constitutivos de la causa petendi se relacionan en 27 numerales. En los trece primeros se describe la tradición jurídica del inmueble objeto de la reivindicación desde el año de 1906 hasta el 21 de septiembre de 1956, fecha en que se otorgó en la Notaría del Guamo la escritura 444, por la cual Juan Alejo Ospina, José Gregorio Cleves y Berta de Ospina vendieron a Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas la finca "El Horizonte". En los siguientes hechos se afirma: que la casa de la hacienda Chiriló, poseída por los demandados, fue construída por el coronel Félix Cleves, según consta en la escritura 626 de 1954; que el nombrado coronel Cleves llevó a su hacienda "El Horizonte", antiguo Chiriló, a su hermano Roque Jacinto Cleves en calidad de administrador, quien, como tal, obedecía las órdenes de aquél, disponía los cultivos, entregaba los lotes de terreno a los aparceros y, en fin, cumplía los oficios propios de un mayordomo; que Roque Jacinto Cleves llevó a vivir a la mencionada finca a su esposa Mercedes Guzmán y a sus hijos, entre ellos Raúl Cleves, quienes allí permanecieron en vida del coronel Félix Cleves y después de la muerte de éste, hasta el momento actual; que el mayor Juan Alejo Ospina Cleves, como heredero de su padre Félix, demandó a Mercedes Guzmán vda. de

Cleves ante la Inspección Seccional del Trabajo de Ibagué para que ésta entregase los bienes materia del presente juicio, mas ella se negó a hacerlo alegando que su esposo había celebrado sociedad con su hermano Félix y que, por lo tanto, la demandada tenía derecho a la plusvalía de la finca: que también Juan Alejo Ospina Cleves requirió judicialmente, por dos veces, a la nombrada Guzmán de Cleves para que efectuara la referida entrega y se abstuviera de introducirle al inmueble nuevas mejoras, con la advertencia de que no le serían reconocidas; que los actores en este juicio entraron en posesión material de la hacienda "El Horizonte' el 21 de septiembre de 1956, fecha en que la adquirieron, a excepción de los dos mencionados lotes de terreno B y G; que los demandados se encuentran en posesión de estos lotes, alegando tenerlos en sus propios nombres o afirmando que derivan dicha posesión de Roque Jacinto Cleves, de quien son herederos. Precisa el libelo que la posesión de los demandados data del 30 de diciembre de 1950, o sea desde el día siguiente a la muerte de Roque Jacinto Cleves. "Esta afirmación se explica en la circunstancia de que en el período anterior a la muerte de éste nunca pretendieron presentarse como dueños, pues Roque Jacinto Cleves, siempre se portó como un administrador de la hacienda "El Horizonte", reconociendo siempre a su hermano Félix Cleves como el único propietario; de manera que los demandados poseen los lotes en mención reputándose como dueños o únicos herederos o interesados en dichos bienes como herederos de Félix Cleves, desde la fecha indicada, sin que tengan un título justo en qué fundar su derecho".

Admitida la demanda, esta les fue notificada personalmente a Mercedes Guzmán vda. de Cleves y a Rómulo Raúl Cleves, y se surtió el emplazamiento de "los demás herederos" de Roque Jacinto Cleves, a quienes se les nombró curador ad litem. Posteriormente se presentaron en el juicio, en su condición de tales herederos, María Elvia Cleves de Zamora, Emma Cleves de Molina y María Sofía Cleves.

Rómulo Raúl Cleves contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de los actores; negó o dijo ignorar los hechos fundamentales de la misma y ofreció la siguiente explicación: "El 16 tampoco es cierto. Ocurrió al respecto lo siguiente: el finado don Roque Jacinto Cleves, con conocimiento y con sentimiento de su hermano Félix Cleves, también difunto, fundó a su costa todas las mejoras que existen en la finca referida "El Horizonte", en el lapso de 1940 hasta su muerte (la de R. J.). Así todas le pertenecen a aquel causante (el mismo R. J.); y las estableció con su peculio, con su trabajo, el de su aludida esposa y todos sus hijos; fallecido don Roque Jacinto, sus nombrados mujer y descendientes, han continuado hasta la fecha la explotación económica de tales mejoras, y además implantado otras que se precisarán, conjunto de hechos que llevan 18 años de estarse realizando, también con consentimiento y conocimiento de los sucesores de don Félix Cleves (herederos y compradores)". Frente a las afirmaciones del libelo relativas a la asunción por los demandados de la calidad de poseedores del inmueble reivindicado, la contestación expresa: "El hecho 21 y el 22 los respondí y expliqué al contestar el 16".

El curador ad litem de los herederos de Roque Jacinto Cleves que habían sido emplazados, según quedó dicho, descorrió el traslado de la demanda oponiéndose también a las súplicas de la misma y declarando lo siguiente: "Afirmo que, primero, Roque Jacinto Cleves, y después, sus hijos legítimos han estado poseyendo los lotes B y G de la hacienda "El Horizonte", desmembración de la antigua hacienda de Chiriló desde hace más de quince (15) años, en su nombre y no en lugar ni a nombre de persona alguna distinta de ellos".

En fin, el apoderado de Mercedes Guzmán vda. de Cleves, María Elvia Cleves de Zamora, Emma Cleves de Molina y María Sofía Cleves, quien lo era también de Rómulo Raúl Cleves, contestó el libelo, insistiendo en la oposición. En cuanto a los hechos, conviene destacar las siguientes respuestas: "...El 2º porque las existentes en el predio referido (mejoras y anexidades) son de los demandados, quienes las fundaron a ciencia y paciencia, con el consentimiento del dueño del inmueble en su tiempo, y desde entonces las han poseído hasta

la actualidad"; "El 14. — La casa de la "Hacienda Chiriló" u "Horizonte", como muchas otras mejoras (platanales, cachacales, potreros, cercas de alambre, etc), las establecieron a sus expensas los querellados del año de 1940 en adelante. con consentimiento, ciencia y paciencia del propietario de aquellas tierras, y desde entonces a hoy las poseen independientemente y continuamente". "17 y 18. Ciertos estos hechos en cuanto a la querella y requerimiento que ellos historian; pero más verdadera la ineficacia de estos actos por tratarse de terrenos poseídos por los demandados y de mejoras de éllos igualmente poseídas por los mismos". "Hecho 21. — Expresé que los demandados son poseedores de las tierras de que aquí se habla y dueños de las mejoras existentes allí, sin dependencia alguna, con señorío". "Respecto del hecho 22 los querellados poseen, no desde 1950, desde 1940 a hoy sin sujeción a nadie".

Ha subrayado la Corte las respuestas transcritas para los efectos del recurso extraordinario.

Con fundamento en los hechos relatados en las contestaciones de los demandados, relativos a la manera como su antecesor Roque Jacinto Cleves y ellos mismos llegaron a la finca "El Horizonte" de propiedad de Félix Cleves y fundaron allí las mejoras de que se declaran propietarios y poseedores, dichos demandados propusieron reconvención dirigida contra los actores Arenas, y además, contra Juan Alejo Ospina, Bertilda García y José Gregorio Otavo (sic), estos últimos como representantes de la sucesión de Félix A. Cleves y tradentes de los nombrados Arenas, para que se declarase que la sucesión de Roque J. Cleves, la sociedad conyugal de éste y Mercedes Guzmán, y personalmente ésta, Rómulo Raúl, María Emma, Sofía y María Elvia Cleves Guzmán, son dueños y poseedores de las referidas mejoras, y para que se condenase a los contrademandados a pagarles a los reconvenientes el valor de las mismas, estimadas en la suma de cien mil pesos moneda corriente.

Carlos Eduardo Arenas, Berta Arciniegas de Arenas, Juan Alejo Ospina Cleves, Gregorio Cleves y Berta Cleves de Ospina dijeron oponerse a la reconvención y negaron los hechos en que esta se funda.

La primera instancia del juicio finalizó con sentencia, cuya parte resolutiva dispone:

"Primero. Declarar, no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte demandada.

"Segundo. Absolver, a la parte actora en el presente juicio, representada por el doctor Luis H. Rodríguez A., de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención, instaurada por el doctor Jorge Altuzarra Lezama, como apoderado de la parte demandada.

"Tercero. Declarar, que pertenecen en dominio pleno y absoluto a Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Berta Arciniegas de Arenas, de las condiciones civiles conocidas en la demanda, dos lotes de terreno que forman parte de la hacienda "El Horizonte", ubicados en el Municipio de Suárez (Tolima), que corresponden a los marcados con las letras "B" y "G", en el plano de la partición de la antigua hacienda de "Chiriló", por compra que hicieron a Juan Alejo Ospina Cleves, Berta de Ospina y Gregorio Otavo Cleves, mediante escritura pública Nº 444 de la Notaría del Guamo (T), fechada el 21 de septiembre de 1956, registrada en esta Cabecera, el 18 de octubre del mismo año, comprendidos tales lotes dentro de los siguientes linderos: (aquí ellos).

"Cuarto. Como consecuencia de la declaración del punto anterior, condénase, al demandado, o sea, la sucesión ilíquida e intestada de Roque Jacinto Cleves, y a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida formada por el causante Roque Jacinto Cleves y a la cónyuge sobreviviente señora Mercedes Guzmán viuda de Cleves, representadas por ésta y el señor Rómulo Raúl Cleves, y éstos en su propio nombre, de las calidades civiles anotadas en autos, a restituír, seis (6) días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor de los demandantes Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Berta Arciniegas de Arenas, también de filiación conocida

en autos, los lotes de terreno alinderados en el punto 3º de esta sentencia, que hacen parte de la finca denominada "El Horizonte", según escritura citada de compraventa, número 444, de 21 de septiembre de 1956, de la Notaría del Guamo.

"Quinto. Condénase a los demandados a pagar a los demandantes, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos civiles y naturales del inmueble antes determinado, y no solo los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, mediante la regulación de ley, desde el 21 de septiembre de 1956, cuando fue otorgada la escritura de compraventa del bien materia de la reivindicación, hasta la fecha en que se efectúe su entrega, en razón de que se declaran poseedores de mala fé, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

"Sexto. Declarar que en la restitución de los lotes en mención, se comprenderán las mejoras existentes, la casa de habitación y demás anexidades.

"Séptimo. Condénase a los demandados, a pagar a los demandantes, las costas del presente juicio".

Surtido el segundo grado por apelación interpuesta por los demandados, el Tribunal Superior de El Espinal, mediante fallo del 14 de febrero de 1966, confirmó la sentencia recurrida.

La Motivación del Tribunal.

A vuelta de historiar la litis-contestación y el desarrollo del juicio, procede el Tribunal sentenciador a fundar su pronunciamiento.

Comienza por declarar establecidos los presupuestos procesales, entre ellos la competencia de la justicia ordinaria para conocer de este proceso, por ventilarse en el mismo, como acción principal, la reivindicatoria o acción de dominio.

Examinada la demanda de reconvención, concluye que esta es inepta por haberse dirigido no solamente contra los actores principales, sino también contra personas distintas, como Juan Alejo Ospina, Bertilda García y José Gregorio Otavo. Considera, además, el sentenciador que esta actuación de los contrademandados sólo se endereza a postular su condición de poseedores de buena fé y a alegar su derecho de retención sobre el inmueble reivindicado hasta el pago del valor de las mejoras.

En relación con dichas mejoras, aprecia la prueba testimonial aducida por las partes para establecer sus derechos sobre las mismas. Considera el Tribunal que los testigos que declararon a instancia de los actores, en deposiciones responsivas acreditan plena o inequívocamente "que la casa de habitación y demás mejoras que existen en la finca "El Horizonte son de propiedad de la parte demandante". Y agrega: "Los testigos traídos por la parte demandada, de los cuales solamente declararon los señores Anastasio Herrera, David Leal y Cantalicio Barberi..... en su conjunto son favorables a la parte demandante en relación a las mejoras existentes en la finca de "El Horizonte", como puede concluírse al ser leídas detenidamente".

Dilucidados los antedichos problemas, precisa el sentenciador que la acción principal instaurada es la reivindicatoria, cuyos elementos axiológicos son: a) dominio del actor; b) posesión del demandado; c) cosa singular, o cuota de esta, o derecho real en la misma, objeto de la reivindicación; y d) identidad de lo reivindicado por el actor y lo poseído por el demandado. Seguidamente, averigua el fallo acusado si tales elementos se encuentran establecidos en los autos.

En primer término, relaciona y comenta los instrumentos públicos presentados por los actores para acreditar su dominio en la hacienda "El Horizonte", de la cual forman parte integrante los lotes de terreno B y G, materia de la reivindicación, hasta llegar a la escritura pública 444 otorgada en la Notaría del Guamo el 21 de septiembre de 1956, por la cual Juan Alejo Ospina Cleves, José Gregorio Otavo y Berta Cleves de Ospina vendieron a dichos actores la mencio-

nada finca. "Por la anterior relación de títulos y el certificado tantas veces citado, se llega a la conclusión de que el dominio de los lotes materia del presente juicio radica en cabeza de la parte demandante".

Pasando al elemento de la acción que consiste en la posesión de lo reivindicado por los demandados, el fallo también lo encuentra plenamente establecido con base en las posiciones absueltas extra juicio por Mercedes Guzmán de Cleves, en las cuales, pese a las contradicciones que se le apuntan, como la de afirmar que su esposo entró a ocupar el inmueble reivindicado como administrador, para luego decir que éste era dueño de dicho inmueble, también confiesa expresamente que tanto su aludido esposo, como la deponente y sus hijos han trabajado en la hacienda "El Horizonte" "no como arrendatarios o administradores, sino como dueños". Además, encuentra el sentenciador corroborada esta confesión con las declaraciones de Anastasio Herrera, David Leal y Cantalicio Barberi, testigos de los demandados, y con las copias de las sentencias dictadas por el Juzgado Civil del Circuito del Guamo y el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por dichos demandados contra los herederos de Félix Cleves.

"Que la reivindicación versa sobre cosa singular —dice el fallo— se desprende claramente del proceso", como también la identidad del inmueble materia de la acción, según resulta de la inspección ocular practicada en el juicio y del dictamen pericial anexo a la misma, el cual no fue objetado en su oportunidad procesal.

Finalmente, el sentenciador califica a los demandados como poseedores de mala fé por carecer de título, como también por ser ellos sucesores de Roque Jacinto Cleves, quien no tuvo esa calidad de poseedor sino la de tenedor: siendo dichos demandados "personas físicas que con aquel convivían y que por consiguiente estaban al tanto de su condición, comenzaron a poseer prevalidos de su carácter de parientes del verdadero dueño señor coronel Félix Cleves Ricaurte y cuyo dominio en manera alguna podían de buena fé desconocer".

La Impugnación

Interpuesto el recurso extraordinario por los demandados que se hicieron presentes en el juicio, fúndase en demanda que contiene tres cargos en el ámbito de la causal primera de casación y que se despachan en su orden lógico.

Primer Cargo

Denuncia infracción directa "de los artículos pertenecientes al Título 12, libro II del Código Civil, relativos a la reivindicación, y por falta de aplicación del artículo 739, inciso segundo del Código Civil".

Critica al censor la calificación que los actores y los juzgadores de instancia hicieron de los demandados como poseedores del inmueble litigado, lo que explica diciendo que los autos muestran claramente que Roque J. Cleves fue llevado a la finca Chiriló por su hermano Félix para que aquel le administrara y fundara en ella las mejoras que considerase convenientes, hecho este postulado unanimemente por las partes y admitido por el fallo acusado. En orden a demostrar esta censura, se transcribe el numeral 15 de la causa petendi del libelo, la manifestación que en el mismo sentido hiciera, antes de la iniciación del presente juicio, Juan Alejo Ospina Cleves, heredero del nombrado Félix, ante el Inspector Nacional de Asuntos Campesinos de Ibagué, en discusión sobre mejoras con los herederos de Roque Jacinto. Igualmente, se afirma que en este juicio los demandados no han pretendido hacer valer una posesión con mejor derecho, sino que en su reconvención impetraran ellos que les fuera reconocido por los actores, como dueños del terreno, el valor de las mejoras aludidas.

Con base en los precitados planteamientos y en los pasos del fallo acusado relativos a los mismos, concluye la censura que el Tribunal sentenciador habiendo captado a través del análisis probatorio la verdadera condición de los actores como simples tenedores, les atribuyó indebidamente la calidad de poseedores del inmueble objeto de la reivindicación, por lo cual aplicó indebidamente las normas que gobier-

nan la acción de dominio, a la vez que dejó sin operancia el inciso 2º del artículo 739 del C. Civil, que consagra la acción de recobro incoada en la demanda de reconvención.

Consideraciones de la Corte:

I — Peca el cargo contra la preceptiva técnica del recurso, en cuanto impugna el fallo acusado por violacion directa de las disposiciones contenidas en el Titulo 12, Libro 2º del C. Civil, pertinentes a la reivindicación. En efecto: manda el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 que el recurrente en casacion cite las normas sustanciales que estime infringidas, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de esta infraccion. Obedece este precepto disciplinario del recurso a que en él privan de modo absoluto los principios procesales acusatorio y de la dispositividad del juzgador, hasta el punto de que la capacidad decisoria de la Corte queda circunscrita y estrictamente limitada por la pauta que le trace la impugnación. Así, no le es dado a ella averiguar oficiosamente si el fallo acusado ha violado o no determinado precepto no citado concretamente por el impugnante, como tampoco puede apartarse de las razones o fundamentos aducidos por este en orden a demostrar tal violación. Por lo dicho, bien repetido lo tiene la doctrina que es inane el recurso que se limita a expresar que "se ha quebrantado la ley sustancial" o que "el pronunciamiento del sentenciador es contrario a las regulaciones del Código Civil", etc. Queda, por tanto, reducido el examen del comentado cargo al quebranto del artículo 739 de este código.

II — Trabóse la litis contestación principal en este juicio sobre la base de que los demandados eran poseedores, en tal momento, del inmueble materia de la acción reivindicatoria. Cierto es, como lo dice el recurso, que los actores explicaron en su libelo la llegada de Roque Jacinto Cleves a dicho inmueble, llevado por su hermano Félix, en calidad de administrador del mismo. Pero, es igualmente cierto que dichos actores también postulan la calidad de poseedores de los demandados, imputándoles la transmutación de la tenencia de su antecesor, el nombrado Roque Jacinto, por una posesión con ánimo de senorio que ellos se atribuyeron a raiz de la muerte de éste. Visto está, además, que al responder el libelo el demandado Rómulo Raul Cleves ofreció análoga explicación en cuanto al arribo de Roque Jacinto y su familia al predio que entonces pertenecía a Félix Cleves, y que abocado aquél a contestar los hechos 21 y 22 de la causa petendi, se limitó a remitir a su aludida explicación, sin expresar, en cumplimiento del deber de lealtad procesal impuesto por el artículo 214 del C. Judicial, si dicho demandado tenía o no la calidad de poseedor que se le atribuyó, deber cuya omisión está sancionada por el propio texto legal con la responsabilidad de la cosa o de su precio. Visto está también que el curador ad litem nombrado a los otros herederos de Roque Jacinto Cleves igualmente afirmó, al descorrer el traslado de la demanda, la posesión del inmueble litigado por todos los demandados en ella. Y, en fin, esta última fue también la actitud asumida por el apoderado de todos los demandados que se hicieron presentes en el juicio, incluyendo al primeramente nombrado Rómulo Raúl Cleves, pues en su postrera respuesta que fijó definitivamente la litis contestación principal, el aludido apoderado manifestó con igual énfasis la calidad de poseedores atribuída a sus representados. Lo dicho es bastante para concluír que el sentenciador no quebrantó el artículo 739 del C. Civil, que no se refiere a los poseedores que introducen mejoras de bienes inmuebles.

III — De otro lado, el Tribunal sentenciador no encontró establecido en los autos que las mejoras alegadas por los demandados hubieran sido fundadas por ellos y a sus expensas, en circunstancias tales que los hicieran acreedores al pago de las mismas y al consiguiente derecho de retención del fundo. Por el contrario, de los testimonios aducidos por la parte actora, corroborados por los que se produjeron a solicitud de los demandados, concluye el fallo que esas mejoras "son propiedad de la parte demandante". Ante esta conclusión del fa-

llo que contradice el presupuesto fundamental del citado artículo 739 es manifiestamente improcedente la acusación de quebranto por la vía directa de dicho texto.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo.

Acusa aplicación indebida, derivada de manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas, de los artículos 604, 605, 606, 609 y 632 del C. Judicial, y falta de aplicación de los 1769, 966 y 970 del C. Civil.

Cita esta censura las manifestaciones que hiciera Juan Alejo Ospina Cleves "en carácter de propietario de la finca "El Horizonte", en la diligencia de conciliación surtida ante el Inspector Nacional de Asuntos Campesinos de Ibagué, las que, al decir del censor implican un reconocimiento por parte del nombrado Ospina Cleves "sobre la propiedad de la mencionada señora (Mercedes Guzmán v. de Cleves) y de sus hijos, sobre las mejoras discutidas en la reconvención toda vez que les hace ofertas de dinero por las mismas". En apoyo de este aserto transcribe el siguiente paso del acta de conciliación: "Como quiera que el juicio de sucesión está para terminar muy pronto, y se hará la partición, yo conversé con la citada señora Mercedes Guzmán v. de Cleves sobre si podíamos llegar a un arreglo por trabajo, administración y mejoras (se subraya) que ella pudiera tener. En esta forma no fue posible hacerlo y acudí a la Inspección de Asuntos Campesinos con el fin de que si era factible mediante esta institución llegar a algún arreglo convencional. En la diligencia llevada a cabo en el día de hoy ante el señor Inspector de Asuntos Campesinos propuso como base del arreglo el reconocerle la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.oo) en moneda corriente con la condición de que la señora Mercedes Guzmán v. de Cleves me entregara o desocupara los bienes que le había dejado y que quedó dicho anteriormente...".

La referida acta de conciliación constituiría, según el censor, un instrumento auténtico al tenor del artículo 632 del C. Judicial y contendría una confesión judicial incontrovertible conforme a los artículos 604 a 606 de dicho código, y al 1769 del C. Civil. Más, como el sentenciador no le atribuyó al referido medio su preindicado mérito legal, habría incurrido en error de derecho que lo indujo, consecuencialmente, a violar el artículo 966 del C. Civil, inciso 6º, que autoriza al poseedor de mala fé para retirar los materiales de las mejoras utiles, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados. Las mejoras alegadas por los demandados serían de tal clase y, por ende, el fallo acusado violó por falta de aplicación el precepto en cita, como también le dio una extensión indebida al inciso 1º del artículo 964 ibidem, puesto que trató el aspecto de las mejoras a través del régimen legal pertinente a la restitución de frutos.

Aludiendo a la doctrina jurisprudencial tocante con el derecho de retención que asiste a quien deba restituír un bien inmueble cuando haya sembrado, plantado o construído en él, a ciencia y paciencia del dueño del mismo, también se le censura al Tribunal la falta de aplicación en el caso sub lite del artículo 970 del C. Civil.

Considera la Corte:

I — El acta número 220 del 27 de julio de 1964, levantada por el Inspector Nacional de Asuntos Campesinos de Ibagué, citada por la censura, corresponde a una diligencia de conciliación practicada entre Juan Alejo Ospina, por una parte, Mercedes Guzmán v. de Cleves y Rómulo Cleves por la otra. Según el censor, el fallo acusado habría incurrido en error de derecho en cuanto a la valoración de dicho medio, calificado por el mismo como un instrumento público que haría plena fé en lo tocante con las declaraciones que en la referida diligencia hiciera Juan Alejo Ospina Cleves, declaraciones estas que, a su vez, revestirían el carácter de confesión judicial acerca de ser los demandados en este juicio propietarios de las mejoras existentes en la finca "El Horizonte" y de tener, por consiguiente, derecho a ser indemnizados por concepto de las mismas y a retener el

terreno hasta el pago, o en último caso, a retirar los materiales empleados.

II — En lo que respecta al supuesto error de valoración de la referida acta de conciliación, olvida el recurrente: que el nombrado Juan Alejo Ospina Cleves, quien intervino en la diligencia de conciliación con Mercedes Guzmán v. de Cleves y Rómulo Cleves, es persona distinta de los Arenas, actores principales en el presente juicio; que la demanda de reconvención incoada en el mismo fue desestimada por el sentenciador precisamente por haberse dirigido contra los herederos de Félix Cleves, entre ellos contra el dicho Juan Alejo Ospina Cleves, fundamento este del fallo que no ha sido impugnado en el recurso; y, en fin, que aún en el supuesto de que Ospina Cleves realmente hubiera admitido en la diligencia de conciliación que las mejoras discutidas eran de propiedad de los sucesores de Roque Jacinto Cleves, lo que no es cierto pues dicho Ospina Cleves reiteradamente se opuso a esta pretensión de su contraparte de entonces, a la que se limitó a hacerle una oferta de transacción, tal supuesta confesión no podría perjudicar a los otros herederos de Félix Cleves, y menos aún, a los Arenas, actores en el presente juicio. El artículo 1769 del C. Civil y los artículos 604 a 606 del C. Judicial que la censura dice quebrantados, claramente limitan el mérito probatorio de la confesión contra quien la hace, o sea que excluyen de los efectos de la misma a personas distintas, inclusive a los litis-consortes de aquél. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en el pretendido error de valoración que se le imputa. Y repítese una vez más que el fallo acusado desestimó las pretensiones de los demandados tocantes con el pago de mejoras y derecho de retención sobre el predio reivindicado, por haber encontrado establecido mediante pruebas aducidas por ambas partes en el juicio, ellas sí eficaces contra éstas y controvertidas por las mismas en el debate probatorio, que los demandados no tenían derecho alguno sobre tales mejoras.

El cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Por la vía indirecta del error manifiesto de hecho, se dicen indebidamente aplicados los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil y, consecuencialmente, dejados de aplicar los artículos 756 y 1759 ibidem.

Con cita de la doctrina de la Corte, según la cual en los juicios reivindicatorios el actor no está obligado a acreditar la suficiencia del título que aduce como demostrativo de su derecho de dominio, el recurso le censura al Tribunal haberse atenido en el caso sub lite, para dar por establecido tal derecho, a una certificación expedida por el Registrador de Instrumentos, en vez de apreciar en su cabal contenido la escritura 444 del 21 de septiembre de 1956, otorgada en la Notaría del Guamo y por la cual Juan Alejo Ospina Cleves, Otavo Cleves y Berta Cleves de Ospina dijeron venderles a los actores Arenas el inmueble rural denominado "El Horizonte", integrado por los lotes B, P. E. G. y conocido con el nombre de Isla de la Rivera, declarando dichos vendedores en la cláusula segunda del referido instrumento que ellos habían adquirido ese inmueble por adjudicación que se les hizo de derechos representados en cifras pecuniarias en la partición de la mortuoria de Félix Cleves, y agregando seguidamente que este último había adquirido por adjudicación en la partición material de la antigua hacienda Chiriló.

En el sentir del censor, si el Tribunal hubiera tomado en consideración las referidas estipulaciones consignadas en el aludido instrumento, habría llegado a la conclusión de que, quienes dijeron enajenar cuerpo cierto inmueble "solamente tenían derechos indeterminados sobre unos terrenos", mas no así el derecho de dominio sobre la cosa que vendieron. Y agrega aquél que este error fáctico que le imputa al sentenciador se patentiza todavía más si se tiene en cuenta que la escritura de protocolización de la mortuoria de Félix Cleves se hizo mediante la escritura pública Nº 445 otorgada en la Notaría del Guamo el 22 de septiembre de 1956 y registrada muy posteriormente al otorgamiento y registro de la 444 del 21 de los mismos mes y año.

"De lo que puede concluírse, al estudiar y leer detenidamente el título, que los de-

mandantes no tienen de la propiedad de los lotes que pretenden reivindicar, y aún de los que se declaran en posesión, si quienes les transfirieron solamente tenían unos derechos no singularizados ni determinados se repite, en forma alguna sobre los lotes B y G de la hacienda Chiriló, sino sobre toda esta hacienda".

A consecuencia de tal error de hecho, el Tribunal habría quebrantado las normas en cita.

Se Considera:

I — El fallo acusado, con fundamento en la inspeccion ocular practicada en este juicio y en el dictamen pericial anexo a la misma, declaró acreditada la identidad de los lotes B y G, objeto de la acción reivindicatoria, como también el hecho de que tales lotes forman parte del inmueble "El Horizonte", según se expresa en el libelo de la demanda.

II — Esta hacienda "El Horizonte" fue vendida a los actores Arenas por Juan Alejo Ospina, Otavo Cleves y Berta Cleves de Ospina, mediante la escritura pública número 444, otorgada en la Notaría del Guamo el 21 de septiembre de 1956, registrada en el libro 1º de la Oficina de Registro del Circuito de El Espinal, el 18 de octubre del mismo año. Copia auténtica de este instrumento y de su registro obra a los folios 112 a 116 del cuaderno 1º. Este es el título aducido por los actores para demostrar su derecho de dominio sobre los lotes de terreno B y G por ellos reivindicados, y que, se repite, forman parte integrante de la finca "El Horizonte".

III — Según reza el precitado instrumento, quienes en él figuraron como vendedores habían adquirido el inmueble vendido por adjudicación que se les hizo en la mortuoria de Félix Cleves, en las proporciones pecuniarias que se indican en la cláusula segunda, en la que también se expresa que el causante últimamente nombrado había sido adjudicatario del mismo inmueble en la partición de la antigua hacienda Chiriló.

En el sentir del censor, si el Tribunal hubiese apreciado debidamente estas declaraciones insertas en el título invocado por los actores en este juicio, habría llegado a la conclusión de que este es inepto para establecer el dominio alegado por aquéllos, puesto que sus tradentes no podían transferir más de lo que ellos tenían, es a saber: "los derechos indeterminados" que recibieron en la sucesión de Félix Cleves.

IV — Obran también en los autos: a) copia auténtica de la escritura 291 otorgada en El Espinal el 23 de junio de 1949, a que alude el censor sin formular reparo alguno acerca de su apreciación, por la cual se protocolizó la partición material de la finca denominada Chiriló, con adjudicación en la misma a Félix Cleves de varios lotes de terreno debidamente determinados, entre ellos, los lotes B y G materia del presente juicio reivindicatorio, adjudicación esta que se le hizo en su condición de partícipe en la sucesión de Visitación Molina v. de Cárdenas, según escritura número 59 del 4 de febrero de 1957; b) copia de la escritura 445 otorgada en la Notaría del Guamo el 22 de septiembre de 1956, registrada en El Espinal el 9 de agosto de 1957, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión del nombrado Félix Cleves. Informa este instrumento que la partición de bienes en la mencionada causa mortuoria se practicó el 19 de agosto de 1955 y fue aprobada por sentencia ejecutoriada del 1º de septiembre del mismo año, actos estos que fueron registrados en el mismo circuito el siguiente 3 de noviembre y en El Espinal el 1º de marzo de 1956, mediante inscripciones en los libros respectivos primero y de causas mortuorias, y que en la dicha partición fueron adjudicados en común y proindiviso, sobre un avalúo de $ 147.000.oo, un derecho equivalente a $ 63.910.oo a Juan Alejo Ospina Cleves; un derecho de $ 64.000.oo a José Gregorio Otavo Cleves y un derecho de $ 19.590.oo a Berta o María García Cleves, derechos estos radicados en el inmueble rural denominado Chiriló, formado por los antiguos globos de tierra Cajamarca y Chiriló, cuyos linderos generales se expresan, con la indicación de que el causante los había adquirido por adjudicación en la sucesión de Visitación Espinosa (sic), según la antes mencionada es-

critura número 59 del 4 de febrero de 1957; c) dictamen pericial rendido con ocasión de la inspección ocular practicada en este juicio y no objetado, en el cual se lee: "a) la linderación (sic) de los lotes B y G son los mismos que relaciona la demanda y que aparecen en el plano que está en el juicio; b) los lotes G y B sí hacen parte de la hacienda "El Horizonte" (sic) según escrituras números 291, 444 y 445 que está en el expediente".

V — Tanto los medios probatorios relacionados en el apartado anterior, como la escritura Nº 444 de 1956, título invocado por los actores, fueron expresamente mencionados por el Tribunal sentenciador, de donde resulta que es gratuito el cargo que se le formula de haberse atenido, para dar por establecido el dominio de dichos actores, a la certificación expedida por el Registrador de Instrumentos. Además, demuestran tales medios con claridad meridiana lo siguiente: 1) que no es cierto que los reivindicantes Arenas hubieran adquirido la hacienda "El Horizonte" cuando sus tradentes aún no habían adquirido el dominio, pues el registro de la adjudicación que se les hizo a éstos en la mortuoria de Félix Cleves se efectuó en el Circuito del Guamo el 3 de noviembre de 1955 y en el de El Espinal el 1º de marzo de 1956, o sea con anterioridad al de la escritura 444 del 21 de septiembre de 1956, inscrita en El Espinal el 18 de octubre del mismo año. Ocurre a este respecto que el censor piensa equivocadamente que la adquisición de los bienes adjudicados en una causa mortuoria no se realiza por el registro de la respectiva partición, sino por el de la escritura de protocolización del juicio, lo que aún en el supuesto de que fuera cierto carecería de incidencia en la especie **sub lite**, porque es más que sabido que la tradición a **non domino** se consolida retroactivamente mediante la ulterior adquisición por el tradente; y 2) que lo adjudicado a Juan Alejo Ospina Cleves, Otavo Cleves y Berta Cleves en la dicha sucesión de Félix Cleves no consistió en "derechos indeterminados", como lo pretende el censor, sino en cuotas de dominio **ad valorem** sobre cuerpo cierto debidamente especificado, cuotas expresadas en guarismos cuya suma corresponde al avalúo de los referidos bienes en el juicio de sucesión.

De lo expuesto se concluye que la censura de error de hecho que se le imputa al fallo acusado pugna con la evidencia que ofrecen los autos, por lo cual resulta inocua.

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 14 de febrero de 1966, proferida por el Tribunal Superior de El Espinal en el juicio ordinario de Eduardo Arenas y otra frente a los sucesores de Roque Jacinto Cleves y otra.

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

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

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

RESTITUCION DE TERMINOS

No toda enfermedad grave de una de las partes o de su apoderado constituye un caso fortuito que inhabilita para obtener restitución de términos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos setenta.

(Discutida y aprobada en sesión de fecha 13 de marzo del presente ano según acta número 21 de esa fecha).

I — Admitido el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el presente juicio, diosele traslado a ésta para formular la correspondiente demanda dentro del término legal que, según informes secretariales, comenzó a correr el 12 de septiembre de 1969 y venció el 23 de octubre siguiente, sin que se hubiera hecho uso oportuno de él.

Con fundamento en los precitados informes, la Corte declaró desierto el recurso extraordinario, mediante auto del 29 del mismo mes de octubre. El recurrente solicitó la reposición de esta providencia, a la vez que impetró la restitución del término de que se trata. Surtido el incidente de rigor, se procede a decidir lo pertinente.

II — El motivo que se invoca para la restitución impetrada se hace consistir en la imposibilidad en que se encontró el apoderado de la parte recurrente para fundar la impugnación a causa de enfermedad grave sufrida por dicho apoderado, según certificaciones expedidas por los facultativos, doctores Mario Peña y Luis Barreto Bruce, ratificadas en declaraciones rendidas por éstos en el término probatorio del incidente.

Afirman los nombrados testigos, quienes exhibieron sus respectivas credenciales de identidad profesional, que el doctor Manuel V. Camacho, apoderado de la parte recurrente padeció desde el día 8 o 9 de septiembre hasta el 26 o 27 de octubre de 1969, lapso dentro del cual corrió el traslado cuya restitución se impetra, de una afección otologica cuya gravedad le impuso al paciente la necesidad de permanecer recluído en cama, a la vez que lo imposibilitó para desempeñar sus ocupaciones habituales. Agrega el facultativo doctor Barreto Bruce que el doctor Manuel Camacho "ha venido sufriendo de unos vértigos con alguna frecuencia" y que "del día ocho de septiembre hasta el veintiséis de octubre del año próximo pasado, tuvimos que recluír al nombrado doctor Camacho, pues en esa época el doctor Camacho sufrió una crisis de vértigos que lo imposibilitaba para su trabajo, siendo necesario un tratamiento de absoluto reposo".

III — En varias oportunidades y con fundamento en el artículo 372 del C. Judicial, la Corte ha aceptado que la enfermedad calificada de grave y debidamente comprobada del apoderado de una de las partes constituye un caso fortuido que da lugar a la restitución de términos prevista en el mencionado texto legal. Así, ha dicho: "La restitución de un término no es procedente sino cuando se extinguió y no se hizo uso de él. La suspensión contempla el caso de un término que ha corrido pero que aún no se ha extinguido, cuando se hace la solicitud correspondiente, y tiene por objeto el que no se cuenten ciertos días ya devengados de él, cuando se demuestra alguna de las circunstancias o condiciones establecidas por el artículo. La restitución contempla el caso del término extinguido y va encaminada a reponerlo, como si no hubiera corri-

do el primero. Esta reposición debe fundarse en una causa legal y demostrarse plenamente. Ese es el alcance del Art. 372 del C. J. Por fuerza mayor o caso fortuito es procedente la restitución y dentro de estos dos factores entra la enfermedad calificada de grave, la cual no puede ser otra sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido". (Autos. 10 agosto 1943, LVI, 35: 26 agosto 1952; LXXIII; 73; 14 febrero 1957, LXXXIV, 59).

IV — Con ocasión de este incidente de restitución de términos propuesto con fundamento en el aludido motivo, ha considerado la Corte necesario precisar aún más su doctrina al respecto, pues encuentra que ella se ha prestado a la interpretación equivocada de que toda enfermedad grave de una de las partes o de su apoderado constituye un caso fortuito que inhabilita para obtener la referida restitución de términos.

V — Define el artículo 1º de la Ley 95 de 1890: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". Dos son, pues, los requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio de que se trata: su imprevisibilidad y su irresistibilidad. La misma expresión caso fortuito idiomáticamente indica un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por tanto, si el hecho ya existía al tiempo de generarse la obligación de cuyo incumplimiento se trata, o si tal hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser acontecimiento normal, o, a lo menos, de frecuente ocurrencia, tal hecho no constituye caso fortuito ni libera de responsabilidad, bien sea porque el obligado, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo; o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones. Esta imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentineidad: si tal acontecimiento es frecuente y, más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónima de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser fatal, irresistible, incontrarrestable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente. La expresión misma fuerza mayor está indicando que ésta debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones y circunstancias particulares del obligado. Las anteriores precisiones constituyen lugar común en la doctrina general de la Corte tocante con la apreciación del caso fortuito.

VI — Dentro del rigorismo empleado por la doctrina en dicha apreciación y en el tratamiento que le da al caso fortuito la enfermedad, aún grave, del obligado no constituiría fenómeno de esta índole, pues, tal hecho siempre sería previsible. Con este criterio, los tribunales franceses, antes de la expedición de la Ley 13 de julio de 1930, llegaron a declarar la responsabilidad del asegurado que se había obligado a pagar una prima de seguro en un día fijo, so pena de caducidad inmediata, a pesar de haber sufrido en ese día un ataque de apoplejía "porque la enfermedad puede y debe ser prevista y no podría equivaler a uno de esos acontecimientos que escapan a toda previsión y constituyen solos la fuerza mayor". (Co. de Civil. Anote por E. Fuzier Hermann,

Nouvelle édition, de René Demogue, Tomo III, Pág. 253).

Desde luego, hay que reconocer que el precitado criterio peca de excesivo, ya que parte del supuesto de que toda persona debe vivir esperando cualquiera de las enfermedades que aquejan a la humanidad, aún aquellas como la apoplegía, el infarto cardíaco y otras que suelen presentarse súbita y sorpresivamente. Pero, según ya quedó expresado, la sola imprevisibilidad del hecho insólito, no es bastante para exonerar de responsabilidad, pues el caso fortuito solamente se configura cuando se da su otro elemento, la irresistibilidad que consiste en que el obligado no haya podido evitar el hecho o superar sus consecuencias determinantes del incumplimiento, entendiendo esta imposibilidad objetivamente. Así, en tratándose de una enfermedad repentina, si el paciente procediendo con diligencia y aún con dificultad, ha podido evitar esas consecuencias mal podría alegar haberse encontrado en un estado de necesidad constitutivo de fuerza mayor.

VII — El artículo 370 del C. Judicial autoriza la suspensión de los términos en un negocio determinado "por enfermedad calificada de grave de alguno de los litigantes o de su apoderado; muerte o enfermedad grave de su cónyuge o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad". Salta a la vista que este texto legal no contempla un evento de caso fortuito o fuerza mayor, porque la enfermedad de uno de los litigantes, o la muerte o enfermedad grave de su cónyuge o parientes en manera alguna impide de modo absoluto, como lo requiere el aludido fenómeno jurídico, el uso por el apoderado de los términos de que se trata, y otro tanto sucede con la enfermedad prolongada de éste, cuya incapacidad puede ser superada mediante la designación de un sustituto o la solicitud de suspensión autorizada para el efecto por el propio texto legal. En realidad, trátase aquí de una norma humanitaria que quiere aminorar las situaciones aflictivas a que ella se refiere ofreciendo un medio para evitar la consecuencia que se seguiría de no usar de los términos, cual sería la preclusión de las respectivas facultades procesales, finalidad esta que de suyo descarta la irresistibilidad característica de la fuerza mayor.

VIII — Por el contrario, el artículo 372 del C. Judicial ya no contempla esas situaciones calamitosas y relativamente superables, sino que expresamente subordina la restitución de los términos ya expirados a las hipótesis del caso fortuito o fuerza mayor, entendida esta figura en su precisa acepción legal.

La enfermedad grave de alguna de las partes, la muerte o enfermedad grave del cónyuge o de parientes de la misma no constituye fuerza mayor cuando dicha parte actúa por intermedio de procurador judicial, a quien corresponde la oportuna utilización de los términos procesales. Y en el evento de enfermedad grave de éste no bastaría para la aplicación del citado artículo 372 la demostración de tal hecho y su calificación médica, sino que además es indispensable acreditar plenamente el elemento irresistibilidad, o sea la imposibilidad absoluta de utilizar el término de que se trate durante la gravedad de la afección, como también la misma imposibilidad de valerse de los medios legales otorgados por la ley para evitar la preclusión de dicho término, tales la sustitución del poder o la solicitud de suspensión del proceso. Así, en tratándose de un término de larga duración, como lo es el que tiene el recurrente en casación para impugnar el fallo acusado, no hay lugar a restitución mientras no se demuestre la referida imposibilidad absoluta en que se estuvo para evitar la preclusión.

IX — Visto está que en el presente caso uno de los testigos, doctor Barreto Bruce declara que la afección otológica alegada por el apoderado del recurrente no fue súbita, sino que constituyó una de las crisis de la enfermedad crónica que aquél venía padeciendo. Además, tanto dicho testigo como su colega el doctor Mario Peña expresan que al presentarse tal crisis con caracteres agudos ellos le prescribieron al paciente un absoluto reposo durante mes y medio dentro del cual corrió el extenso término cuya restitución se impetra. Pero, no se ha demostrado en el incidente que la incapacidad del

apoderado le hubiera impedido a éste o a su mandante, durante ese mes y medio, tomar las providencias necesarias y que la ley les brindaba para no dejar desierto el recurso. No se encuentra, por tanto, estructurado aquí el caso fortuito que constituye presupuesto indispensable para la operancia del artículo 372 del C. Judicial.

En mérito de lo expuesto, niégase la restitución de términos solicitada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SOCIEDADES

Como la sociedad comercial degenera en sociedad de hecho, cuando no se han observado las solemnidades prescritas para su constitución, se puede acreditar la existencia de ésta por cualquiera de los medios probatorios.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 29 de 21 de abril de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de junio de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio ordinario que la sociedad "Cultivos Garnica Limitada" promovió contra Juan de Dios Villegas.

Antecedentes

1. Por documento privado de fecha 20 de abril de 1963, Juan de Dios Villegas dio en arrendamiento a Rubén Garnica el lote de terreno que en él se determina, ubicado en el Municipio de Codazzi, corregimiento de Casacará, por el término de tres años contados a partir del 1º de junio de ese año, se fijó como canon de arrendamiento "un quince por ciento de la producción bruta en la cosecha de algodón que se coja por Garnica cada año", y se estipuló que "las mejoras que haga Garnica dentro del lote, tales como casas, campamentos, etc., en forma definitiva, serán reconocidas por Villegas a la expiración de cada período anual en un 75 por ciento de su costo racional, pero tales mejoras deberán ser autorizadas por Villegas previamente y por escrito".

2. En nota puesta en ese mismo documento el 27 de julio de 1963, el arrendatario Rubén Garnica declaró: ".....hago constar que cedo, endoso y traspaso los derechos que tengo en el anterior contrato de arrendamiento, en favor de la sociedad "Cultivos Garnica Ltda.", de la cual soy Gerente y Administrador, y por lo mismo subrogo a la dicha sociedad en todas las obligaciones y derechos que tengo sobre el mismo contrato".

3. Por escritura 1.849 de 24 de mayo de 1963, pasada ante el notario 1º de Bogotá, Rubén Guillermo, Manuel Alfredo, Luis Alfonso y Eduardo Garnica Guevara, constituyeron la sociedad comercial denominada "Cultivos Garnica Limitada", para la explotación de negocios de agricultura y ganadería, con domicilio en el Municipio de Codazzi, y cuya representación judicial y extrajudicial, según lo estipulado en la cláusula sexta, "estará a cargo de cualquiera de los socios administradores", o sea de Rubén Guillermo y Manuel Garnica Guevara.

4. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Valledupar, la Sociedad "Cultivos Garnica Limitada", representada por su "Gerente-Administrador", Guillermo Garnica Guevara, citó a juicio ordinario de mayor cuantía a Juan de Dios Villegas, a efecto de que se declarase que el demandado incumplió "el contrato de arrendamiento celebrado con el señor Rubén Guillermo Garnica Guevara como representante legal de "Cultivos Garnica Ltda.", sobre un lote de su finca San Juan, situada en el corregimiento de Casacará, Municipio de Valledupar", y se le

condenase a pagar a la sociedad demandante la cantidad de $ 120.000.oo en que estima "la cuantía de los daños por lucro cesante, daño emergente y perjuicios de orden moral", o, en subsidio, la suma que se determine por medio de peritos.

5. Como hechos fundamentales de su pretensión, a más de los que se dejaron relacionados, afirma la parte actora que el demandado Villegas estaba obligado a cancelar, al término de cada cosecha, el valor de las mejoras puestas por la parte demandante; que el monto de las correspondientes a la cosecha de 1963 a 1964 es de $ 20.000.oo, y que a pesar de haber sido requerido para su pago no ha cancelado esa suma, ni autorizado hacer las restantes; que por este motivo la parte actora sólo pudo utilizar 120 hectáreas de las 189 que tiene el predio arrendado, "lo que supone un daño emergente y lucro cesante de por lo menos **sesenta y nueve mil pesos moneda corriente ($ 69.000.oo)**, que el infractor Villegas debe reintegrar o indemnizar"; que por no haber mantenido Villegas en buen estado los cercos divisorios con los vecinos, se perdió la cosecha de algodón y ajonjolí correspondiente a 1963-1964, cuyo valor no fue inferior a **veinte mil pesos ($ 20.000.oo)** que el arrendador Villegas debe indemnizar"; que el demandado le ha causado igualmente perjuicios a la parte actora por haber obstaculizado el préstamo que el Banco Cafetero le iba a hacer para finalizar cultivos, y por la situación de abandono y deterioro del campamento imputable a Villegas, que trajo como secuela la insubordinación del personal de cogedores en enero de 1964, y los improperios, maltratos y amenazas, de que fueron víctimas los arrendatarios "porque cayó un fuerte aguacero y el campamento que los albergaba se llovía totalmente", perjuicios que el juzgado determinará por medio de peritos.

6. Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición del damenadado, el juzgado del conocimiento desató el litigio en sentencia de 8 de julio de 1965, mediante la cual declaró que el demandado Juan de Dios Villegas incumplió "el contrato celebrado en Bogotá, D. E., el 20 de abril de 1963, el cual tiene vigencia hasta el año de 1966", y lo condenó "a pagar a 'Cultivos Garnica Ltda.', representada por su Gerente, señor Rubén Guillermo Garnica Guevara, por concepto de daños y perjuicios, en la suma de dinero de ciento trece mil pesos ($ 113.000.oo) moneda corriente", y las costas de juicio.

Apelado este fallo por la parte demandada, el Tribunal Superior de Valledupar lo revocó, en sentencia del 24 de junio de 1966, y en su lugar declaró la inhibición, tanto del Juzgado como del Tribunal, para proferir fallo de mérito, "por ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte". Esta es la decisión materia del recurso extraordinario que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia Recurrida

Nota el sentenciador que, según lo tiene establecido la jurisprudencia, "todo funcionario del órgano jurisdiccional del poder público al momento mismo de desatar una controversia civil está en la obligación de estudiar y comprobar si en el proceso se dan los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal, que los comentaristas modernos han dado en llamar presupuestos procesales"; que "sin la existencia de estos requisitos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso, y el juez antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente debe examinar si existen o no los presupuestos procesales"; y que si falta alguno de ellos, el juez debe inhibirse de fallar en el fondo el negocio.

Advierte que de los cuatro presupuestos que la Corte ha reconocido —competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente—, falta el tercero de ellos, pues "no se acreditó la constitución y existencia de la sociedad o compañía comercial (demandante), por el medio que la misma ley señala, o sea, que no se trajo el certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que consten el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución, ni el certificado de que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara de Comer-

cio"; que la escritura pública otorgada en Bogotá el 24 de mayo de 1963 "entre los señores Rubén Guillermo Garnica Guevara, Manuel Alfredo Garnica, Luis Alfonso Garnica y Eduardo Garnica Guevara, presentada como prueba no tiene ningún valor legal por cuanto no se dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 2652 y 2673, en cuanto expresan que está sujeto al registro todo documento que se otorgue o protocolice por ante el Notario..... y que ninguno de ellos hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina, como lo dispone el Código Civil". De donde concluye el Tribunal que la sociedad demandante "no tiene capacidad para ser parte en este juicio", por lo cual es deber del juzgador declarar su inhibición para decidir la controversia.

La Impugnación.

Fúndase en demanda que contiene un solo cargo contra la sentencia del Tribunal, por infracción directa del artículo 479 del Código de Comercio, según el cual "el tercero que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones".

Al desarrollar el cargo advierte el recurrente que la sentencia inhibitoria de segundo grado se basa en que la sociedad demandante "Cultivos Garnica Limitada", no se encuentra legalmente constituída, pero que al proferirla olvidó el sentenciador que sólo los socios pueden pedir la nulidad de una sociedad a fin de que se decrete su liquidación y de sacar cada uno lo que hubiere aportado (C. C. Art. 2083 y C. de Co. Art. 475); que esa nulidad es inoponible "frente a las obligaciones que una sociedad irregular haya contraído frente a terceros (Art. 2084 del C. C.), y "frente a las obligaciones que los terceros háyan contraído en relación con una sociedad irregularmente constituída (Art. 479 del C. de Co.)"; que en el presente negocio el demandado Villegas es un tercero en relación con la sociedad demandante, y a ese tercero le está prohibido exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones alegando que dicha sociedad no ha sido legalmente constituída.

Transcribe algunos pasos de la sentencia de la Corte de fecha 18 de mayo de 1943 en la cual se examinan los efectos de la nulidad del contrato social entre los socios y frente a terceros, y comenta enseguida:

"La analogía que existe entre el caso resuelto por la Corte el 18 de mayo de 1943 (G. J. tº LV Nº 1993 a 1995, Pág. 512 s.) y el que da lugar a la presente demanda de casación es perfecta: a) La sentencia de de 1943 se originó en razón de la demanda de Gonzalo Lourido en su carácter de gerente de la sociedad "Tejar de Santa Mónica, S. A.", contra el Municipio de Cali; el Municipio alegó ante el Tribunal de Cali la falta de personería de la sociedad demandante por haberse disuelto y el Tribunal de Cali aceptó semejante alegación, absteniéndose de fallar. La Corte, mediante los apartes acabados de transcribir, encontró que el Tribunal de Cali, había violado el artículo 479 del Código de Comercio y casó la sentencia. b) En el presente negocio también se trata de la demanda de "Cultivos Garnica Ltda." contra un tercero o sea el señor Villegas; se alega igualmente la falta de personería de "Cultivos Garnica Ltda." por ser sociedad irregularmente constituída; y el Tribunal de Valledupar encuentra acreditada semejante excepción y se abstiene de fallar.

"Empero, el caso de autos encaja más exactamente dentro de la norma del 479 del C. de Co. por tratarse de sociedad mal constituída; en cambio, el caso de 1943 era de sociedad bien constituída, pero disuelta. No obstante, la Corte aplicó el 479 del C. de Co. por analogía".

Se refiere luego el censor a algunos apartes de las sentencias de 21 de septiembre de 1953 (LXXIV, 485) y 28 de mayo de 1956 (LXXXII, 588) y observa:

"Para el caso concreto que se presenta a la consideración del H. Magistrado a quien me dirijo, me permito poner de relieve algunos aspectos del caso fallado en esta sentencia de 1956. El Tribunal Superior de Cartagena declaró la nulidad absoluta de una

sociedad, "por hallarse demostrado en los autos que fueron pretermitidas las formalidades de la inscripción oportuna de la escritura número 165 de 17 de septiembre de 1935 y del registro mercantil del extracto notarial en la secretaría del juzgado del circuito de Sincelejo.....". (T. 82-G. J. Pág. 590). Lo que precisamente sucede con la sociedad "Cultivos Garnica Ltda.", en donde la escritura pública número 1849 de la notaría 1º de Bogotá del 24 de mayo de 1963 no se llevó al registro ni se realizó el registro mercantil del extracto notarial. La nulidad absoluta en un caso semejante no puede alegarse por terceros frente a la sociedad, ni por la sociedad frente a terceros".

Se Considera:

La capacidad para ser parte en un proceso, como bien lo nota el Tribunal, resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es una consecuencia de la personalidad atribuída a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley concede capacidad jurídica. De ahí que el artículo 230 del Código Judicial estatuya que "las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes y demandadas y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece".

No, presumiéndose la existencia legal de las personas jurídicas de derecho privado, el juez necesita conocer cómo surgió a la vida jurídica la sociedad o la corporación que reclama o frente a la cual se reclama la tutela de un derecho. Y si al examinar el proceso no encuentra prueba de su existencia, ha de declarar su inhibición para decidir en el fondo la controversia por falta del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte de quien figura como demandante o demandado, pues mal podría reconocer un derecho o imponer una obligación a quien por no existir legalmente no es sujeto de derechos y obligaciones.

Como en el caso sub-lite figura como demandante una persona jurídica, la sociedad "Cultivos Garnica Ltda", el sentenciador tenía inexcusablemente que examinar si su existencia se hallaba establecida en el proceso o no. Y como no la encontrara acreditada en la forma prescrita por el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, profirió fallo inhibitorio. Tal conclusión, empero, es en sentir de la Corte equivocada, pues si bien es cierto que no se demostró la existencia de "Cultivos Garnica Ltda." como sociedad regular, sí se probó que existía como sociedad de hecho.

Se explica:

Siendo solemne la manera como surge a la vida una sociedad regular de comercio y ad solemnitatem la prueba de su existencia, según el Art. 465 del C. de Co., su personalidad sólo puede acreditarse en la forma taxativa señalada por la ley, o sea con la escritura pública debidamente registrada y la prueba de que se cumplieron las demás formalidades, o con el certificado del Presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio, o del Juez y Secretario donde no la haya, expedido en los términos del artículo 40 de la Ley 28 de 1931. Pero como la sociedad comercial degenera en sociedad de hecho cuando no se han observado las solemnidades prescritas para su constitución (C. de Co. Arts. 472 ss.), y tal especie de sociedad se puede acreditar "por cualquiera de los medios probatorios" que reconoce la ley (Art. 477), síguese que si en el proceso se halla probada en alguna forma la existencia de la sociedad así sea como irregular, el juez debe desatar en el fondo la controversia suscitada entre esa sociedad y el tercero, puesto que la circunstancia de ser irregular no la excusa de cumplir sus obligaciones para con terceros, ni pueden éstos, por esa razón, sustraerse al cumplimiento de las suyas. (Arts. 477 y 479).

Mutatis mutandi, la situación que en este caso se presenta guarda analogía con la de quien como heredero de la madre reclame un derecho en su condición de hijo legítimo, pero sólo presenta su partida de nacimiento y no la de matrimonio de sus padres, ya que la falta de esta prueba no sería óbise para que se le reconociera el de-

recho que demanda, mas no como hijo legítimo sino como hijo natural.

En el caso que se examina se adujo como única prueba de la existencia de la sociedad demandante, copia sin registrar de la escritura pública 1.849 de 24 de mayo de 1963, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, mediante la cual Rubén Guillermo, Manuel Alfredo, Luis Alfonso y Eduardo Garnica Guevara dijeron constituír la sociedad comercial "Cultivos Garnica Ltda", para la explotación de negocios de agricultura y ganadería. Dicha copia, que carece de la nota de registro, no prueba por sí sola la existencia de esa sociedad como regular; pero sí prueba su existencia como sociedad de hecho, puesto que tal instrumento tiene el valor de un documento privado según el artículo 1760 del C. C., y ya se vio que la sociedad de hecho se puede acreditar por cualquiera de los medios de prueba.

El fallo inhibitorio del Tribunal, al no decidir en el fondo el litigio existente entre la sociedad demandante y Juan de Dios Villegas, infringió, por falta de aplicación, el artículo 479 del C. de Co., en cuanto este precepto confiere a la sociedad que no ha sido legalmente constituída el derecho para exigir de terceros el cumplimiento de las obligaciones para con ella contraídas, puesto que al conferirle ese derecho está reconociéndole su personalidad, su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, consecuencialmente, su capacidad para ser parte en un proceso.

Las razones expuestas impondrían la casación de la sentencia del Tribunal. Mas como podría suceder que la decisión de la Corte como Tribunal de instancia agravara la condición en que se halla el recurrente por virtud del fallo inhibitorio, ya que una sentencia de mérito adversa a sus pretensiones le impediría promover nueva demanda, se ve en el caso de mantener el fallo apelado, pero sin hacer condena en costas por haberse prestado el recurso para una rectificación doctrinaria.

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 junio de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio ordinario iniciado por la Sociedad "Cultivos Garnica Limitada" contra Juan de Dios Villegas.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SOCIEDAD CONYUGAL

Es institución de orden público que no puede disolverse por acto de voluntad de los cónyuges.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril treinta de novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giralraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 31 abril 28 de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que, el 13 de diciembre de 1966, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio especial de separación de bienes en que la señora Cecilia Fonnegra de Gutiérrez demandó al señor Jorge Gutiérrez Avila.

El Litigio.

Acogiéndose al rito de la vía especial, ante el Juez 7º Civil de Bogotá, aquella demandó a su marido, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"A). Decretar la separación de bienes existente entre los cónyuges Jorge A. Gutiérrez Avila y Cecilia Fonnegra de Gutiérrez (en forma total si fuere el caso y de por vida) .

"B). Declarar, con fundamento en el pronunciamiento anterior, disuelta la sociedad conyugal formada por dichos cónyuges, quedando en estado de disolución; y como consecuencia para ser liquidada y que los bienes sean distribuidos a cada uno de dichos cónyuges, se les adjudique por mitad y se les haga entrega real y material.

"C). Regular las prestaciones mutuas conforme a derecho.

"D). Condenar en costas y costos del presente juicio al demandado si hiciere oposición, así como en perjuicios morales y materiales si de esa oposición resultare temeridad".

La causa petendi se hace consistir en los siguientes hechos:

1º) El 8 de noviembre de 1944, en Bogotá, contrajeron matrimonio católico demandante y demandado.

2º) De esa unión nació el primer hijo, Jorge Alberto, el 1º de octubre de 1945.

3º) El segundo hijo, Francisco José, nació el 8 de febrero de 1947.

4º) Ocho años después de celebrado el matrimonio, el marido, Jorge A. Gutiérrez Avila, empezó a comportarse con la demandante, su legítima esposa, de tal manera que hizo imposible la vida armoniosa del hogar, pues la trató cruelmente y la maltrató de obra, hasta echarla de la casa con sus hijos nombrados.

5º) En 1953 la demandante inició juicio de separación de bienes contra su marido, pero éste, empleando "los artificios y tácticas de un armisticio", convenció a su mujer que desistiera, lo que logró, y reanudó con aquella la vida de matrimonio. No se disolvió la sociedad conyugal.

6º) El Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, que conoció del juicio de separación, en providencia de 18 de enero de 1954, admitió el desistimiento de la cónyuge y en relación con otras peticiones que se le formularon, dijo: "en lo relacionado con

la declaración solicitada por razón del arreglo amigable, o sea, disolver la sociedad conyugal y que cada uno de los cónyuges tenga la libre administración de los bienes que han venido figurando en sus respectivas cabezas y de los que posteriormente adquieran, son hechos contingentes al mismo arreglo amigable que extraprocesalmente las partes deben realizar conforme a las normas legales, no en la forma solicitada. Por tanto, no se accede a hacer tal declaración".

7º) Algún tiempo después de la reconciliación, el marido tornó a ultrajar y maltratar a su consorte y sus hijos; sin la autorización de aquella llevó a vivir a la casa común a una hija natural, quien, en acuerdo con el demandado, logró echar a la calle a la demandante.

8º) Posteriormente y del mismo modo, padre e hija natural hicieron intolerable la vida al hijo Franciso José, quien se vió obligado a dejar el hogar paternal para ir en busca de la madre.

9º) Días después sucedió lo mismo con el otro hijo legítimo, Jorge Alberto, quien también fue a refugiarse al lado de su madre, con quien vive hace más de tres años. Aquella soporta todas las cargas económicas de educación de los hijos y de subsistencia de éstos y de ella, pues el cónyuge demandado los tiene en absoluto abandono.

10º) El marido no cumple con sus obligaciones de esposo y de padre, mientras en una lujosa residencia de Usaquén vive con la hija natural.

11º) Todos los bienes sociales están en cabeza del consorte demandado.

Notificada la demanda, éste se opuso a las peticiones del libelo y propuso, como perentoria, la excepción de cosa juzgada consistente en el 'hecho de que los cónyuges en atención a lo ordenado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito liquidaron definitivamente la sociedad conyugal según consta en la escritura pública Nº 135 de fecha 19 de enero de 1954 de la Notaría Octava de Bogotá, debidamente registrada", en la cual los cónyuges reconciliados declararon que ambos habían dado por terminado el juicio de separación adelantado ante el Juez Octavo "mediante transacción amigable" y allí declararon, como nuevamente lo hacen ante notario, que disolvieron la sociedad conyugal y la liquidaron definitivamente, 'advirtiendo que en adelante cada cónyuge tendrá la libre administración y disposición de los bienes que han figurado en sus respectivas cabezas y de los que posteriormente adquieran". Afirma el excepcionante que la liquidación dicha fue autorizada por el juez "después de verificar el juicio correspondiente".

La primera instancia concluyó con fallo del 24 de agosto de 1966 en que se declaró probada la excepción propuesta de cosa juzgada. Apeló la demandante y el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 13 de diciembre del mismo años, confirmó la decisión del inferior.

La Providencia Recurrida.

Transcribe el sentenciador las declaraciones hechas por los cónyuges bajo los puntos primero y segundo de la escritura Nº 135 antes citada respecto a que terminaron "por transacción" el juicio de separación de bienes y las referentes a que, ante el juez del conocimiento, como lo repiten ahora ante Notario, "declararon disuelta y liquidada" la sociedad conyugal. Se hace, también, la transcripción del hecho 6º del libelo, atinente a que el Juzgado, por auto de 18 de enero de 1954, aceptó el desistimiento apuntado y no accedió a hacer la declaración de disolución de la sociedad de bienes convenida por las partes. Afirma el Tribunal que la escritura arriba citada se otorgó en virtud de esta última disposición del Juzgado. Entra luego en el estudio de la transacción para decir que es medio de extinción de las obligaciones; que es contrato definido por el art. 2.469 del C. C., catalogado como bilateral, consensual, oneroso y principal, y que puede ser conmutativo y, en ocasiones, para una de las partes, aleatorio. Posteriormente habla de las condiciones para la formación de este contrato y de los efectos que produce, para concluir que, de acuerdo con lo expresado por la demandante en el hecho 6º del libelo y lo consignado

por las partes en la escritura Nº 135, tantas veces citada, los cónyuges "terminaron extrajudicialmente el litigio pendiente de separación de bienes que cursaba en el Juzgado 8º Civil" y que como esa transacción "produce los efectos de cosa juzgada en última instancia, es el caso de declarar probada la excepción perentoria propuesta" de cosa juzgada.

El Recurso.

Tres cargos lanza el recurrente de los cuales la Corte sólo entrará en el análisis del primero por encontrarlo fundado, hecho que la releva de la faena de estudiar los otros.

El ataque está formulado así:

"Primer Cargo. - Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el art. 52 del Dec. 528 de 1964, por violación directa de los arts. 2º, Ley 8ª de 1922 y 154 nums. 4º y 5º, 1519, 1523 y 1741, C. C. y 2º Ley 50 de 1936, y violación indirecta de los arts. 473 y 474, C. J., 1625, 1820, 2469, 2470, 2479, 2484 y 2485 C. C. por error de derecho cometido en la estimación de la escritura pública Nº 135 de 19 de enero de 1954 (fl. 25 C. 1º) y del hecho 6º de la demanda (fl. 9 v., mismo cuaderno).

En lo pertinente dice el recurso que ni la confesión ni el convenio de las partes son pruebas idóneas para demostrar que fué decretada judicialmente la separación de de bienes; que la única prueba consiste en "la copia auténtica del fallo" respectivo; que la sociedad conyugal sólo puede ser disuelta por decreto judicial o causa legal (art. 197 y 1.820 del C. Civil); que el artículo 605 del C. J., cuando se exige otro medio probatorio, niega valor a la confesión; que la transacción en este caso, no puede reemplazar el fallo judicial. Que es ilícito el objeto de la citada escritura pública Nº 135, lo que determina la nulidad absoluta (art. 1519, 1523 y 1741 del C. C.); que estos artículos, en armonía con el 2º de la Ley 50 de 1936, fueron violados directamente por falta de aplicación, pues la transacción contenida en la escritura Nº 135 tantas veces citada, 'tiene objeto ilícito, ya que en su cláusula primera da por disuelta y liquidada definitivamente la sociedad conyugal existente entre los cónyuges Jorge Gutiérrez y Cecilia Fonnegra, lo que sólo es posible ope lege o por sentencia judicial (arts. 197 y 1820, C. C.). Tiene, pues, como objeto un contrato prohibido por la ley, que viola el derecho público de la nación". Que la nulidad absoluta de esa convención debió declararse de oficio, mas como el sentenciador no lo hizo así, violó directamente, "por rebeldía expresa contra clara norma de la ley", los arts. 1519, 1523, y 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936 y que al no declarar la separación, violó el artículo 154 numerales 4º y 5º del C. C. por falta de aplicación.

Consideraciones de la Corte.

1º) La sociedad conyugal o sociedad de bienes entre cónyuges, nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante. La sociedad de bienes no puede existir sin matrimonio. En el caso de muerte de uno de los consortes que no estaban separados de bienes, matrimonio y sociedad conyugal se disuelven en el mismo y preciso momento.

Esta sociedad tiene vida subordinada; sólo puede existir donde existe un matrimonio; no tiene vida propia ni independiente; siempre está sometida a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o igualar a la de éste, pero en ningún evento puede perdurar más allá del momento en que el matrimonio quede disuelto. En cambio, el contrato matrimonial, por tener vida propia, o autónoma no necesita de la existencia de la sociedad conyugal para subsistir y por ello no lo afecta la disolución de ésta.

2º) Respecto a la sociedad de bienes entre cónyuges la regla común es la siguiente: probada la existencia de un matrimonio celebrado en Colombia, automáticamente queda demostrada la existencia de la sociedad de bienes entre cónyuges; quien alega encontrarse en estado de separación de bie-

nes, por ser excepcional este estado, debe comprobar la causa que lo ha producido.

Mientras no exista la prueba de la disolución de la sociedad conyugal, generada en el decreto judicial de separación de bienes o en causa legal, ningún menoscabo sufre la vigencia del precepto contenido en el inciso 1º del artículo 180 del C. Civil. "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges". En el evento de liquidación, reafirma el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, "se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio".

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

4º) Con la correspondiente partida notarial que obra a fs. 2 del cuaderno 1º se comprobó el matrimonio celebrado, en Bogotá, por Cecilia Fonnegra de Gutiérrez y Jorge A. Gutiérrez Avila el 8 de noviembre de 1944, y consecuencialmente quedó demostrada la existencia de la sociedad de bienes entre esos cónyuges. Como el demandado, al dar respuesta al libelo (fl. 27), alegó que la sociedad conyugal estaba disuelta por transacción y que por ello proponía la excepción de cosa juzgada, se impuso la obligación ineludible de aportar la prueba de esa disolución. En cumplimiento de ese deber probatorio, adujo copia de la escritura Nº 135 corrida el 19 de enero de 1954 ante el Notario 8º de Bogotá (fl. 25 y 26 del cuaderno 1º), en la que está consignada la manifestación de los cónyuges en orden a declarar disuelta la sociedad conyugal que formaron, manifestación que dicen haber hecho también ante el Juez 8º Civil de Bogotá que conocía del juicio de separación que terminaron "amigablemente".

No aparece en el proceso la prueba de que, por decreto judicial, se hubiera dispuesto la separación de bienes. En consecuencia, no está demostrada la disolución de la sociedad conyugal, pues, como antes se dejó visto, el mutuo acuerdo de los cónyuges no tiene eficacia para producir la separación de bienes y la consiguiente disolución de la sociedad.

5º) Establecido quedó que el matrimonio fue celebrado el 8 de noviembre de 1944. Por tanto, la regla contenida en el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 que da capacidad a los cónyeges "para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros las cuestiones relativas a la distribución de los bienes", no es pertinente en este caso, pues esa disposición sólo se aplica a las sociedades conyugales que ya existían el 1º de enero de 1933, fecha en la cual entró en vigencia la ley citada arriba. Los cónyuges cuyo matrimonio fue celebrado después del 31 de diciembre de 1932 no pueden extrajudicialmente liquidar, ni siquiera provisionalmente, la sociedad de bienes formada por el hecho del matrimonio, ni menos aún pueden, por mutuo acuerdo, decidir sobre la separación de bienes y la disolución subsiguiente de la sociedad conyugal, pues la ley ha determinado con claridad y precisión que aquella separación sólo puede efectuarse "en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley" (artículo 197 del C. Civil) y del mismo modo ha fijado las causales de disolución de la sociedad (artículo 1.820 ibidem), entre las que no se cuenta el mutuo acuerdo de los cónyuges, como erradamente lo entendió el Tribunal sentenciador.

Síguese de lo anterior que hay objeto ilícito en el convenio celebrado por la deman-

dante y el demandado, consignado en la escritura número 135 otorgada ante el Notario 8º del Circuito de Bogotá el 19 de enero de 1954, por el cual acordaron la separación de bienes, disolvieron la sociedad conyugal, la liquidaron y distribuyeron entre sí los bienes sociales. Las normas sobre sociedad de bienes entre cónyuges, se repite, son de orden público nacional y no pueden ser derogadas por convenio de los particulares.

6º) Ahora bien, como el objeto ilícito genera nulidad absoluta que no es saneable y debe ser declarada de oficio cuando aparece de manifiesto ,como en el caso sub judice, procede hacer esa declaración (arts. 1523 y 1741 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936).

Conclúyese, entonces, que estas normas fueron violadas directamente por el Tribunal por falta de aplicación lo que determina la infirmación de la sentencia acusada.

Fallo Sustitutivo.

Entra la Corte a decidir sobre las peticiones de la demanda.

Alegó la actora como fundamentos de la separación invocada, las causales de abandono absoluto de los deberes de esposo y padre del demandado, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra. En orden a demostrarlas, adujo los testimonios de Guillermo Aristizábal y Daniel Hernández Bautista. El primero declara que no conoce al demandado y que sólo hace un año trata a la demandante, y agrega "yo viví en la misma casa donde vivía la señora Cecilia Fonnegra de Gutiérrez y allí pude observar que la señora pasaba muchos trabajos para atender a su subsistencia y la de sus hijos menores. Nunca ví que el señor Gutiérrez les suministrara dinero o cosa parecida para la subsistencia. Dejo constancia de que la señora Cecilia Fonnegra de Gutiérrez estuvo trabajando en el magisterio y con eso atendía ella a los gastos de la casa. El hijo mayor, Jorge, se costeaba sus estudios por su propia cuenta, pues no tiene apoyo de ninguna parte o persona. Respecto al otro hijo de nombre Francisco, estuvo estudiando y luego dejó de estudiar, por carencia de fondos o recursos para su estudio. Me he dado cuenta de que los dos hijos han vivido una época con la mamá y otra época con el papá y actualmente están viviendo con el papá...". El otro testigo, Darío Hernández Bautista, afirma que la demandante vive abandonada del marido y que tiene que trabajar para sostenerse y atender a las necesidades de sus dos hijos; que él, como funcionario, ha ayudado a la actora para emplearse en cargos del magisterio.

El dicho de estos testigos está corroborado con lo testimoniado por los dos hijos legítimos, quienes depusieron a solicitud del marido demandado. El hijo mayor, Jorge Alberto, a fl. 17 y 18 del cuaderno 3º, asevera que el demandado vive con su hija natural, quien hace los oficios del hogar y guarda buenas costumbres; que su progenitora, la demandante, es persona de escasos recursos económicos; que cuando los hijos vivían con élla no alcanzaba a costearles los estudios, no obstante que prefería dejar de ir a un cine o comprarse unos zapatos para atender a sus obligaciones materiales; que cuando el declarante ingresó a la Universidad, élla le compró algunos libros, pero no tuvo dinero para pagarle la matrícula, razón por la cual la cubrió el mismo declarante con un préstamo del Banco Popular.

Estima la Corte que de lo anterior se deduce que el demandado abandonó sus deberes de esposo y de padre. No obstante que al dar contestación a la demanda negó los hechos que constituyen causales de separación imputables a él, descuidó su ineludible obligación de probar los hechos en que apoyó su defensa.

Los fundamentos en que descansa la declaración de nulidad absoluta fueron presentados en el despacho del cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 13 de diciembre de 1966, y como juzgador de instancia, REVOCA la sentencia dictada el 24

de agosto de 1966 por el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá y en su lugar,

Resuelve:

1º) Declárase la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura Nº 135 otorgada ante el Notario 8º del Circuito de Bogotá el 19 de enero de 1954.

Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cancelación de la citada escritura y de su respectivo registro en la Oficina de registro de instrumentos públicos y privados.

2º). Declárase infundada la excepción de cosa juzgada.

3º) Decrétase la separación de bienes entre los cónyuges Cecilia Fonnegra de Gutiérrez y Jorge A. Gutiérrez Avila.

4º) Como consecuencia de la anterior declaración, queda disuelta la sociedad conyugal existente entre aquellos consortes, a cuya liquidación se procederá en la forma ordenada por la ley.

5º) Las costas de la primera instancia corren a cargo del demandado.

6º) No se hacen las demás declaraciones pedidas.

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

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

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

ARRENDAMIENTO

Es contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada. Casos de rebaja del canon.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 30 de 22 de abril de 1970).

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y contrademandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Hipólito Alzate Zuluaga contra Manuel Antonio Sierra Madrid.

El Litigio.

Lo relaciona el Tribunal en la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"I - Antecedentes:

"A. - En el libelo de noviembre 13 de 1964 y que por repartimiento le correspondió al Juzgado Octavo Civil Municipal, el señor Hipólito Alzate demandó al señor Manuel Antonio Sierra, circunscribiendo la pretensión a las siguientes declaraciones:

a). Que por haberse cumplido todos los presupuestos contenidos en la cláusula 10ª del contrato de arrendamiento y opción suscrito entre las partes el 20 de febrero de 1963, el demandado Manuel Antonio Sierra Madrid está obligado a reconocerle y pagarle al actor, Hipólito Alzate Z., directamente o por medio del suscrito apoderado, la mitad del excedente o mayor valor por él recibido, en dinero efectivo, de "Enka de Colombia, S. A.", como precio de la venta parcial de la "Hacienda San Diego", sobre la cantidad de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00), suma ésta básica prefijada en dicho contrato por las partes como precio de venta de toda la finca, a terceros, para después del 1º de marzo del corriente año... b) Que, por lo tanto, el demandado Manuel Antonio Sierra Madrid le adeuda a Hipólito Alzate Z., desde el día 30 de septiembre último, fecha de la negociación y pago de "Enka de Colombia, S. A.", la cantidad líquida de Ciento doce mil quinientos noventa y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 112.591.66) M/L , como mitad (½) de dicho excedente o mayor repartible entre las partes, suma que Sierra M. deberá pagarle al demandante una vez ejecutoriada la sentencia... c) Que el mismo demandado está obligado, además, a reconocerle y pagarle al actor, mi poderdante, los intereses moratorios legales de la suma en mención, desde que se hizo exigible hasta que el pago se verifique realmente, lo mismo que las costas del juicio, conforma a tasación de su Despacho". (fls. 23 y vto.).

"B. Como soporte a su aspiración el promotor de la litis acude a relacionar los elementos de hecho que a continuación se sintetizan: que Manuel Antonio Sierra como dueño que fuera de la hacienda "San Diego", situada en el paraje del mismo nombre y en el municipio de Girardota, la dió en arrendamiento al señor Hipólito Alzate, por un término de 5 años, a partir del 1º de marzo de 1963, según contrato que consta en documento privado; que en dicho contrato se estipuló que el arrendatario tendría opción por un año para comprar el inmueble a él arrendado por la suma de $ 1.500.000.00; que en la cláusula 10ª se

acordó, además, que si el opcionado no acudía a la opción en el tiempo fijado, la finca podía ser vendida a un tercero, pero participando el arrendatario Alzate de la mitad del excedente de $ 1.500.000.00; que Alzate no ejercitó el privilegio de la acción de compra, pero en cambio y en desarrollo de la cláusula 10ª se le vendió parte de la hacienda San Diego a la firma "Enka de Colombia, S. A.", dadas las gestiones de Alzate y por un valor de $ 1.725.183.33; que como la suma de $ 225.183.33 constituye el excedente de $ 1.500.000.00 y el vendedor Sierra no ha querido participar a Alzate la mitad del mayor precio sobre el valor prefijado, entonces lo demanda por tal cantidad, o sea, $ 112.591.66, lo que debió haber solucionado el obligado a partir del 30 de septiembre de 1964 (fls. 18 a 24, c. 1º).

"C. - La parte demandada, al tener conocimiento de la pretensión litigiosa del señor Alzate, responde en escrito de 1º de febrero de 1965 y en él admite parcialmente los hechos, y termina oponiéndose a la acción y alegando incumplimiento al acuerdo contractual celebrado entre él e Hipólito Alzate (fls. 26 a 27).

"D. - Así mismo el demandado Sierra demanda en reconvención y concreta sus pretensiones a las siguientes: "a) Que el contrato de arrendamiento celebrado entre mí y Alzate Zuluaga y relacionado en el documento el 20 de febrero de 1963 no ha tenido vida legal por falta de las formalidades exigidas por la Ley Sustantiva. ... Subsidiariamente: Que ese contrato si acaso tuvo vida legal quedó resuelto por falta de cumplimiento de las obligaciones del arrendatario y por la venta que de acuerdo con ello se hizo la mayor parte de los terrenos correspondientes a la finca materia del arrendamiento; ... b) Que como consecuencia de cualquiera de estas declaraciones se haga la de que el demandado en reconvención está en la obligación de devolverme inmediatamente quede ejecutoriada esta sentencia la parte que a mí me queda de los terrenos de la finca cuya posesión él detenta actualmente ... c) Que el mismo demandado en reconvención está obligado a pagarme todos y cada uno de los perjuicios que me ha ocasionado con su incumplimiento, a justa tasación de peritos, verificada en este juicio o en incidente posterior si a ello hubiere lugar y de que son de cargo del demandado en reconvención tanto los gastos de este juicio como los del juicio por él propuesto y a que accede esta demanda". (fls. 30 y vto.).

"E. - Los hechos que le sirvieron al autor de la demanda de mutua petición, son estos: que quiso celebrar un contrato de arrendamiento el 20 de febrero de 1963 con el señor Hipólito Alzate, pero que tal acto jurídico no ha tenido existencia legal por falta de registro oportuno; que vendió a la sociedad 'Enka de Colombia, S. A." parte de la hacienda dada en arrendamiento a Alzate, pero la gestión de ésta última, con relación al acto de venta a Enka, la hizo a título de comisionista; que en la hipótesis de considerarse que sí hubo contrato de arrendamiento entre Sierra y Alzate con relación a la hacienda San Diego, el contrato mencionado ha expirado por varias razones que son: a) por no pago del canon de arrendamiento por parte del arrendatario Alzate; b) por incumplimiento a la obligación de pagar las prestaciones sociales a los trabajadores de la hacienda; y c) por venta de la mayor parte del predio arrendado (fl. 29 a 30 vto.)...

"F. - En escrito de febrero 18 de 1965, condensa el demandante su respuesta a la demanda de reconvención, y en él asiente a a parte de los hechos, empero se opone a las peticiones y exterioriza las excepciones que él denomina así: "carencia de acción, petición de modo indebido, y la genérica" (fls. 40 a 43, c. 1º).

"G. - Rituado el juicio en forma regular, el fallador de primer grado agota la instancia según sentencia de fondo de septiembre 30 de 1966 y, textualmente se dispuso en élla: "1º) Conforme a lo pactado en documento privado de 20 de febrero de 1963, y por haberse cumplido los requisitos allí previstos, el señor Manuel Antonio Sierra Madrid está obligado a partir con el señor Hipólito Alzate Zuluaga, el mayor valor de la enajenación de parte de su hacienda de San Diego a Enka de Colombia,

S. A., tomando como base millón y medio de pesos. ...2º). En consecuencia, el citado señor Sierra M. pagará al señor Alzate Z., una vez ejecutoriada esta sentencia, la suma de ciento doce mil quinientos noventa y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 112.591.66), por ser esta suma la mitad de ese mayor valor. ... 3º). Por cuanto el señor Alzate Z. se conformó con lo dispuesto en la sentencia primeramente dictada en este juicio, unicamente se causarán intereses a la rata legal a partir de la ejecutoria de esta providencia ... 4º). Por no haberse acreditado suficientemente, no se reconocen las defensas o excepciones propuestas por el demandado, con base en el incumplimiento de las obligaciones del demandante, contraídas en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado entre las mismas partes y sobre la misma hacienda, y además, porque no se trata de obligaciones conexas. 5º). Declárase que el mencionado contrato de arrendamiento a que se refiere el numeral anterior y recogido en el mismo documento, fue perfectamente válido. ... 6º). Declárase extinguido el mencionado contrato de arrendamiento, en cuanto afecte el derecho de dominio del señor Sierra M., sobre parte de la referida hacienda. ... 7º). Por tratarse de una comunidad, o un derecho indiviso, no se hace la declaración impetrada en el literal b) de la demanda de reconvención, acerca de la entrega "inmediata" de esa porción de terreno. ... 8º) Condénase al citado señor Alzate Z. a pagar al señor Sierra M. el valor de los perjuicios sufridos por éste, a causa de no haberle pagado oportunamente los cánones de arrendamiento, en proporción al derecho que conserva sobre parte de esa hacienda. ... 9º). La tasación de esos perjuicios se hará por medio de peritos designados por las partes, teniendo en cuenta las bases aquí sentadas, y mediante el procedimiento contemplado en el artículo 553 del C. Judicial. ... 10º). Por cuanto ambas acciones prosperaron, no se hace condenación en costas. ... 11º). Recházanse las excepciones propuestas por el contrademandado, señor Alzate Zuluaga." (fls. 96 vlto. y 97, c. 1º)...".

Contra la sentencia del Juzgado recurrieron en apelación ante el Tribunal Superior de Medellín ambas partes. Por sentencia de 24 de mayo de 1967 el ad-quem desató el doble recurso así:

"1º. **Confírmanse** los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la sentencia apelada. 2º. **Revócanse** los numerales restantes, y en su lugar se **Dispone**: a) El demandado Manuel A. Sierra Madrid está en la obligación de pagarle al demandante Hipólito Alzate Zuluaga, los intereses legales sobre la suma de ciento doce mil quinientos noventa y un pesos con sesenta y seis centavos, a partir del día 30 de septiembre de 1964... b). No se hacen las declaraciones subsidiaria y las distinguidas con los literales "b)" y "c)" de la demanda de reconvención, porque se declara probada y existente la excepción de **Petición antes de tiempo... c). Condénase** a la parte demandada al pago de las costas de ambas instancias".

La Motivación de la Sentencia del Tribunal.

El Tribunal estudia primero la demanda inicial, y dice que las pretensiones allí deducidas por el actor se fundan en el contrato de 20 de febrero de 1963" que condensa una variedad de propósitos, sin que se pueda calificar como un acto jurídico de determinado linaje exclusivamente, pues hay cláusulas que participan del contrato de arrendamiento, las hay contentivas de un acto de opción o promesa unilateral de venta y las hay de participación por una gestión". Sintetiza luego el contenido del aludido contrato, dice que allí se trata del arrendamiento de inmueble rural, con canon mensual de $ 7.500.00, plazo de 5 años, y opción para el arrendatario de adquirir el inmueble arrendado, destacando que en caso de no hacerse efectiva la opción se estipuló en la cláusula décima que "las partes se pondrán de acuerdo, o podrán ponenrse de acuerdo sobre el precio y conveniencia de vender la finca a un tercero, caso en el cual el mayor valor por el cual se venda excedente de la suma de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00) corresponderá por partes iguales a cada una de las partes, o sea al arrendador y al arrendatario". Comenta en seguida la cláusula aludida, y dice que el arrendatario Alzate, más bien que optar por adquirir el bien, prefirió adelantar diligencias encaminadas a la venta

del mismo a "Enka de Colombia, S. A.", lo que se realizó efectivamente el 30 de septiembre de 1964 mediante escritura en la cual consta que lo vendido es parte del inmueble arrendado, y el precio la suma de $ 1.725.183.33, pagada de contado en dinero efectivo, todo lo cual aparece probado en el expediente con distintas pruebas que se relacionan. Por donde concluye el Tribunal que Alzate tiene derecho a la participación en el precio de la venta en mención, pues, afirma, no tiene asidero la excepción de ineficacia jurídica del contrato invocado como fuente de la obligación demandada, ni la de que el actor hubiera incumplido ese contrato, aduciendo razones para desechar la primera de tales excepciones, y anunciando respecto de la segunda que su examen lo relega para el momento en que estudie la demanda de reconvención "pues allí se insiste sobre el mismo tópico y por los mismos motivos".

Luego de criticar las razones que adujo el a-quo para no condenar al demandado Sierra Madrid al pago de los intereses legales, y de considerar que por tratarse en la petición primera de la demanda de obligación que se hizo exigible el 30 de septiembre de 1964, procedía condena al pago de los intereses legales de aquella desde la fecha dicha, como se solicitó, pasa el sentenciador de segunda instancia a examinar las pretensiones de la parte demandada formuladas en su demanda de reconvención. Empieza por desestimar la petición sobre declaratoria de ineficacia jurídica del contrato de 20 de febrero de 1963, y acerca de la petición subsidiaria de resolución del mismo contrato expresa que "la terminación...se finca en el incumplimiento a lo pactado por el arrendatario, como no solucionar los cánones de arrendamiento, no pagar las prestaciones sociales de los trabajadores y haber vendido el arrendador parte de la finca arrendada". En relación con la imputación al arrendatario Alzate de no haber pagado cánones de arrendamiento, afirma el Tribunal ser cierto que en el contrato de arrendamiento se estipuló que terminaría por las causales legales previstas al efecto y "por mora en el pago de un canon de mensualidad", y agrega:

"Sobre el problema en la mora del pago del canon no queda duda de que el arrendatario no ha solucionado algunos cánones mensuales, pues así lo admite en el escrito de réplica a la demanda de reconvención, pero justifica su no pago así: "No le he pagado a Sierra Madrid los últimos cánones porque, obviamente, después de vender él parte de su finca a "Enka de Colombia, S. A.", y sobre todo, después de que Sierra me transfirió la mitad del resto del inmueble, era absolutamente indispensable reajustar y reducir proporcionalmente el valor del arriendo, para actualizarlo en proporción a la 'pequeña parte' de la finca que aún conserva mi demandado y de la cual sigue siendo arrendatario. Pero el opositor nunca ha propiciado tal reajuste". En el juicio obran los documentos pertinentes por medio de los cuales se acredita satisfactoriamente... que el señor Sierra vendió parte del predio arrendado al mismo arrendatario y a la firma "Enka de Colombia, S. A.". También se encuentra la prueba pericial que expresa, en forma razonada, que de una extensión de 420 cuadras que originariamente presentaba la finca San Diego quedó reducida por efecto de las ventas premencionadas a 360 cuadras, siendo precisamente la porción enajenada la de mayor rendimiento y calidad. El objeto del contrato de arrendamiento es lograr gozar o usar una cosa temporalmente, pagando por dicho disfrute (art. 1.973 C. C.). Entonces si de un lado implica un goce, de otra hay la contraprestación del pago. En este orden de ideas el arrendador debe permitir el goce y el arrendatario debe pagar el precio (1.982, 2.000 y 2002 id.).

Cuando estas obligaciones recíprocas se incumplen, ninguno de los contratantes está en mora (1.609 C. C.)...En el caso de autos ha desaparecido el equilibrio o simetría contractual inicial. Porque si el arrendador enajenó una buena porción del predio arrendado, con ello se ha afectado el goce. No es razonable y justo, entonces, que el arrendatario continúe pagando el canon por un disfrute sensiblemente menoscabado. No aparece, de suerte, la sindicación de mora hecha al arrendatario y en razón del no pago de los cánones. Y a esto se suma la circunstancia de la necesidad

de recurrir a los requerimientos para la constitución en mora, pues así se desprende del acuerdo contractual de 20 de febrero de 1963, sin que exista constancia en el expediente de haberse allado esta situación (art. 2.035 C. C.). Y este aspecto daría margen para reconocer una excepción de petición antes de tiempo".

Por este camino llega el Tribunal a mostrarse inconforme con la decisión del a-quo de dar por extinguido el contrato de arrendamiento y de condenar al arrendatario al pago de perjuicios, pues considera que las razones aducidas al efecto por el Juzgado —haber vendido el arrendador al arrendatario parte de la finca arrendada, y considerar la demanda del arrendador como un requerimiento— no son de recibo. La primera, "porque no se estaba controvirtiendo la terminación del contrato sobre el hecho o motivo en cuenta por el a-quo"; y la segunda, porque la demanda no suple los requerimientos o reconvenciones que en ciertos casos exige la ley para constituir en mora a una persona.

El Recurso de Casación.

Tres cargos se formulan en la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, presentada, como ya se insinuó, por la parte demandada y a la vez demandante en reconvención, dos de éllos apoyados en la primera de las causales del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y el otro en la causal segunda de la misma disposición. Por razones de orden lógico habrá de examinarse en primer término éste último.

Tercer cargo. - Dice el recurrente que ataca el fallo del Tribunal por no estar en consonancia con las pretensiones de las partes, y para fundamentarlo expresa que se remite a los argumentos "dilucidados en la motiva", los que manifiesta sintetizar así: "el activo reconvencional, giró su pretensión concreta, a conseguir resolución del contrato, con los efectos de retroacción que puedan producirse, y resarcimiento de perjuicios. Como sujeto pasivo, excepcionante, peticionó decreto de probada la excepción "non adimpleti contractus". No terminación del pacto, vestido de efectos de futuro. La sentencia estimó esta última pretensión, no instaurada, de un lado. Del otro, omitió pronunciarse sobre la objecta excepción. Acaecidos que afectan e hieren el fallo, atacado, del vicio de inconsonancia, o incongruencia, invocable en casación, y aduzco".

Se Considera:

Reducido a lenguaje llano el contenido del cargo, la inconsonancia en él afirmada se presentaría en dos sentidos: a) en que en la demanda de reconvención se solicitó subsidiariamente que fuera declarado resuelto el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, al paso que en la sentencia acusada se estimó que lo pedido fue la terminación de dicho contrato; y, b) en que al contestar la demanda principal se propuso por la parte demandada la excepción de contrato no cumplido, sin que la sentencia se hubiera pronunciado sobre ella.

Fácil es destacar cómo el cargo no tiene, en ninguno de los sentidos indicados, viso alguno de fundabilidad. En efecto, por lo que respecta al primero de éllos, es obvio que apoyándose la petición subsidiaria aludida en el incumplimiento por el contrademandado Hipólito Alzate del contrato de arrendamiento, y pretendiéndose mediante esa petición obtener por tal causa la extinción de la relación jurídica surgida de dicho contrato, por encajar éste precisamente dentro de la categoría de los llamados contratos de ejecución o tracto sucesivo no podía aquélla pretensión extintiva corresponder con exactitud al fenómeno resolutorio, pues es sabido que la resolución está destinada a producir efectos ex tunc, o sea retractivos, lo cual no es posible que ocurra en tratándose de contratos de la categoría mencionada, en los cuales los actos de ejecución ya consumados no pueden hacerse desaparecer, por no permitirlo la naturaleza misma de la relación que los causa. En esa clase de contratos, pues, cuando son bila-

terales, el incumplimiento de una de las partes no genera la acción resolutoria propiamente dicha, sino una acción con efectos ex-nunc o sea limitados hacia el futuro, que se suele denominar de terminación o cesación.

Se ve entonces que si en el caso de autos Manuel Antonio Sierra Madrid postuló en su demanda de reconvención hechos constitutivos de una acción de terminación o cesación del contrato de arriendo por incumplimiento del arrendatario Alzate, incurrió en error de nomenclatura al calificar de resolutoria la pretensión precisada en la petición subsidiaria, la cual debió nombrar como de terminación. Pero tratándose como se trata de un error sin trascendencia, podía el Tribunal desde luego enmendarlo, interpretando que en realidad la acción ejercitada era la de terminación, sin que ello implicara introducir modificación alguna en la relación procesal, ni consiguientemente caer en vicio de inconsonancia.

Por lo demás, el Tribunal al pronunciarse sobre la referida pretensión subsidiaria declarando probada en relación con ella la excepción de petición antes de tiempo, lo hizo en sentido que no solo habría sido el mismo si el Tribunal hubiera tomado la acción como el recurrente dice que la propuso, es decir, como resolutoria propiamente dicha, sino que implica una absolución, así sea temporal, del demandado, y es sabido que en la sentencia absolutoria no cabe el concepto de la incongruencia.

Ahora, por lo que hace relación al segundo motivo de la inconsonancia alegada en este cargo, o sea el de no haberse pronunciado el sentenciador de segunda instancia sobre la excepción de contrato no cumplido opuesta por el demandado Sierra Madrid, para demostrar que éllo no es así basta observar que en el numeral 1º de la parte resolutiva de su fallo el Tribunal dispuso confirmar "los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la sentencia apelada", y que el mencionado numeral 4º es del siguiente tenor: "4º. Por no haberse acreditado suficientemente, no se reconocen las defensas o excepciones propuestas por el demandado, con base en el incumplimiento de las obligaciones del demandante, contraídas en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado entre las mismas partes y sobre la misma hacienda, y además porque no se trata de obligaciones conexas" (sub-rayadas de la Corte). Es decir, que el Tribunal sí se pronunció expresamente sobre la excepción de contrato no cumplido, y que por lo mismo no se da la incongruencia en ese sentido invocada en el recurso.

Por lo dicho, pues, se rechaza el cargo.

Primer cargo. - Se formula por violación directa de las disposiciones y por los conceptos que el recurrente señala así:

"a) Los artículos: 1.546 y 1.609 del Código Civil, directamente quebrantados, por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo aplicables, y decidido con fundamento en éllos, hacer los pronunciamientos solicitados en el libelo de reconvención, de que es autor mi comitente; o, en su defecto, declarar comprobada y eficaz la excepción "non adimpleti contractus" o de contrato no cumplido, por el demandado reconvencional, o por ambos contratantes, según fuese en derecho.

"b). El artículo 1.602 del C. C., directamente, infringido, por falta de aplicación al caso del litigio, siendo aplicable, como es la ley del contrato, recogida en el precepto.

"c). Los artículos: 1.603, 1.608, 1.610, 1.494 y 89 de la Ley 153 de 1887, del Código Civil, violados, directamente, por no haberlos aplicado a la solución de la litis, siendo imperativo aplicarlos, y sentenciar con fundamento en éllos, la desestimación de la demanda principal, incoada por Hipólito Alzate; y hacer los pronunciamientos peticionados por don Manuel Antonio Sierra, en el libelo de mutua petición; o, cuando menos, declarar probada la excepción de contrato incumplido..."

"d). Los artículos 1.621, 1.852, 1.983, 1.984, del C. C., directamente quebrantados, lo mismo que el artículo 15 ibidem, por interpretación errónea, los primeros, y el último por inaplicación.

"e). El artículo 2.035 del C. Civil, por haberlo aplicado al caso del pleito, no siendo aplicable, directamente, infringido.

"f). Los artículos: 1.996 —incluso— a 2.008 del C. C., directamente violados, por falta de aplicación, e interpretación errónea. Y el artículo 1.757 ibidem, por inaplicación".

En extensísima exposición, que no se caracteriza por ordenada, metodica y clara, y en la cual abunda la repetición de unos mismos conceptos, el recurso desarrolla el cargo que ahora se examina. Haciendo un esfuerzo para entresacar lo substancial allí sostenido, el resultado es el siguiente:

Que en el expediente existe prueba plena, consistente en confesion del demandante, de que éste incumplió la obligación que como arrendatario le correspondía de pagar la renta mensual estipulada en el contrato de arrendamiento, pero no constancia expresa de cuándo comenzó esa mora. Sin embargo, Sierra Madrid afirmó en posiciones que la mora empezó desde mayo de 1964, afirmación que debe tenerse por cierta ya que Alzate la aceptó tácitamente al no haberla contradicho cuando se le dió traslado de esas posiciones, fuera de que confesó haber dejado de pagar y no presentó ningún recibo comprobatorio de pagos hechos por él;

Que aunque en virtud de las ventas de parte del bien arrendado hechas por Sierra Madrid a Enka de Colombia, S. A. y al mismo arrendatario Alzate, quedó disminuída la extensión que fue objeto del arriendo, Alzate no dejó por ello de estar obligado a continuar pagando la renta, obligación que era a término fijo, el último día de cada mes, según el contrato, y cuyo incumplimiento lo ponía automáticamente en mora conforme al ord. 1º del artículo 1.608 del C. C. Principios éstos que la sentencia acusada contradijo cuando halló justificado que Alzate suspendiera el pago de la renta pactada, en razón de haber menoscabado tales ventas el goce correlativo a aquéllas;

Que el Tribunal tuvo en cuenta, además, para descartar el estado de mora de Alzate respecto a su obligación de pagar la renta, el hecho de que no hubiera sido reconvenido por el arrendador; reconvención que no era necesaria, pues las reconvenciones a que hace alusión el artículo 2.035 del C. C., citado por el Tribunal, y que el contrato de que aquí se trata estipuló expresamente para el evento de incumplimiento en el pago de una mensualidad, se precisan es para efectos o fines procesales, como pedir la restitución del bien arrendado o solicitar el lanzamiento del arrendatario;

Que en la sentencia del Tribunal las partes fueron tratadas con criterio discriminatorio y diferencial, pues si la resolución pedida en la contrademanda por Sierra Madrid se rechazó por falta de los requerimientos indispensables, según el fallador, para la constitución en mora del arrendatario Alzate, otro tanto ha debido ocurrir con las pretensiones contenidas en la demanda de Alzate contra el mismo Sierra, pues aquél tampoco requirió a éste para constituirlo en mora de pagarle la suma que le reclama. En realidad, dice el recurrente, a ninguna de las partes podía el Tribunal exigirle requerimiento, en particular al arrendador Sierra, pues en el contrato se estipuló que el no pago de la renta daría lugar a la terminación automática del mismo, y si en esa estipulación se dijo que eran necesarios a ese efecto dos requerimientos, fue para efectos distintos al de la constitución en mora. Si el Tribunal los exigió, rompió entonces la ley del contrato (art. 1.602 del C. C.), y de paso los artículos 60 del Código de Régimen Político y Municipal, y el ord. 1º del art. 1.608, y los artículos 1.494 y 1.546 del C. C.;

Que el Tribunal no podía condenar a Sierra Madrid a pagar la suma de dinero que fue materia de la demanda de Alzate, por dos razones: a) porque la cláusula 10ª del contrato de arrendamiento, origen de la obligación invocada, según sus propios términos habría de tener desarrollo o ejecución con posterioridad a la terminación del arriendo, no mientras él estuviera pendiente, pues solo entonces, cuando ya el fundo se encontraría valorizado merced a la actividad del arrendatario, vendría a justificar-

se la participación del arrendatario en la utilidad que, sobre el precio básico pactado, se obtuviera de la venta; y, b) porque la cláusula en referencia envuelve una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del propietario Sierra Madrid, y como tal nula de nulidad absoluta (arts. 1.534 y 1.535 del C. C.);

Que demostrada una obligación, corresponde al deudor acreditar su extinción por pago, y sólo así puede quedar éste exento de las consecuencias de su incumplimiento (arts. 1.757 en relación con el 1.604, ambos del C. C.);

Que confeso Alzate de incumplir su obligación primaria de pagar la renta, la demanda que promovió contra él el arrendador Sierra quedó sujeta a la excepción de incumplimiento, pues Sierra cumplió con todo lo suyo; y que aceptando en gracia de discusión que no hubiera cumplido, entonces se trataría de un incumplimiento recíproco que impediría la prosperidad de las mutuas pretensiones, lo cual el fallo no tuvo en cuenta, quebrantando por ello los artículos 1.546, 1.608 y 1.609 del C. C.;

Que no obstante haber considerado el Tribunal al arrendatario Alzate como deudor moroso; haber sentado además la premisa de que Sierra Madrid incumplió el contrato de arrendamiento por haber enajenado parte del bien arrendado; y haber afirmado la tesis de que cuando un contrato bilateral es incumplido por ambas partes, ninguna tiene acción, la sentencia desestimó la excepción de contrato no cumplido opuesta por Sierra Madrid contra la demanda de Alzate, en vez de haberla acogido como consecuencia de aquéllas consideraciones;

Que el Tribunal incurrió en error de hecho al confundir la pretensión resolutoria prevista en el artículo 1.546 del C. C., ejercitada subsidiariamente por el demandado Sierra Madrid en su demanda de reconvención, y la cual no exige requerimientos previos para constituir en mora al deudor, con la pretensión contemplada en el artículo 2.035 del C. C., que sí lo exige. Por lo cual violó los artículos 1.546, 2.035, 2.000, 2.001, 2.008, 1.975, 1.625, 1.501, 1.602, 1.608, y 1.609, tanto por la incongruencia notada, como por haber hecho "inexcusable mixtura de obligación esencial y primaria de la convención de arrendamiento, con otra accidental, obligación, forastera a dicho convenio, proveniente de condición potestativa, en calidad correlativa" (?);

Con lo dicho hasta esta altura de la sustentacion del cargo, dice el recurrente, se ataca el fallo acusado por no haber declarado probada la excepcion de contrato no cumplido opuesto por Sierra Madrid contra lo pretendido en su demanda por Alzate; y que en lo que sigue el ataque será dirigido a combatir ese mismo fallo por no haber acogido la pretension resolutoria deducida por Sierra Madrid en la demanda de reconvención que propuso contra Alzate; a propósito de lo cual entra en disquisiciones teóricas sobre la acción resolutòria, citando al efecto numerosos autores, para agregar luego:

Que en este caso no era procedente el fundamento aducido por la excepción de petición antes de tiempo en relación con la aludida pretensión resolutoria, o sea la inexistencia en autos de prueba acerca de que el arrendatario Alzate fuera requerido para el pago de las rentas mensuales insolutas, porque la obligación de Alzate de pagar la renta era a término fijo, es decir el último día de cada mes, de modo que el no haberla satisfecho oportunamente, respecto a varias mensualidades, lo puso en estado de mora automática, y no era necesario por lo tanto hacer requerimiento alguno al efecto; aparte de que, si se necesitaba requerimiento, la notificación de la contrademanda le es equivalente;

Que en el contrato de arrendamiento de que aquí se trata se hizo cargo el arrendatario de la total administración del inmueble arrendado, y además se autorizó la venta del mismo en la forma y condiciones allí pactadas, todo lo cual significa que de las obligaciones que el artículo 1.982 del C. C. le asigna al arrendador de cosas, en el caso aquí contemplado sólo quedó a cargo de Sierra Madrid la de entregar el bien arrendado, la cual él cumplió oportunamente, sin

que quedara por consiguiente a su cargo ninguna otra pendiente; por lo cual estaba en condiciones plenas de oponer la excepción de contrato no cumplido que propuso, y a la vez de que no le fuera opuesta por la otra parte esa misma excepción;

Que la sentencia acusada desatendió tanto la esencia como la naturaleza del contrato de arrendamiento, porque se entretuvo, dice aludiendo a la tantas veces citada cláusula décima, "en juego con estipulación potestativa, de parte del arrendador, de estructura accidental, asilada en el convenio, llamada, expresamente, a operar, si arribaba a eso, con posterioridad a la expiración del plazo contractual. Cuya sola enunciación, confrontada con el texto del convenio, demuestra el magno error interpretacional, aflictivo del fallo";

Que al vender Sierra partes del inmueble arrendado a Enka de Colombia y al mismo arrendatario, no incurrió en incumplimiento del contrato de arrendamiento, pues tales ventas fueron eventos previstos en el contrato, y se realizaron por lo demás con la intervención activa del arrendatario Alzate; y que aunque las ventas estaban previstas para después de la expiración del plazo estipulado para la duración del arriendo, el haber sido celebradas antes solo significa que por ese aspecto las partes modificaron tácitamente ese contrato;

Que si con las ventas disminuyó la superficie del predio arrendado, sin que ello implicara incumplimiento del arrendador, por lo que ya se dijo, tal circunstancia no exoneraba a Alzate de seguir pagando la renta estipulada para todo el globo, por haberse guardado silencio en el contrato acerca de ese particular, y porque así lo impone el artículo 1.621 del C. C.; y que en el supuesto de que por tales ventas fuera procedente un reajuste de la renta, entonces el no haberse llevado a cabo tal reajuste no puede implicar mora de Sierra; y,

Que, volviendo al tema de los requerimientos, si éstos eran necesarios solo podrían serlo para Alzate, que fue el primero en demandar; no para Sierra, que en el corto tiempo de que disponía para afrontar la demanda contra él promovida, no podía diligenciar los que indebidamente se le exigieron; llegando inclusive a afirmar que en este juicio tuvieron lugar tres requerimientos que colocaron al demandado en reconvención, o sea al arrendatario Alzate, en estado de mora, sin que al efecto eran necesarios requerimientos, es a saber: uno, al notificarse Sierra de la demanda promovida contra él por Alzate; otro, al contestar el mismo Sierra esa demanda; y otro, al notificársele y corrérsele a Alzate en traslado la demanda de reconvención.

Se Considera:

1 Como se dejó visto a su tiempo, al considerar el Tribunal en su sentencia la excepción de contrato no cumplido, opuesta por Sierra Madrid como demandado, con base en que el actor Hipólito Alzate había cesado en el pago de los cánones de arrendamiento pactados en el contrato, estimó ser evidente, por haberlo aceptado así el mismo Alzate al contestar la demanda de reconvención, que éste había dejado de pagar algunos de tales cánones; pero al mismo tiempo encontró justificable esa conducta de Alzate, y por ende no constitutiva de incumplimiento moroso, en consideración a que como consecuencia de las ventas hechas por el arrendador Sierra Madrid a "Enka de Colombia, S. A." y al mismo arrendatario, de partes considerables del inmueble arrendado, y precisamente de las de mejor calidad y mayor rendimiento, había quedado modificado el equilibrio inicial entre las prestaciones de las partes, la renta pactada había dejado de tener correspondencia con el goce total en relación con el cual se estipuló, y se había hecho necesario por lo tanto un reajuste de aquélla a fin de reducirla proporcionalmente. Conclusiones éstas a las que llegó el Tribunal apoyándose en la referida respuesta de Alzate a la demanda de reconvención, en las escrituras obrantes en autos que acreditan las enajenaciones aludidas, y en dictamen pericial al través del cual se estableció la extensión y calidad de lo enajenado, en relación con el total arrendado.

2. Como no podía ser menos, las mismas razones que condujeron al Tribunal a la

conclusión de que Alzate no estaba en mora en el pago de los canones de arrendamiento, y al consiguiente rechazo de la excepcion de contrato no cumplido opuesto contra Alzate por el demandado Sierra, tenían que llevarlo también a desestimar la pretensión de declaratoria de extincion por incumplimiento del contrato de arrendamiento, fundada en aquélla misma causa y formulada subsidiariamente en la demanda de reconvencion de Sierra contra Alzate. Así fue, efectivamente; solo que el Tribunal encontró una razón adicional para desestimar la referida pretensión extintiva de Sierra, que definitivamente vino a determinar la forma de desestimación adoptada, o sea la de excepción de petición antes de tiempo, razón adicional que consistió en que en el contrato de arrendamiento se había estipulado la terminación ipso facto del mismo por mora en el pago de una mensualidad de la renta, pero previos dos requerimientos expresamente pactados al efecto, "sin que exista —dice el Tribunal— constancia en el expediente de haberse allanado esta situación (art. 2.035 del C. C.). Y este aspecto daría margen para reconocer una excepción de petición antes de tiempo", que fue la que en efecto reconoció en la parte resolutiva de su fallo.

3. Así las cosas, si lo buscado por el recurrente mediante el cargo que se examina, es, según en él mismo se expresa, por una parte obtener la casación de la sentencia acusada para que en su lugar se declare probada la excepción de contrato no cumplido opuesta por Sierra contra la demanda de Alzate, y por otra, que se acoja la pretensión extintiva del contrato de arrendamiento formulada por Sierra en su demanda de reconvención, se hace patente entonces que la fuerza de la acusación tenía que enderezarse a impugnar la referida motivación del fallador de segunda instancia, en procura de demostrar errores ... cometidos por éste, ... sin incurrir en los cuales se hubiera declarado probada la excepción de contrato no cumplido, y decretado la extinción por el incumplimiento del contrato de arrendamiento.

4. En esos sentidos precisamente, como en él mismo se anuncia, está concentrada toda la argumentacion del cargo en examen, que viene formulado, segun ya se puso de presente, por violacion directa de numerosas disposiciones, entre éllas las de los artículos 1.546, 1.608 y 1.609 del C. C. Pero lo que se quiere destacar aquí es que la vía de la violacion invocada es la directa, porque ello tiene el importantisimo significado de que para el recurrente el Tribunal no incurrio en error alguno en el terreno de la apreciación de la prueba relativa a la situacion fáctica que lo hizo arribar a las conclusiones de derecho sustancial objeto de la acusación. Es decir, que en lo que habría errado el Tribunal sería en la calificación jurídica de aquella situación fáctica, y en no haber acertado en la aplicación a tal situación de las normas sustanciales que le eran pertinentes.

5. Interesa hacer la anterior observación, porque dentro del conjunto de las diversas razones que en el cargo en examen se dan para su propia sustentación, más de una viene expuesta con base en aspectos relacionados con la cuestión de hecho, presentados distintamente de como el Tribunal los tomó, o con apoyo en consideraciones relativas al acervo probatorio contrarias a las deducciones que en ese campo sacó el Tribunal, razones las aludidas que conforme a la preceptiva técnica, sobran dentro de una acusación formulada por el cauce de la violación directa, y deben por lo tanto ser eliminadas del cargo por esa sola circunstancia. Así, pues, no hay lugar aquí a hacer referencia a argumentaciones como las fundadas en que en autos está establecido desde qué momento Alzate dejó de pagar la renta y se constituyó en mora; en que Alzate confesó su condición de deudor moroso de la renta; en que sobre Alzate pesaba la carga de demostrar, con la presentación de los respectivos recibos, que había cumplido su obligación de pagar el precio del arrendamiento; y otras que el mismo recurso expone a base de imputarle expresamente errores de hecho al Tribunal en la apreciación de la demanda de reconvención y del contrato de arrendamiento. Y otro tanto ha de ocurrir con otras argumentaciones montadas sobre supuestos no

conformes con la realidad, como son las de que el Tribunal consideró en su sentencia que Hipólito Alzate era deudor moroso de la renta, y que Sierra Madrid había incumplido el contrato de arrendamiento al vender porciones del inmueble arrendado: ninguno de estos dos supuestos aducidos en el recurso es cierto, pues basta leer la sentencia para advertir que allí se sostiene que en las circunstancias del caso de autos Alzate no incumplió el contrato, ni menos incurrió en mora, a pesar de haber dejado de pagar la renta; y que no contiene ella expresión alguna de la cual resulte calificado Sierra Madrid como infractor del arrendamiento, por razón de ventas hechas por él y previstas en el mismo contrato.

Lo mismo será, por último, acerca de otros razonamientos extraños a la estructura principal del cargo, o que son materia de los otros cargos o que el recurrente no hace consistir en infracción de las disposiciones que cita en apoyo de su tesis, v. gr. la presunta nulidad de la cláusula 10ª del contrato.

6. No quedarían encajados dentro de la violación directa invocada, pues, sino dos de los planteamientos del recurrente: a) uno, en el cual éste mucho insiste, consistente en que el Tribunal exigió, sin que fuera necesario en este caso, que para que Alzate quedara constituído en mora de pagar la renta era indispensable, conforme a lo estipulado en el mismo contrato, que se le requiriera previamente, aparte de que, aún aceptando que ese requerimiento fuera indispensable, él habría quedado satisfecho con la notificación de la contrademanda; y, b) que no obstante las ventas parciales del inmueble arrendado celebradas por el arrendador Sierra Madrid, no sufrió modificación alguna la obligación de Alzate de seguir pagando la renta por el valor inicial.

7. Por lo que respecta al planteamiento de la letra a) cabe observar:

Para llegar a la conclusión de que el arrendatario Alzate, a pesar de haber cesado en el pago de la renta, no había quedado constituído en mora en el cumplimiento de esa obligación, se fundó el Tribunal, como ya se dijo atrás, en que el precio inicialmente pactado tenía que ser sometido a un reajuste, como consecuencias de las ventas hechas por el arrendador Sierra de porciones considerables del inmueble arrendado, reajuste que no se llevó a efecto; y, además, en "la necesidad de recurrir a los requerimientos para la constitución en mora, pues así se desprende del acuerdo contractual de 20 de febrero de 1963, sin que exista constancia en el expediente de haberse allanado esta situación (art. 2.035 del C. C.)".

Ciertamente, esta última argumentación del Tribunal es un tanto equívoca, porque permite entender que por virtud de lo estipulado en la cláusula del contrato relativa a su terminación por falta de pago de un canon mensual, la constitución en mora del arrendatario Alzate en el pago de los cánones hacía indispensable requerirlo previamente en la forma prevista en tal cláusula. Entendimiento que no es exacto, porque la cláusula en referencia, empleando prácticamente los mismos términos del artículo 2.035 del C. C., contempla exclusivamente el efecto que consiste en la cesación del arriendo. Reza así esta estipulación:

"**Causas para dar por terminado el presente Contrato:** Serán las establecidas en la ley, en particular la mora en el pago de un canon de mensualidad, que dará lugar a dar por terminado ipso facto el contrato, con dos requerimientos judiciales o privados entre los cuales medien por lo menos cuatro días...". Es decir, como claramente se desprende del texto, que la formalidad de los requerimientos se hizo contractualmente indispensable para que la mora del arrendatario en el pago de la renta de una mensualidad produjera ipso facto la terminación del contrato; no para que el arrendatario quedara constituído en mora de pagar la renta. Como la renta era pagadera por mensualidades vencidas, bastaba por lo tanto, conforme al art. 1.608 del C. C., que dejara de pagarse en la oportunidad señalada para que automáticamente quedara el arrendatario constituído en mora de cubrirla. Pero conforme a la cláusula en referencia, la terminación del contrato

por esa causa no se producía por el mero hecho de tal mora, sino con el lleno de otra condición: que el arrendatario fuera requerido o reconvenido dos veces, con mediación de cuatro días por lo menos.

En el supuesto de que el entendimiento que se repudia hubiera sido el que el Tribunal tomó en cuenta, el error en que habría incurrido carecería aquí de trascendencia decisiva. Ninguna tendría respecto de lo resuelto sobre la acción extintiva del contrato ejercitada en la contrademanda, porque como acaba de decirse esa acción no podía prosperar con base en la simple mora del arrendatario en el pago de la renta, sino que eran necesarios además los requerimientos pactados para el caso. Y apenas la tendría parcialmente respecto de la excepción de contrato no cumplido opuesta en la contestación de la demanda, porque la mora en el cumplimiento de esa obligación la desechó el Tribunal con base también en otro motivo, o sea en que la renta inicial necesitaba ser reajustada, lo que no ocurrió, y como más adelante se verá la acusación contra este concepto del Tribunal no será acogida, de modo que dicho concepto seguirá sirviendo de suficiente soporte a lo resuelto a propósito de esa excepción.

El recurrente da por aceptado graciosamente que fueran necesarios los requerimientos, para sostener que en esa hipótesis ocurriría entonces que éllos se produjeron con la notificación de la contrademanda, una de cuyas peticiones se fundó en el incumplimiento de la obligación de pagar la renta. Y aún llega a sostener dentro de ese modo de pensar, que en el juicio se produjeron tres actos procesales que equivalen a otros tantos requerimientos de pago de la renta: la notificación a Sierra de la demanda promovida por Alzate: la contestación por Sierra de esa demanda; y la notificación a Alzate de la contrademanda de Sierra.

Teniendo en cuenta lo atrás dicho respecto al sentido de los requerimientos pactados en el contrato materia de la litis, la anterior argumentación del recurrente no tendría significado y razón de ser sino en relación con la excepción de petición antes de tiempo declarada por el Tribunal a propósito de la pretensión extintiva de aquél contrato por incumplimiento, formulada por Sierra Madrid en la contrademanda.

Pues bien, precisado lo anterior, para refutar al recurrente le basta a la Corte con repetir ahora lo que sobre el particular dijo en sentencia de 16 de diciembre de 1968, juicio de Antonio Rubio contra Adelina Luna de Palacio, no publicada aún:

..."5. Es de advertir que la Corte tiene doctrina sentada en el sentido de que, en punto del ejercicio de la acción resolutoria, la demanda judicial respectiva no es acto de constitución en mora, es decir, que no produce el efecto que en esa materia le asigna a la reconvención judicial el artículo 1.608 del C. C. En efecto, en sentencia de 21 de abril de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, pág. 59), dijo la Corte en un caso que guarda similitud con el de que aquí se trata: "Pudiera argüirse que la demanda misma inicial de esta causa equivale al requerimiento, o que consigo lo lleva; de suerte que es inmotivado por innecesario exigirlo y echarlo menos, con el alcance exceptivo anotado. Pero al respecto se observa que ello podría haberse estimado así si, por ejemplo, se hubiera demandado el pago. Si, v. gr., simplificando el paradigma, el documento sobre pago de parte del precio de una compraventa se ha otorgado en favor del vendedor, y éste demanda al comprador por el pago, la falta de fijación del plazo, determinante de reconvención judicial al tenor de dicho artículo 1.608 en su ordinal 3º, no sería óbice para acceder ni justificaría la exigencia de esta formalidad como separada y previa, porque en tales circunstancias a tanto equivaldría la demanda misma y sería exagerado formulismo requerir además la reconvención para hallar acreditada la mora. Bien se ve cuán diferente es el caso de demandarse, no ya el cumplimiento, o sea el pago de lo pendiente del precio, sino la resolución de la compraventa. Como ya se dijo, la acción resolutoria es efecto de una causa que debe haberse producido ya cuando aquélla se ejercita, y esa causa es el hallarse constituído en mora el comprador. Así lo requie-

re el artículo 1.930 citado. Y como ya se vió también, no puede en el presente caso reputarse al comprador constituído en mora ya para cuando se formuló y se le notificó la demanda inicial de este pleito".

"Y en sentencia de fecha 18 de agosto de 1954 (G. J. T. LXXVIII, pág. 341), sentó el siguiente considerando: "Que esta reconvencion judicial debe ser anterior a la demanda en que se pide la resolución del contrato, ya que ésta ha de fundarse en el hecho de estar el deudor constituído en mora, y solo cuando esto aparezca acreditado puede decretarse la resolución, pues una sentenecia únicamente puede referirse al estado de cosas inexistente en el momento de intentarse la demanda". ...Tesis esta que la Corte reiteró, aunque solo de paso, en sentencia de 28 de febrero de 1959 (G. J. T. XC, pág. 79). Y que era, por lo demás, tradicional según se ve en casaciones de 11 de noviembre de 1912, G. J. 1105, pág. 120; de 21 de mayo de 1924, G. J. T. XXX; y de 19 de mayo de 1928 G. J. T. XXXV. ...A los argumentos expuestos por la Corte en las sentencias arriba transcritas puede agregarse ahora el de que la reconvención judicial de que trata el artículo 1.608 persigue, además de la finalidad de constituír en mora al deudor, comunicar ante todo a éste la voluntad del acreedor de que la obligación le sea satisfecha, y procurar con ello que efectivamente le sea cubierta espontáneamente. Efecto este último que indudablemente no se alcanzaría con la demanda judicial de resolución, si se la asimilara a acto de constitución en mora, por cuanto, sometido como queda todo demandado a los efectos de la acción y del juicio, al deudor no le sería posible ya cumplir, pues de poderlo hacer frustraría con ello la acción resolutoria. Lo cual se dice dejando a salvo la hipótesis de tipo especial de pacto comisorio contemplado en el artículo 1.937 del C. Civil".

8. En lo que se relaciona con el planteamiento del recurrente a que se refiere el literal b) del numeral anterior de esta providencia, se tiene:

Según dicho planteamiento, Alzate continuó obligado a pagar la renta mensual estipulada en el contrato de arrendamiento, no obstante haber enajenado el arrendador, con intervención y plena autorización del arrendatario, porciones del inmueble arrendado, y sin que tuviera derecho alguno a reajuste, pues el contrato guardó silencio al respecto, y en tales circunstancias era aplicable la regla consignada en el artículo 1.621 del C. C. A lo cual se observa:

Como se vió atrás al examinar el primer cargo, **el contrato de arrendamiento es de los llamados de tracto sucesivo o de ejecución continuada, los cuales se caracterizan porque el cumplimiento de las obligaciones de las partes solo es susceptible de realizarse mediante la reiteración o repetición de un mismo acto, o, en otras palabras, por la observancia permanente en el tiempo de una determinada conducta, única manera ésta, impuesta por la naturaleza de la prestación debida, de poderse satisfacer el interés económico que indujo a las partes a contratar.**

Esta perduración en el cumplimiento, propia del contrato de arrendamiento de cosas, crea desde luego la posibilidad de que acontecimientos sobrevinientes a su celebración, y producidos durante su ejecución, afecten su estructura misma, con repercusiones sobre el inicial equilibrio contractual, como sería por ejemplo la ocurrencia de cualquier hecho en virtud del cual el bien arrendado quedará cuantitativamente reducido, con la consiguiente merma o disminución en el goce del arrendamiento. Producida una alteración de esa naturaleza en la cosa objeto del contrato, es claro que paralelamente se produce también una ruptura en la conmutatividad de la convención. es decir, en la relación de equivalencia entre los sacrificios y ventajas recíprocos tenidos en cuenta por cada parte en el momento de contratar: en este momento, la renta estipulada, que representa el sacrificio del arrendatario y correlativamente el beneficio del arrendador, se mira por la ley, y se entiende que también por las partes, como equivalente al goce de la cosa arrendada, que constituye el beneficio que el contrato reporta para el arrendatario, y recíprocamente el sacrificio para el arrendador; pero si posteriormente, por aconteci-

mientos como los a que se ha hecho referencia, viene a quedar disminuido para el arrendatario el goce de la cosa arrendada, es claro que la conmutatividad inicial ha desaparecido, que no media ya relación de proporcionalidad, sino, por el contrario, de desproporcionalidad, entre las prestaciones de las partes. Y así, para hablar solo en función del arrendatario, éste va a seguir obteniendo del contrato un beneficio inferior al sacrificio que le significa la renta que se obligó a pagar.

La ley contempla dentro de la disciplina del arrendamiento casos concretos que encajan en la situación general que se viene contemplando, y adopta para éllos soluciones que el solo postulado de la buena fe en la ejecución de los contratos ya determinaría, pero que más inmediatamente, sin necesidad de acudir a él, encuentran respaldo en la concepción de la causa consagrada por nuestro Código Civil e identificada con los móviles o motivos determinantes que inducen a contratar y que impera no solamente en el momento de perfeccionarse el acto, sino también durante la etapa posterior de la ejecución. Es así como el C. C. prescribe: en el inciso 2º del artículo 1.986, que si para atender a reparaciones "que no puedan sin grave inconveniente diferirse", se hace necesario hacer en la cosa arrendada obras o trabajos que turben o embaracen el goce de élla por el arrendatario, "será éste obligado a sufrirlas, auncuando lo priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere"; en el artículo 1.988, inciso segundo, a propósito de la evicción en el arrendamiento, que si ésta fuere parcial "podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo para el tiempo restante"; en el artículo 1.990, inciso 2º, que si por razón del mal estado de la cosa se viere el arrendatario impedido parcialmente para gozar de élla, "decidirá el Juez o Prefecto, según las circunstancias, si debe... concederse una rebaja del precio o renta"; y en el artículo 2.018, numeral 2º, que en caso de expropiación parcial de la cosa arrendada habrá lugar a aplicar el artículo 1.988, atrás citado. Hipótesis todas estas para las cuales las disposiciones citadas contemplan, cuando aquéllas se dan en formas especialmente agudas, una solución más drástica, como es la terminación del contrato.

Bien se ve entonces que, acudiendo al concepto de causa, que es el criterio que inspiró la solución legal de los casos que se dejan expuestos, cuando en un evento como el de autos el arrendador, de acuerdo con el arrendatario, enajena una parte de la cosa arrendada, quedando éste privado del goce de élla, podrá en primer término dicho arrendatario exigir una rebaja en el precio o renta. Aparte de que, en la hipótesis considerada, lo que el arrendador y arrendatario hacen es modificar el contrato inicial de arrendamiento, extinguiéndolo parcialmente, lo cual implica desde luego una rebaja del precio o renta, proporcional a la parte vendida, pues de lo contrario el exceso de la renta carecería de causa.

De conformidad con lo que se deja expuesto, pues, no puede ser de recibo la tesis del recurrente según la cual por el hecho de no haberse estipulado en el contrato nada en contrario, y solo por eso, en un caso como el de que aquí se trata el arrendatario continuaría obligado al pago total de la renta estipulada. Ninguna base jurídica puede aducirse como sustentáculo de semejante tesis, que contraría la regla general de que en derecho el silencio es hecho neutro y como tal jurídicamente irrelevante, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. El mismo artículo 1.621 del C. C. que el recurrente cita en apoyo de su pensamiento, lo que permite es todo lo contrario, es decir, refutarlo, pues si se tiene en cuenta lo que se ha dicho atrás, se advertirá sin dificultad cómo es de adverso a la naturaleza del contrato de arrendamiento lo sostenido en el recurso, y como, en cambio, es de armónica con ella la interpretación aquí defendida, que es la misma que el Tribunal acogió en la sentencia recurrida.

En razón de todo lo anterior, se rechaza el primer cargo.

Segundo cargo. - Se formula por viola-

ción indirecta de la ley sustancial, cometida por el Tribunal a consecuencia del grave error de hecho en que incurrió al apreciar el contrato que dió origen al presente litigio.

Expresa el recurrente que el error de hecho invocado 'consiste, lacónicamente dicho, en haber interpretado y apreciado erróneamente, la condición accidental, recogida en el documento privado de arrendamiento, a dicho convenio extraña, caracterizada, como meramente, POTESTATIVA, dependiente de 'la mera voluntad de la persona de Manuel Antonio Sierra M., dueño; como obligación exigible, no siéndolo, por el doble motivo, que preciso: 1º) A causa de ser accidental, dentro del arriendo, e inconexa, a fuera de nula, por definición de los artículos 1.534 del C. C. y 1.535 ibidem. 2º) Por haberse estipulado por los contratantes, que en caso de ponerse de acuerdo, en distante futuro, sobre convenniencia y precio de vender el fundo a tercero, sería cuando hubiera expirado el plazo convenido de duración del arrendamiento, después del 29 de febrero de 1968 (corrientes). La errónea interpretación de la prueba contenida en la convención, cometida por el Sentenciador, determinante del grave error de hecho, que le atribuyo e imputo ha sido: a) valorar como eficaz y válida, condición herida de nulidad; b) declarar exigible prestación derivada de estipulación accidental, desvinculada de la esencia y naturaleza del arrendamiento, prevista para potencial ejecución, terminado el plazo prefijado en el convenio".

En los siguientes términos señala el recurrente las disposiciones que dice quebrantadas:

"a) Los artículos 15, 1.494, 1.499, 1.500, 1.501, 1.534, 1.535, 1546 y 1.609 del C. Civil, violación indirecta, y 2.035 ib. b) Los artículos del C. Civil indicados en los literales: a) hasta f) —inclusos— pertenecientes al primer cargo, por vía indirecta. Que doy por reproducidos, en gracia de laconicidad, en antes no usada,como resulta manifiesto".

Se Considera:

I. - Según se desprende del contrato de arrendamiento, en su cláusula 9ª el arrendador concedió al arrendatario Alzate una opción de compra del inmueble arrendado, en las condiciones allí estipuladas, opción de que Alzate debía hacer uso "en el curso del primer año del presente contrato". Y en la cláusula 10ª, que es en relación con la cual se formula el cargo en examen, se dijo: "Si el arrendatario no hiciere uso de esta opción, en el plazo siguiente del término del arrendamiento, las partes se pondrán de acuerdo, o podrán ponerse de acuerdo sobre el precio y conveniencia de vender la finca a un tercero, caso en el cual el mayor valor por el cual se venda excedente de la suma de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00), corresponderá por partes iguales a cada una de las partes, o sea al Arrendador y al Arrendatario".

2. Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en grave error de hecho en la apreciación de la cláusula 10ª transcrita, a consecuencia de lo cual violó indirectamente las disposiciones que cita como infringidas. El error, hasta donde la confusa exposición del cargo permite entenderlo, se hace consistir: a) en que el Tribunal le reconoció validez y eficacia a la cláusula 10ª transcrita, no obstante ser esa cláusula meramente accidental dentro del contrato de arrendamiento, desvinculada e independiente de la esencia y la naturaleza de dicho contrato, e implicar una condición meramente potestativa, dependiente de la mera voluntad del arrendador Sierra Madrid; y, b) en que el Tribunal declaró exigible lo estipulado en esa cláusula, a pesar de que conforme a su propio texto ella estaba destinada a operar con posterioridad a la expiración del plazo señalado para la duración del arrendamiento, esto es, después del 29 de febrero de 1968.

3. Por lo que respecta al primero de los errores imputados, cabe observar en primer término que tal error, en el supuesto de que hubiera sido cometido por el Tribunal, no sería de hecho, como en el cargo se afirma, porque no es cuestión de hecho, sino netamente jurídica, la consistente en tener como válido y eficaz un acto jurídico, y consiguientemente no considerar que se encuentre viciado de nulidad. Por manera

que si se da por válido y eficaz un acto afectado de nulidad, el error en que se incurre en tal evento se comete al calificar a la luz de la ley el acto, tomando en su exacto contenido objetivo, y eso no constituye en modo alguno error de hecho, sino un típico error jurídico.

Lo cual es predicable igualmente a la relación de conexidad jurídica que pueda existir o no entre las distintas estipulaciones contenidas en un mismo documento, porque ese es punto que se resuelve con la aplicación de principios puramente jurídicos.

Lo anterior es bastante para desechar el cargo por el primer aspecto considerado.

4. En cuanto al segundo error, ese sí sería de hecho, pues se hace consistir en que según el recurrente el Tribunal no vió que la cláusula 10ª en referencia había sido pactada, conforme se desprendería de sus propios términos, para tener ejecución con posterioridad a la expiración del plazo de duración del contrato de arrendamiento, y no en fecha anterior, como lo entendió el Tribunal.

Pero a juicio de la Corte el sentenciador de segunda instancia no incurrió en el error que se le imputa, pues un examen conjunto de las cláusulas novena y décima del contrato conduce a la conclusión de que la tesis sostenida por el recurrente no encuentra en ellas respaldo. Efectivamente, la circunstancia de tiempo relativa al evento previsto en la cláusula décima, se determinó en esa misma cláusula con la siguiente expresión: "Si el arrendatario no hiciere uso de esta opción, en el plazo siguiente del término del arrendamiento las partes...". Expresión ésta que no puede tener sentido sino entendiendo que el pacto de la cláusula décima empezaría a tener vigencia a partir del vencimiento del plazo señalado al arrendatario para hacer uso de la opción concedida a él en la cláusula novena, es decir, a partir del vencimiento del primero de los cinco años acordados para la duración del contrato de arrendamiento; y que la vigencia de dicho pacto subsistiría durante el tiempo restante del mismo contrato, es decir, durante cuatro años.

Entender que, "el plazo siguiente" de que habla la expresión comentada solo empezaría a correr, como lo afirma el recurrente, a partir de la expiración del término de duración del arriendo, implicaría negar que se hubiera fijado el plazo que allí se pretendió establecer, pues todo plazo supone un día inicial y un día final, y en la hipótesis que ahora se considera solo se estaría indicando el día inicial, sin hacer lo propio con el final. No debe olvidarse que conforme al artículo 1.620 del C. C., el sentido en que una estipulación contractual pueda producir algún efecto, deberá siempre preferirse a aquél en que no lo produzca.

Este tercer cargo, pues, no prospera.

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 mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario promovido por Hipólito Alzate Hincapié contra Manuel Antonio Sierra Madrid.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

Salvamento de Voto del H. Magistrado Dr. Guillermo Ospina Fernández.

I - Aunque el suscrito Magistrado está de acuerdo con el pronunciamiento de este fallo, respetuosamente disiente de la motivación del mismo, mas sólo en cuanto en ello se reitera tesis de origen francés acogida anteriormente por la Corte, según la cual la distinción entre los **contratos de ejecución instantánea y los de tracto sucesivo** determinarían una restricción a los primeros de la institución clásica de la resolución por incumplimiento, que es la consagrada por nuestro ordenamiento civil, al paso que los segundos impondrían la creación extralegal de otra institución distinta denominada en Francia de la **résiliation.**

II - Sabido es que la noción del contrato de tracto sucesivo comenzó a tener relevancia en la Edad Media, cuando se pretendió fundar en ella la teoría de la imprevisión, conforme a la cual habría que presumir que los contratos de tal índole han sido celebrados en consideración a las circunstancias entonces existentes (**rebus sic stantibus**), de modo tal que la variación de estas en el transcurso de la ejecución de los mismos daría lugar a su revisión o reajuste. Y sabido es también que esta teoría ha sido generalmente rechazada en la doctrina posterior, por considerarse que ella misma gravemente la ley contractual y la seguridad del comercio, piedras angulares del derecho privado occidental.

III — Pese a este rechazo de la teoría últimamente mencionada, se ha conservado la distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los de tracto sucesivo, por ser teóricamente inobjetable que algunos de ellos, como la compraventa de contado, pueden ser ejecutados por las partes en un solo acto, o sea instantáneamente y que, por el contrario, otros contratos, como el arrendamiento de cosas por un término más o menos largo, requieren el transcurso de este para poder ser cumplidos.

IV - Pero, si la precitada clasificación no merece censura teórica, como fórmula meramente enunciativa, no sucede lo propio con las aplicaciones prácticas que artificiosamente se le han pretendido atribuir. En primer término, hasta contra la lógica peca el empeño de los doctrinantes en encasillar irreductiblemente los contratos típicos en una u otra de las mencionadas categorías. Así, se afirma dogmáticamente que la compraventa es siempre un contrato de ejecución instantánea porque el vendedor puede hacer tradición de la cosa vendida en un solo acto y lo propio puede hacer el comprador en el pago del precio, lo que implica el olvido de ciertas modalidades del referido contrato que manifiestamente contradicen tal aserto como suele suceder en materia de la compraventa de bienes inmuebles, en la cual es de uso muy frecuente la estipulación sobre pago del precio en varias y aún en muchas cuotas periódicas y sucesivas, y como ocurre también en el mismo contrato cuando se pacta que la entrega de la cosa vendida deba hacerse en cuotas o suministros escalonados, convenios estos que, sin modificar los elementos esenciales y naturales de la compraventa, evidentemente la convierten en un contrato de ejecución continuativa. Y otro tanto puede decirse respecto de la calificación inmodificable como de tracto sucesivo que se les suele endilgar al arrendamiento de cosas o de servicios, al seguro, etc. De ordinario, el primero de tales contratos merece tal calificativo, porque si se ha señalado al arriendo un término más o menos dilatado, es claro que el arrendador requiere el transcurso de este para poder cumplir su obligación de mantener al arrendatario en el uso de la cosa; pero es igualmente claro que tal contrato bien puede ser de ejecución instantánea, como cuando se trata del alquiler de un vehículo para una boda. Es normal que el arrendamiento de servicios sea de tracto sucesivo, cual sucede en el contrato laboral propiamente dicho, lo que no se opone a que el servicio y el pago del mismo sean de ejecución momentánea, como cuando se contrata a un concertista para una sola representación teatral. En fin, el seguro con primas escalonadas es de tracto sucesivo, mas no lo es cuando se pacta una prima alzada o única que debe ser cubierta por el asegurado en un solo acto,

de la propia manera que el asegurador debe pagar la indemnización al ocurrir el siniestro amparado.

V - Y si la segregación de los contratos típicos en la forma que se viene de criticar no es de recibo, menos aún lo son otras aplicaciones de mayor envergadura que se le han pretendido dar a la cuestionada clasificacion contractual, como la que reitera el fallo que determina el presente salvamento de voto. Esta aplicacion, en sentir del suscrito, desnaturaliza la institución clásica de la resolución de los contratos por incumplimiento, en dos sentidos, a saber: a) reduce ella la pertinencia de dicha institución a la categoría de los contratos de ejecución instantánea, que enclaustraría arbitrariamente, según quedó visto, determinados contratos típicos; y b) le contrapone innecesariamente a la misma otra figura extralegal, la résiliation, llamada a regir exclusivamente en el ámbito de los contratos de tracto sucesivo o de los que se suponen como tales. En una palabra, se distorsiona la genuina concepción latina con base en un criterio artificioso, vago e incierto. Ya desde el propio derecho romano que inspira nuestro ordenamiento se ha declarado sin vacilaciones que el incumplimiento de un contrato bilateral (C. C. art. 1546) y aún el de ciertos contratos unilaterales, como el comodato (ibidem artículo 2202), autoriza la declaración judicial de extinción de los mismos. La utilidad de esta institución es manifiesta y la equidad la impone en todos los contratos bilaterales, ya que sería aberrante que la parte que ha cumplido o se ha llamado a hacerlo, tuviera que quedar indefinidamente ligada a la ley del contrato, expuesta a la exigencia de sus obligaciones todavía insolutas, y condenada a no poder repetir lo ya pagado, pese a que su contraparte pretenda eludir el cumplimiento de las prestaciones correlativas a su cargo. A remediar estas situaciones anómalas se endereza precisamente la clásica acción resolutoria que, al lograr la extinción judicial del contrato, libera para el futuro (ex nunc) a la parte injustamente insatisfecha, a la vez que, al autorizar a ésta para repetir lo que ya haya pagado desde la celebración del contrato (ex tunc). cumple una función indemnizatoria. Pues bien, según lo indica la más elemental lógica, esta finalidad indemnizatoria consecuencial de la resolución del contrato mediante la retroctación de los efectos ya producidos por el mismo, sólo puede realizarse cuando ello es natural y jurídicamente posible. En caso contrario, la indemnización debida tiene que surtirse por equivalencia según las reglas generales, o sea con la compensación económica de los perjuicios sufridos por el contratante cumplido, los que obviamente incluyen el valor de lo que ya es imposible restituirle. Por ello, el artículo 1546 de nuestro Código Civil autoriza expresamente el cúmulo de la acción resolutoria y de la de indemnización compensatoria de perjuicios. De manera que, sin abandonar el marco clásico de la resolución de los contratos por su incumplimiento y sin necesidad de recurrir a supuestas variantes extralegales, se explica que dicha resolución opere retroactivamente (ex tunc) cuando ello sea posible, y que solamente alcance eficacia para el futuro (ex nunc) en el caso contrario. Depende, por tanto, de la naturaleza misma de las prestaciones contractuales y de las modalidades concretas de cada caso la posibilidad de deducir en toda su plenitud o parcialmente la eficacia propia de la resolución de los contratos, y no del empadronamiento de los mismos en la casilla de los contratos de ejecución instantánea o en la de los de ejecución sucesiva. Así la resolución de la compraventa de un caballo le da derecho al vendedor para recuperarlo, no porque el contrato sea de ejecución instantánea, sino porque este es un efecto indemnizatorio de la institución; pero si el caballo ha perecido, con culpa del deudor o sin ella, naturalmente no podrá retrotraerse la tradición de aquel, cualquiera que sea la calificación que se le de al contrato, sino que habrá de recurrirse entonces a los medios normales de indemnización. Si lo vendido son 365 botellas de leche para ser entregadas a razón de una diaria, resuelto el contrato por incumplimiento del comprador a los 300 días de su desarrollo, constituiría un exabrupto jurídico también contrario a la equidad que preside la institución el decretar la restitución ex tunc de las botellas ya suministradas y de su precio, haciendo caso omiso de

la referida modalidad del contrato. Y, en tratándose de la resolución del arrendamiento de una casa a los dos años de celebrado el contrato, sería igualmente un contrasentido lógico y jurídico ordenar consecuencialmente restituciones ex tunc, como si se pudiera borrar en el pasado el uso de la casa ya realizado por el arrendatario.

En suma: la resolución de los contratos es en nuestro ordenamiento y según la verdadera tradición clásica latina una institución única que produce efectos ex tunc o ex nunc, según la naturaleza de las prestaciones que estos generan y la posibilidad o imposibilidad, natural o jurídica, de retrotraerlas en cumplimiento de la finalidad indemnizatoria a que dicha institución también se endereza.

Fecha ut supra.

FILIACION NATURAL

Posesión notoria del estado de hijo natural, su prueba. Elementos que la estructuran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación, Civil.

(Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 22 del presente según acta número 30 de esa fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 1966 por el Tribunal Superior del Espinal en el juicio ordinario de Israel Ospina frente a la sucesión de Manuel López.

El Litigio.

Ante el Juzgado Civil del Circuíto de Purificación, Israel Ospina citó a Manuel María López o Fernández, "como representante de la sucesión de Manuel López" para que, por los trámites de la vía ordinaria, se declarase que el actor es hijo natural del nombrado Manuel López y, consecuencialmente, se condenase "a la parte demandada o a su representante", a restituírle a dicho actor los bienes que le corresponden en la aludida sucesión de Manuel López, con los frutos naturales y civiles, en el caso de que el juicio sucesorio terminase antes de ser fallado el presente.

Los hechos constitutivos de la causa petendi son los siguientes: Manuel López falleció en el Municipio de Purificación, donde tuvo su último domicilio y en su juicio de sucesión fue reconocido como heredero Manuel M. López; Israel Ospina es hijo natural de María Eusebia Ospina: Manuel López reconoció como su hijo natural a Manuel María López, quien lo hubo de Betulia Fernández, según consta en la escritura pública Nº 97 otorgada en la Notaría de Purificación el 16 de abril de 1946; el señor Manuel María López o Fernández no tiene representante legal, por haber muerto su madre Betulia Fernández; el causante Manuel López reconoció como su hijo a Israel Ospina y así lo presentaba a sus deudos y amigos, proveía a su educación y establecimiento, razón por la cual tanto dichos testigos como el vecindario general de Purificación, "reconocía a Manuel López como padre natural de Israel Ospina"; el nombrado Manuel López educó a su hijo Israel Ospina en Bogotá, teniéndolo en su condición de hijo en la casa de la madre de aquel, Umbelina López, en la que también residían los hermanos de Manuel llamados Alicia, Tulia y Gilberto, a quienes les consta el tratamiento paternal que Manuel López le daba a Israel Ospina; López pagaba las pensiones de su hijo Israel y le suministraba todo lo necesario para su subsistencia ante las personas citadas; Israel Ospina estuvo viviendo en casa de Dolores López, hermana de Manuel, en la ciudad de Purificación "y allí estuvo por algún tiempo, dándole el tratamiento de hijo"; Manuel López asistió al nacimiento de Israel y desde ese momento lo reconoció como su hijo ante las personas "que asistían al acto y todas las demás personas que se dieron cuenta del hecho"; la posesión notoria del estado de hijo que tuvo Israel Ospina respecto a Manuel López duró más de diez años.

El demandado, por ser menor adulto y carecer de representante legal nombró su curador ad litem, a quien se le notificó y corrió traslado de la demanda, sin que diera respuesta a la misma.

El primer grado del juicio culminó con

sentencia en que el Juez del conocimiento resovió:

1º El señor Israel Ospina tiene la calidad de hijo natural del Sr. Manuel López, fallecido en este municipio el día once de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

"2º Deniégase la declaración contenida en la petición segunda de la demanda.

"3º No se hace condenación en costas".

Por apelación interpuesta por el demandado, surtióse la segunda instancia, al cabo de la cual, el Tribunal Superior del Espinal confirmó en todas sus partes el fallo recurrido.

La Motivación del Tribunal

A vuelta de algunas consideraciones en en torno a la ley 45 de 1936 y al artículo 672 del C. Judicial, y habiendo verificado que en este juicio la prueba principal es la de testigos, entre los cuales figuran hermanos y sobrinos de Manuel López, a cuyas declaraciones el sentenciador les asigna "todo el valor probatorio que en sí tienen", procede éste al examen de dicha prueba en los términos que a continuación se extractan.

"Tulia López de Gutiérrez dice que Purificación Israel Ospina estuvo en casa de Dolores López, en los cinco primeros años de su infancia, lo cual confirman José Antonio Gutiérrez y Ernesto Acero. Está probado pues, que en los primeros años de la infancia, Israel vivió en casa de Dolores, aún cuando es curioso que esta última en su declaración nada dice al respecto, a pesar de que en el punto tercero del interrogatorio se le preguntó si Manuel reconocía y trataba a Israel como a su hijo y si le suministraba lo necesario para su alimentación y vestuario. También es curioso que Anaís López —hija de Dolores— nada diga al respecto a pesar de habérsele preguntado concretamente en el punto tercero si Israel vivió en la casa de Dolores López, a lo cual responde la declarante que ella nunca vivió con Israel en Purificación".

Respecto de las declaraciones de Dolores López, hermana de Manuel y de Anaís López, hija de aquella, concluye el Tribunal que no merecen credibilidad, pues la primera dijo tener 43 años al rendir su testimonio y Anaís afirmó tener 29, siendo así que según las actas del estado civil presentadas en la segunda instancia se establece que dichas edades son, respectivamente, en 61 y 40 años. "Surge aquí un interrogante que no puede ser desaparecido: fue la vanidad femenina, o la mala memoria lo que llevó a las testigos a equivocarse en punto tan elemental? por qué precisamente ocurre este detalle entre madre e hija? por qué estas mismas declarantes ignoran o callan hecho tan protuberante como es de haber vivido Israel en los primeros años de su infancia en casa de Dolores la madre de Anaís ....Qué credibilidad puede merecer un testigo que se equivoca en muchos años con respecto a su edad y que ignora o pasa desapercibido un hecho tan importante como es el de haberse prácticamente criado (al menos durante los primeros años de la infancia) Israel en casa de Dolores...?

"...Y en relación con la declaración del señor Alfonso López, quien relata hechos ocurridos entre 1936 y 1940, o sea, cuando el declarante tenía entre 4 y 8 años de edad, preciso es anotar que él no podría darse cuenta de quien era el que suministraba lo necesario para Israel; pero en cambio y especialmente cuando entró en uso de razón. sí podía darse perfectamente cuenta de la presencia del otro niño (Israel) en casa de la abuela del declarante. En esta forma tomará la Sala en cuenta esa declaración.

"Hagamos ahora un balance para establecer qué queda en el haber del demandante":

"Que Israel estuvo en Bogotá en casa de Umbelina López (madre del presunto padre) entre los años de 1936 y 1940 lo acreditan Tulia López de Gutiérrez, José Antonio Gutiérrez y en cierto modo lo confirman Benicio Cardoso, Angelino Vargas, Natividad Romero, Ernesto Acero, Alfonso López y Víctor M. López, Gilberto López, aún cuando limita su conocimiento a un tiempo de cinco meses, en el fondo está de acuerdo con los anteriores declarantes al registrar la presencia de Israel en casa de Umbelina.

"Que en los primeros años de su infancia Israel vivió en casa de Dolores López (hermana del presunto padre), lo acreditan Tulia López de Gutiérrez y José Antonio Gutiérrez, quienes hallan respaldo en la declaración de Ernesto Acero.

"No puede saberse con exactitud en qué fecha la señora Dolores López se hizo cargo del joven Israel, pues si bien es cierto que los testigos citados hablan de los cinco primeros años de su infancia no es menos cierto que Angelino Vargas Sánchez lo hace figurar, en los primeros meses, al cuidado de María Eusebia Ospina (la madre de Israel). Cuando llegó a su droguería a solicitar unos remedios. Por este motivo y además por estar ello en consonancia con lo que generalmente ocurre, lógico es considerar que Israel estuvo al cuidado de su madre a lo menos durante la época de la lactancia o sea, que para la Sala, Israel no fue a vivir a casa de Dolores antes de cumplir los seis años de edad.

"En esta forma hallaremos que Israel vivió en casa de Dolores durante cuatro años y medio, y en casa de Umbelina durante cinco años aproximadamente, es decir, que en tales casas vivió un término total de nueve años y medio.

"Veamos ahora quién sufragaba los gastos de crianza, alimentación, vestuario, educación, etc. de Israel.

"Angelino Vargas al recibir la orden de don Manuel López para atender al niño 'en los remedios que la madre pidiera", está indicando que aquel se hacía responsable de su pago. Tulia López de Gutiérrez y José Antonio Gutiérrez afirman que cuando Israel estuvo viviendo en casa de Dolores el señor Manuel López suministraba lo necesario para subsistir.

"Sin embargo, no sólamente por quedar en minoría sino porque puede ocurrir que el testigo últimamente citado se esté refiriendo al hecho material de la persona que hacía el suministro sin adentrarse a examinar qué otra persona daba los dineros, la Sala considera que está demostrado que don Manuel atendió los gastos de Israel durante los cinco primeros años de su infancia.

"Tulia López de Gutiérrez y José Antonio Gutiérrez acreditan que era don Manuel quien suministraba lo necesario para Israel, cuando éste estuvo viviendo en casa de Umbelina López. No toma la Sala como prueba al respecto la declaración del señor Alfonso López, porque como ya anteriormente se dijo, tal testigo era un niño que no podía darse cuenta de quién era exactamente la persona que hacía los suministros de dinero, aún cuando si podía registrar la presencia física del otro niño. Aunque menos precisas las declaraciones de Víctor M. López, Benicio Cardoso, Angelino Vargas, Natividad Romero y Ernesto Acero demuestran un doble consenso general, a saber:

"a) Que don Manuel le suministraba a Israel lo necesario para la alimentación, vestuario y educación.

"b) Que lo presentaba, reconocía y trataba como a su hijo natural.

"Aún cuando los testigos no dicen que ese tratamiento de padre a hijo hubiese durado por más de diez años continuos, ya que solamente hablan de más de diez años sin decir nada en relación a la continuidad, surge de autos que dicha continuidad se halla acreditada. Es en el bautizo, como lo afirma Santiago Lozano, donde don Manuel afirma públicamente ser el padre de Israel; es a los pocos meses cuando se presenta a la droguería de don Angelino Vargas a ordenar drogas para su hijo; luego continúa haciéndole suministros y dándole el mismo tratamiento hasta cuando Israel abandonó la casa de doña Umbelina en el año de 1940. Se cubre así una etapa entre los años de 1930 a 1940, o sean diez años. Esta conclusión cobra vida si recordamos que don Joaquín Ospina nos presenta a don Manuel recomendándole expontáneamente y por varias ocasiones a su hijo Israel, recomendaciones que le hacía por la especial circunstancia de que don Joaquín era nada menos que el Sub-Gerente del almacen 'Boyacá', en donde Israel trabajaba. Es decir, que teniendo ya Israel edad suficiente para trabajar, después de haber llegado de Bogotá, don Manuel continuó dándole tratamiento de padre y reconociéndolo como su hijo.

"Son pues los parientes de don Manuel, sus dependientes, sus amigos y relacionados quienes dan cuenta de los hechos anteriormente narrados. Y no son sólamente sus parientes cercanos sino también lo son otras personas del vecindario quienes afirman constarles tales hechos.

"Por lo tanto, es forzoso concluír que la posesión notoria del estado de hijo natural afirmada en la demanda se encuentra demostrada".

La Impugnación.

Interpuesto el recurso extraordinario por la parte demandada, fúndase en escrito que contiene cinco cargos, de los cuales se despacha el tercero llamado a prosperar.

Tercer Cargo.

Denuncia manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural reconocida al actor y la violación consecuencial de los artículos 1º, 4º, ordinal 5º, 6º y 20 de la ley 45 de 1936 y de los artículos 398 y 399 del C. Civil.

Estima el censor que el Tribunal erró al considerar que el demandante vivió en casa de Dolores López desde que aquel tenía seis meses y hasta los cinco años de edad, pues supuso gratuitamente y sin ningún respaldo probatorio en los autos que el período de la lactancia es el de los seis primeros meses durante los cuales dicho actor debió permanecer al lado de su madre, siendo así que, en concepto del censor, el referido período puede ser de un año, "lo que no requiere prueba por tratarse de un hecho notorio o de una máxima general de experiencia". Además, los testimonios en que se funda el fallo tampoco establecen la vivienda de Israel en la casa de la nombrada Dolores López durante cuatro años y medio; ni la continuidad de este hecho con la permanencia del actor en la casa de Umbelina López, madre del presunto padre; ni que el tratamiento paternal que a este último se le atribuye hubiera durado los diez años mínimos requeridos por la ley.

En orden a demostrar la contraevidencia denunciada, la censura se extiende en un examen exhaustivo de todos los testimonios traídos al juicio, con énfasis en los puntos respecto de los cuales se denuncian los errores de hecho manifiestos anteriormente relacionados.

Remata el cargo así: "Ese error manifiesto de hecho o, mejor dicho, esa cadena tremenda de errores protuberantes en la apreciación de la prueba, llevaron al Tribunal a violar indirectamente los artículos 398, 399 del C. C., 1º y 6º de la ley 45 de 1936, 4º, ord. 5º de la misma ley 45 de 1936 y 20 de esta ley, al declarar erróneamente que el demandado probó su condición de hijo natural, mediante posesión de estado, que tiene tal calidad y al abrirle implícitamente las puertas de la vocación herencial, pese a que las últimas peticiones de la demanda fueron desestimadas".

Consideraciones de la Corte:

I. - Bien repetido lo tiene la Corte con fundamento en la ley, que la posesión notoria del estado de hijo natural es una situación que se ofrece en la vida social y que se determina por cierta conducta asumida por el presunto padre respecto de quien alega esa posesión, conducta que en razón de su permanencia y notoriedad genera entre quienes la observan la creencia de que ella obedece al reconocimiento del parentesco que vincula a las personas aludidas. El artículo 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. Civil señalan los elementos estructurales de esa situación fáctica, requeridos para que esta sea operante en la declaración del referido estado civil, a saber: el tratamiento paterno que ha de traducirse precisamente en la provisión al hijo de los medios de subsistencia, educación y establecimiento, la fama que, a virtud de tal tratamiento, se forma en el ambiente familiar o en el vecindario del domicilio del presunto padre, y la permanencia de los antedichos factores durante el lapso no inferior a diez años continuos (reducido a cinco años por la ley 75 de 1968, art. 9º que entró en vigencia con posterioridad a la iniciación del presente juicio). Obvio es que los mencionados elementos constitutivos de la posesión notoria del es-

tado de hijo natural deben establecerse plenamente en el juicio de modo tal que el juzgador puede formarse respecto de ellos una convicción irrefragable, o sea la certidumbre de la existencia de los mismos. Tal es lo mandado por el artículo 399 del Código citado al preceptuar que "la posesión notoria del estado civil se probará con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable ...." No significa este precepto, y así lo tiene también declarado la jurisprudencia, que el único medio admisible para acreditar la posesión notoria del estado civil sea la prueba testimonial, porque si bien es cierto que esta es la más adecuada para el establecimiento de una situación social de la índole de la posesión notoria del estado civil, los otros medios autorizados por la tarifa legal, tales como los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, etc., no quedan excluídos, ya que ellos pueden contribuír a esa certidumbre que debe formarse el juzgador. Lo que sí resulta claro de la conjunción de las disposiciones legales comentadas es que los elementos estructurales de la posesión notoria del estado civil de que se trata deben ser precisa y plenamente acreditados y no pueden ser sustituídos por otros, tales como la asistencia del presunto padre al bautizo de quien pretende ser hijo de éste, ni las simples presentaciones sociales o las declaraciones públicas o privadas, o favores aislados de interpretación ambigua etc. Estos otros hechos y actuaciones bien pueden alcanzar el carácter de medios corroborantes, pero no pueden reemplazar a los elementos principales taxativamente determinados por la ley.

II - En lo tocante con los elementos tratamiento y fama de la posesión notoria del estado civil de que se trata, entendidos en su sentido legal antes indicado, la causa petendi de la demanda y los medios probatorios traídos al juicio sitúan tales hechos en la época de la niñez del actor, cuando se dice que Manuel López atendió a su subsistencia y educación por intermedio de Dolores, hermana de dicho presunto padre, y después de Umbelina López, la madre del mismo.

El fallo acusado da por establecidos los precitados elementos, así: Manuel López habría atendido a la subsistencia de Israel Ospina durante cuatro años y medio en que éste habría estado bajo el cuidado de Dolores López en el Municipio de Purificación; y aquél también habría atendido a la subsistencia y educación de Israel durante otros cinco años, cuando éste vivió por cuenta de aquél en la casa de Umbelina López, en la ciudad de Bogotá. Además, el Tribunal encuenta acreditada la permanencia de la posesión notoria del estado que alega el actor durante los diez años corridos de 1930 a 1940, por cuanto el testigo Santiago Lozano dice que Manuel López asistió al bautizo de Israel y allí afirmó públicamente ser el padre de éste, por cuanto "a los pocos meses" se presentó Manuel a la droguería de Angelino Vargas a ordenar drogas para Israel, según lo declara el nombrado Vargas, y por cuanto, al decir del testigo Joaquín Ospina, ya cuando Israel trabajaba en el almacén Boyacá, Manuel López se lo recomendó en varias ocasiones a dicho testigo, de donde deduce el sentenciador que "ya teniendo Israel suficiente edad par trabajar, después de haber llegado a Bogotá, don Manuel continuó dándole el tratamiento de padre y reconociéndolo como su hijo". Conviene destacar nuevamente el siguiente paso del fallo acusado, ya que el recurso se dirige a impugnarlo de modo principal: "No puede saberse con exactitud en qué fecha la Sra. Dolores López se hizo cargo del joven Israel, pues si bien es cierto que los testigos citados hablan de los cinco primeros años de su infancia no es menos cierto que Angelino Vargas Sánchez lo hace figurar, en los primeros, al cuidado de María Eusebia Ospina (la madre de Israel), cuando llegó a su droguería a solicitar unos remedios. Por este motivo y además por estar ello en concordancia con lo que generalmente ocurre. lógico es considerar que Israel estuvo al cuidado de su madre, a lo menos durante la época de la lactancia, o sea que para la Sala Israel no fue a vivir a casa de Dolores antes de haber cumplido los seis meses de edad".

III - Razón tiene el recurso al apuntarle al fallo acusado varios errores manifiestos de hecho en la apreciación probatoria y con

incidencia de los mismos en las precitadas conclusiones a que aquel llegó.

En primer lugar, es en verdad gratuita y carece de asidero en los testimonios tenidos en cuenta por el sentenciador la suposición por parte de éste de que Israel fue a vivir bajo el cuidado de Dolores López al cumplir seis meses de edad, porque antes lógicamente habría estado a cargo de su madre Eusebia Ospina en el período de la lactancia, fijado por el Tribunal en esos seis primeros meses. En realidad la testigo Tulia López expresa que Israel vivió con Dolores durante los cinco primeros años; José Antonio Gutiérrez relata el hecho de la vivienda, pero sin precisar la época de la misma, "cuando aún el señor Israel Ospina estaba de cortos, es decir en los primeros años de su infancia del señor Israel Ospina"; y Ernesto Acero, también se refiere al mismo hecho, diciendo que este ocurrió "en la infancia" de Israel. Ante esta vaguedad de los testimonios en que se fundó el fallo acusado, vióse este en la necesidad de declarar expresamente que "no puede saberse con exactitud la fecha en que la señora Dolores López se hizo cargo del joven Israel", no obstante lo cual dicho fallo concluyó, sin base probatoria alguna, o sea incurriendo en manifiesto error de hecho, que tal situación se inició a los seis meses de vida de Israel y perduró hasta los cinco años. En error de la misma índole y al mismo respecto incurrió el fallo al apreciar la declaración de Angelino Vargas y hacerle decir a éste que "pocos meses" después del bautizo de Israel, Manuel López se presentó a la droguería del testigo en compañía de Eusebia Ospina y de Israel a ordenar el suministro de drogas a éste último. El nombrado Vargas refiere tal hecho como ocurrido en el año de 1933, o sea cuando dicho Israel, según su partida de nacimiento que obra en los autos, tendría no "pocos meses", sino tres años de edad.

Los errores manifiestos de hecho así demostrados son bastantes para concluír que es contraevidente la conclusión a que llegó el Tribunal sentenciador de que Manuel López le hubiera dada a Israel Ospina el tratamiento específico de hijo natural, atendiendo a su subsistencia durante todos los primeros cinco anos de la vida de éste, y ello con fundamento en los dos únicos hechos que podrían tenerse por establecidos, a saber: que dicho Manuel López tuvo a Israel bajo el cuidado de su hermana Dolores, sin que pueda saberse durante cuánto tiempo, como el propio Tribunal lo reconoce; y que, en alguna ocasión, cuando Israel ya tenía tres años y parece que estaba enfermo al cuidado de su madre Eusebia Ospina, Manuel López le ordenó a Angelino Vargas el suministro de drogas, hecho que de tenerse por probado con la sola declaración de Vargas, haría todavía más incierta la época en qué el actor vivió con Dolores López.

IV - Tiénese, entonces, que de la situación fáctica en que se fundó el pronunciamiento del fallo acusado hay que descartar, en primer término, el supuesto tratamiento paternal que le diera Manuel López a Israel Ospina durante los primeros seis meses de la vida de éste, puesto que dicho fallo deduce este tratamiento de la asistencia del primero de los nombrados al bautizo del segundo y de las declaraciones de paternidad que allí hiciera aquél, según el dicho de un sólo testigo Santiago Lozano, hechos que no son de aquellos elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural precisamente señalados por el artículo 6º de la ley 45 de 1936; y del suministro de drogas que, en alguna ocasión, le hiciera el presunto padre a Israel, hecho que habría ocurrido, al decir de otro testigo único, Angelino Vargas, cuando el nombrado Israel tenía tres años y no "pocos meses", como erróneamente lo supuso el Tribunal. En segundo término, habría que descartar el referido tratamiento paternal durante el lapso completo de cuatro años y medio en que el Tribunal supuso que Manuel López habría atendido a la subsistencia de Israel en casa de Dolores López, porque si bien es cierto que algunos de los testigos coinciden en el hecho mismo, no concuerdan en el tiempo de su duración y ni siquiera dan una base seria para conjeturarlo. En tercer lugar, habría que descartar el hecho relatado por otro testigo único, Joaquín Ospina, según el cual cuando éste era Subgerente del almacén Boyacá y allí

mismo trabajaba Israel Ospina, Manuel López le hizo recomendaciones en favor de éste, porque el testigo ni siquiera dice la época en que ocurrió lo relatado por el y porque, además, el hecho en cuestión tampoco estructura elemento específico de la posesión notoria del estado de hijo natural. Así, sólamente quedaría en pie de la hipótesis estructurada por el sentenciador el suministro por Manuel de los medios de subsistencia y educación a Israel, de los años de 1936 a 1940, en que éste estuvo al cuidado de la madre del nombrado Manuel en la ciudad de Bogotá, lo que así se encuentra plenamente acreditado por varios de los testimonios aducidos al juicio.

En tales circunstancias hay que concluír que los errores de hecho apuntados al fallo acusado y que determinaron la declaración de filiación natural impetrada por el actor, efectivamente condujeron al sentenciador a quebrantar los artículos 398 y 399 del C. Civil. como también el numeral 5º del artículo 4º y el artículo 6º de la ley 45 de 1936.

Por lo tanto, el cargo prospera.

El Fallo Sustantivo.

Del despacho del recurso extraordinario resulta que el actor en el presente juicio no acreditó que la posesión notoria del estado de hijo natural de Manuel López por él alegaba hubiera durado diez años continuos por lo menos, según lo requiere el artículo 398 del C. Civil para que tal posesión pudiera ser tenida como prueba del referido estado civil. Por lo tanto, es el caso de revocar el fallo de la primera instancia y, en su lugar, denegar todas las súplicas de la demanda.

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 autoridad de la ley. CASA la sentencia de fecha 25 de febrero de 1966 proferida por el Tribunal Superior del Espinal en el juicio ordinario de Israel Ospina frente a la sucesión de Manuel López y procediendo como sentenciador de instancia, REVOCA el fallo de primera instancia dictado por el Juez Civil Municipal de Purificación el 27 de agosto de 1965, y, en su lugar,

Resuelve:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Las costas de la primera instancia son de cargo del actor. Sin ellas en el segundo grado ni en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FALLO INHIBITORIO

No es acusable por incongruencia sino por la causal 1ª.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 31 de 28 de abril de 1970).

Se decide el recurso de casación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario promovido por el Dr. Humberto Londoño Ruiz contra el Dr. Bernardo Zuluaga Echeverri y otra.

El Litigio.

El Dr. Humberto Londoño Ruiz demandó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales al doctor Bernardo Zuluaga Echeverri y a la señora Mariela Velásquez de Barberi, solicitando que contra éstos se hiciesen las siguientes declaraciones: a) que están obligados solidariamente "a presentar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, en la Oficina de Registro de esta ciudad y luego protocolizar en una de sus Notarías, el expediente relativo al juicio de sucesión del señor Ramón Aristizábal Gómez, que le fue entregado al Dr. Zuluaga Echeverri con tal fin"; y b) que la demandada Mariela Velásquez de Barberi está en mora de pagar al actor la cantidad de $ 9.050.00 moneda legal, desde el 17 de septiembre de 1962.

En apoyo de estas peticiones afirmó el demandante que en el Juzgado Tercero Civil de Manizales cursó el juicio de sucesión de Ramón Aristizábal Gómez, promovido por el Dr. Bernardo Zuluaga Echeverri como apoderado de los herederos, juicio en el cual presentó el actor una letra de cambio por $ 5.000.00 que le había sido endosada para su cobro judicial; que en la diligencia de inventarios y avalúos de ese juicio, se relacionó el citado instrumento; que en la partición de bienes practicada en ese juicio se le impuso a la demandada Velásquez de Barberi la obligación de cubrir las deudas hereditarias "entre las cuales quedó incluída la letra de cambio a mi favor por la cantidad de nueve mil cincuenta pesos ($ 9.050.00) moneda corriente"; que en la sentencia aprobatoria de la partición se ordenó el registro en las Oficinas de Registro de Ibagué. Sevilla y Manizales, y la protocolización del expedientee en una de las Notarías de Manizales; que el 17 de septiembre de 1962 el expediente le fue entregado al demandado Dr. Zuluaga Echeverri para que atendiera el cumplimiento de las diligencias de registro y protocolización aludidas, sin que hasta la fecha de la demanda los demandados "hayan cumplido lo dispuesto por el Juzgado".

Contestada la demanda por el demandado Dr. Zuluaga Echeverri, quien explicó por qué, no obstante su diligencia, se había dificultado el registro y protocolización dichos, se adelantó el trámite de la primera instancia del juicio, que culminó con sentencia de 30 de abril de 1964 en la cual el Juzgado resolvió declararse inhibido para fallar en el fondo "por falta de presupuesto procesal demanda en forma".

Subida en apelación esta sentencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ma-

nizales, por apelación interpuesta por la parte demandante, fue confirmada mediante sentencia de 10 de junio de 1965, contra la cual interpuso la misma parte demandante el recurso de casación que ahora se decide.

La Sentencia del Tribunal.

Al entrar en materia recuerda el Tribunal como es obligacion del juzgador, al ir a dictar sentencia, examinar previamente "si el proceso se encuentra debidamente configurado", porque en caso de no estarlo, por faltar algún presupuesto procesal, "debe abstenerse de fallar en el fondo el negocio, mediante sentencia inhibitoria". Recuerda también cómo, conforme a la jurisprudencia de la Corte, uno de los presupuestos procesales es el denominado "demanda en forma", cuya ausencia implica un impedimento procesal que hace imposible un pronunciamiento sobre el fondo del negocio.

Pasa en seguida a referirse a la demanda formulada en el caso de autos, y dice que la primera petición de la demanda, dirigida contra los dos demandados 'bien puede considerarse como una acción exhibitoria, o bien como una acción sobre devolución de un expediente"; y que la segunda, dirigida solo contra la demandada Mariela Velásquez de Barberi "es una acción tendiente a constituirla en mora de pagar al demandante una suma de dinero". Para deducir de esas circunstancias que "no se ve la conexidad que pueda existir entre tales acciones, requisito éste indispensable para que sea procedente la acumulación objetiva de acciones, según lo tiene establecido la jurisprudencia".

Expresa a continuación el Tribunal que para él la primera petición "es más bien una acción exhibitoria que una acción sobre devolución de expedientes", y después de dar las razones que tiene para entenderlo así, agrega: "Ahora bien: la acción exhibitoria, terminado como se encontraba ya el juicio de sucesión del señor Aristizábal, ya no podía ser propuesta dentro de ese juicio, ... ni por medio de una acción ordinaria, porque su trámite está regido por el artículo 299 del C. J...." Y pasando a referirse a la segunda petición, repite que su objetivo es "el de que se constituya a la demandada, en mora de pagar al demandante una suma de dinero. Es decir, se trata de una constitución en mora, que judicialmente se hace mediante un requerimiento o reconvención judicial, por exigirlo así el artículo 1.608, numeral 3º del C. Civil. Pero los requerimientos o reconvenciones judiciales no se hacen mediante juicio ordinario, porque su trámite especial lo contempla el artículo 325 del C. J.". De todo lo cual deduce el Tribunal que la demanda inicial de este juicio es deficiente, es decir, no satisface el presupuesto procesal "demanda en forma", pues fue adelantado por vía procesal inadecuada, la ordinaria, siendo así que las acciones en ella ejercitadas tienen legalmente previsto un trámite especial, o sea, respectivamente, el de los artículos 299 y 325 del C. J. En consecuencia, dice el Tribunal, la sentencia inhibitoria dictada por el Juzgado debe confirmarse.

El Recurso de Casación.

Un cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, con fundamento en la segunda de las causales de casación, o sea la de incongruencia.

En sustentación de él se afirma en la respectiva demanda que la incongruencia alegada resalta de la simple comparación entre lo pedido bajo los numerales a) y b) del libelo y el sentido diverso que el Tribunal le dio a tales peticiones. Y luego de reproducir los apartes de la sentencia acusada en que el fallador determina las que en su concepto fueron las acciones ejercitadas en la demanda, pasa a rebatir tales opiniones diciendo que el Tribunal sustituyó la primera petición. "Por ninguna parte aparece —dice— que en la demanda se hubiera pedido la devolución del expediente al Juzgado de origen, precisamente porque tuve en cuenta que el juicio ya había terminado y por lo tanto el Juez no tenía jurisdicción sobre el mismo... Posiblemente el Tribunal confundió el petitum cuando leyó la parte final de mi alegato de conclusión", alegato éste del cual trascribe un

aparte en el que se expresó que "el objetivo de la demanda ya fue satisfecho en parte, pues se logró que el expediente volviera al juzgado de origen, de donde fue desglosada la letra y la parte pertinente de la sentencia, piezas con las cuales se inició juicio ejecutivo contra la señora Mariela Velásquez de Barberi".

Argumenta más adelante que lo que se pidió con la demanda fue el cumplimiento de la sentencia que aprobó la partición "y no entablé la acción exhibitoria como dice el Tribunal ... por cuanto nada ganaba con que los demandados exhibieran un expediente con una sentencia aprobatoria de partición sin registrar, requisito indispensable para que las hijuelas prestaran mérito ejecutivo".

Sostiene en seguida, refiriéndose ya a la segunda petición de la demanda, que nada impide que en juicio ordinario pueda pedirse la declaratoria de que uno de los demandados se halla en mora; que el Tribunal entendió que en esa segunda petición se pretendía una constitución en mora, pero, insinúa, ello no es así porque la demandada Velásquez de Barberi "ya estaba en mora y no había necesidad de requerimiento como lo establece el numeral 2º del artículo 1.608 del C. C. Por otra parte los demandados no propusieron la excepción dilatoria de inepta demanda establecida en el numeral 3º del artículo 333 del C. J.".

Se Considera:

Como se dejó visto atrás al hacer el extracto de la sentencia acusada, el Tribunal encontró que en este juicio no se había constituído en forma regular la relación jurídico-procesal, por defecto del presupuesto demanda en forma; y con base en tal circunstancia, consideró, en armonía con la motivación de la sentencia de primer grado, que no era posible hacer pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de las partes, concluyendo entonces por confirmar aquélla sentencia.

Así, pues, que la sentencia ahora acusada en casación es inhibitoria. Es decir, que ella no contiene resolucion alguna relativa a las cuestiones de derecho sustancial concretadas en las peticiones de la demanda y la respuesta, en lo cual precisamente consistiría la incongruencia invocada en el cargo que se estudia: en no haber resuelto el Tribunal sobre lo pretendido por las partes. Entendida así la acusación, se trataría de incongruencia negativa por sentencia incompleta u omisa, y no parcial sino totalmente.

Pero lo cierto es que, así planteada la censura, carece de todo fundamento, porque a ese planteamiento no puede corresponder el fenomeno de la incongruencia contemplada en la causal segunda de casación. En efecto, la falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones deducidas por los litigantes, que contraría uno de los principios básicos del proceso civil, consagrado entre nosotros por los artículos 471 y 593 del C. J., no puede ocurrir sino cuando la sentencia es de fondo o mérito, o sea cuando corresponde a la definición que de sentencia trae el artículo 466 ibidem al decir que las resoluciones judiciales se llaman sentencias "si deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio". Si la sentencia es simplemente inhibitoria, y el serlo significa que el sentenciador no ha podido penetrar hasta el examen y decisión de la cuestión substancial objeto del debate, por impedimentos técnicos relacionados con el proceso en el cual ésta ha sido planteada, entonces no puede hablarse de que el fallador haya incurrido en extra, ultra o citra petita, en otras palabras, que haya decidido sobre algo no pretendido por las partes, o reconocido más de lo pretendido, o se haya abstenido de decidir sobre todo lo pretendido, pues mal puede haber obrado en una cualquiera de esas formas viciosas si no tuvo oportunidad de examinar la materia respecto de la cual habría podido cometer tales errores.

No debe olvidarse, además, que cuando hay absolución tampoco cabe la incongruencia, como tantas veces lo ha dicho la Cor-

te; y si bien una sentencia inhibitoria no implica absolutio ab actione, sino solo absolutio ab instancia, de todos modos hay allí una absolución, en forma que es aplicable aquélla doctrina. Y debe igualmente recordarse que si bien nuestro proceso civil está organizado con base en el principio dispositivo, del cual en cierto modo es corolario el de la consonancia o congruencia, también es verdad que ese principio no juega papel ninguno en la estructura técnica del proceso, v. gr. en relación con los presupuestos procesales, campo este en el cual el sentenciador no solo puede sino que debe actuar en el sentido que corresponda, sin necesidad de que reciba al efecto el previo estímulo de una de las partes. Es por ello que suponiendo como supone la sentencia judicial de fondo o mérito, ciertos requisitos lógicos que deben ya hallarse satisfechos en el momento de ir aquella a proferirse, la falta de cualquiera de ellos le permite al Juez ponerla de presente y hacer la declaración que corresponda, por ejemplo la de que se inhibe para sentenciar de fondo. Si el Juez puede, o mejor debe hacer tal cosa, entonces no cae en incongruencia cuando así obra, porque la incongruencia es el resultado de un deficiente cumplimiento por el Juez de sus obligaciones jurisdiccionales, y en la hipótesis considerada no está incumpliendo deber ninguno, sino, todo lo contrario, cumpliéndolo.

Que la sentencia inhibitoria no da margen a incongruencia, es tesis que la Corte ha sostenido siempre como puede verse en el T. XC, pág. 340 de la G. J., y en sentencia de 5 de septiembre de 1961, G. J. T. XCVII, Nos. 2.246 a 2.249, p. 40, dijo:

'La incongruencia, como motivo específico de casación, consiste, no en la falta de conformidad del fallo con los derechos subjetivos en el proceso ventilados, lo que sería materia propia de la causal primera, sino en la falta de correspondencia entre la resolución del Tribunal y las pretensiones de los contendores, a su debido tiempo traídos al debate. Por donde, dado el proceso perfectivo de la doctrina jurisprudencial en la materia, cabe concluir que son tres las hipótesis en que el fenómeno de la incongruencia se desenvuelve, a saber: a) Ser la resolución impertinente...; b) Ser la resolución excesiva...; y, c) Ser deficiente... Pero, como ninguno de estos supuestos tiene cabida en el fallo inhibitorio de fondo, puesto que por el nada se otorga y nada se niega, quiere decir que en un pronunciamiento de tal naturaleza mal puede configurarse el defecto de inconsonancia. Claro es que si la inhibición hubiere sido proferida contra derecho, podría encontrar su sanción en el recurso extraordinario, por los caminos de la causal primera...".

Como bien se ve del desarrollo del cargo que concretamente aquí se estudia, el recurrente hace depender la incongruencia alegada del error que le imputa al Tribunal de haber entendido las peticiones de la demanda en forma diversa a como ellas fueron realmentee formuladas. Y si bien es cierto que tiene razón en éllo, porque evidentemente el Tribunal vió ejercitada en la petición primera de la demanda una acción exhibitoria que allí no se configura, y en la petición segunda percibió un requerimiento para constitución en mora donde simplemente se solicitaba la declaratoria de que uno de los demandados había incurrido en mora, tales errores habrían servido para montar un cargo por la causal primera de casación, bajo la variante de violación indirecta de ley sustancial a consecuencia de errores en la apreciación de la demanda. Pero en modo alguno sirven éllos, como ya se demostró, para sustentar una acusación por incongruencia, como es la propuesta.

El cargo, pues, no es admisible.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario promovido por el doctor Humberto Londoño Ruiz contra el Dr. Bernardo Zuluaga Echeverri y otra.

Sin costas en casación porque no aparece que se hubieran causado.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PAGO DE PERJUICIOS POR LA MORA EN LA ENTREGA DEL BIEN VENDIDO.

Diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Elementos axiológicos de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 8 de los corrientes según acta número 36).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Zipaquirá el 12 de junio de 1967 en el juicio de Juan Antonio Lora frente a Manuel Alfredo Ruiz.

El Litigio.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, Juan Antonio Lora trajo a juicio a Manuel Alfredo Ruiz para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones:

"a) Que Manuel Alfredo Ruiz R. es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a Juan Antonio Lora, por la mora en la entrega material de la finca denominada "Boca de Monte", ubicada en la fracción de Cabrera, jurisdicción del Municipio de Pacho, que se determina por sus linderos en el hecho primero de esta demanda, obligación que tuvo su causa en el contrato de compraventa de la citada finca, y que consta en la escritura número mil trescientos cincuenta y seis (1956) de 16 de diciembre de 1959 de la Notaría de Pacho;

"b) Que se condene a Manuel Alfredo Ruiz a pagar a Juan Antonio Lora por el lucro cesante de los perjuicios de que se habló en el punto anterior, las utilidades que Lora dejó de percibir como agricultor-ganadero al no poder explotar la finca de Boca de Monte, en el lapso comprendido entre el 16 de diciembre de 1959 al 10 de noviembre de 1961, conforme a la regulación que se practique en el juicio.

"c) Subsidiariamente a la petición anterior: que se condene a Manuel Alfredo Ruiz a pagar a Juan Antonio Lora, los intereses comerciales en la región de Pacho, sobre la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) valor de la compraventa de la finca de Boca de Monte, pagados por Lora a Ruiz, y en el lapso de la mora de la entrega de la finca, o sea del 16 de diciembre de 1959 al 10 de noviembre de 1961.

"d) Que se condene a Manuel Alfredo Ruiz a pagar a Juan Antonio Lora, por el daño emergente que constituye parte de los perjuicios de que se habló en el punto primero petitorio el valor de las inversiones hechas por Lora para restablecer la finca de Boca de Monte, al estado de aprovechamiento económico agrícola-ganadero, del día en que se ha debido hacer la entrega.

"e) Que se condene a Manuel Alfredo Ruíz a pagar a Juan Antonio Lora, el va-

lor de las mejoras que fueron materia de oposicion por terceros para la entrega de la finca de Boca de Monte, las cuales se encontraban instaladas en dicha finca en el momento de hacer el contrato de compraventa y que se han debido entregar por el vendedor Ruiz al comprador Lora, y que éste tuvo que pagar a dichos terceros en la cantidad de diecisiete mil noventa pesos con treinta centavos ($ 17.090.30) para obtener la entrega final, junto con los intereses legales desde cuando se causaron a deber hasta cuando se verifique el pago.

"f) Que se condene en las costas del juicio al demandado".

Los hechos constitutivos de la causa petendi pueden sintetizarse así: el 16 de diciembre de 1959 Manuel Alfredo Ruiz y Juan Antonio Lora celebraron un contrato por el cual el primero dijo vender y el segundo comprar un inmueble denominado "Boca de Monte", ubicado en la fracción de Cabrera, Municipio de Pacho y alindado según se indica; la compraventa prometida se perfeccionó con la escritura 1356 otorgada en la Notaría de Pacho el 16 de septiembre de 1959; el precio fue la suma de $ 400.000.00 pagados por el comprador en la forma y tiempo debidos; la enajenación comprendía todas las mejoras existentes en la finca el 16 de septiembre de 1959, a saber: "La casa de habitación de adobe y teja de barro, enramada en madera y teja metálica, pastos naturales, cercas de piedra y alambre y demás anexidades, dependencias y servidumbres del mencionado terreno"; la entrega material de la finca debía verificarse el 16 de diciembre de 1959, pero el vendedor Manuel Alfredo Ruiz no pudo hacer la entrega del inmueble en la fecha pactada, lo que hizo necesaria la prosecución de un juicio que culminó con sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, en la que se condenó al nombrado Ruiz a la entrega impetrada por el comprador Lora; al tiempo de practicarse la entrega judicial del inmueble, Guillermo Ospina Ortiz o José Fabio Muñoz presentaron oposición, alegando mejoras hechas por éllos en la finca en su condición de arrendatarios de la misma; estos incidentes de oposicion demoraron la entrega con perjuicio del comprador, quien resolvio hacer arreglos directos con los opositores Ospina y Munoz, con reserva de que los pagos que a éstos les hizo habría de repetirlos contra el demandado Ruiz "Ya que las mejoras alegadas por los arrendatarios habian quedado incluidas en el precio pagado al vendedor Manuel Alfredo Ruiz por la finca"; Lora pago a Ospina $ 16.890.30 el 2 de octubre de 1961 y pago a Munoz $ 200.00; la finca le fué entregada a Lora el 10 de noviembre de 1961 y durante el tiempo transcurrido entre el 16 de diciembre de 1959 hasta la fecha antes citada, dicho Lora se vio en la urgencia de trasladar setenta reses de la finca Pascancho en Zipaquirá, que debía entregar, y sesenta y cinco reses de la finca Santa Inés en Nemocon, lo que no pudo hacer sufriendo perjuicios que se le hicieron saber al demandado; para cumplir sus obligaciones con tereceros, Lora tuvo necesidad de tomar en arrendamiento a Francisco Forero la finca Verdum, ubicada en Nemocón y Cogua, por un precio elevado y como aquél no encontrara otras fincas para sostener sus ganados que iba a trasladar al inmueble Boca de Monte, "se vió obligado a malvender ganados a precios irritos"; al no poder hacer el referido traslado de ganados, Lora no pudo explotar los cultivos de trigo, papa y cebada, en extensión de setenta fanegadas "que tenía comprometidos en la finca Santa Inés"; la renta del actor Lora se disminuyó al no poder mantener la producción lechera y el debido cuidado de sus ganados; el demandado Ruiz colocó los dineros que le fueron pagados por Lora a interés del uno y medio al dos por ciento que es la tasa comercial con garantía hipotecaria en la región; mientras se surtían las diligencias judiciales de entrega del inmueble, Ospina Ortiz, arrendatario del demandado Ruiz, "no volvió a sembrar en la finca de Boca de Monte, abandonó el cultivo de pastos raigrás que tenía la finca; abandonó la limpieza de potreros los cuales se enmatonaron en los 16 meses, y abandonó igualmente los cauces y acequias del riego, inundando unos gravemente y otros dejándolos sin riego, por todo lo cual la finca se desmejoró o vino a

menos"; habiendo perdido Ospina Ortiz el interés de conservar la finca, recibió ganados a pastoreo, "algunos de los cuales debieron transportar a la finca infección de enfermedades, especialmente de ematuria, los que perjudicaron al actor en la posterior explotación del inmueble"; "para remediar en parte los daños emergentes causados por las causas antes dichas, el actor Lora se ha visto precisado a gastar ingentes sumas de dinero en limpias de potreros y malezas; arreglo de cercas y cauces del riego de la finca, para ponerla en el estado en que se encontraba cuando la compró y le ha debido ser entregada, fuera de desinfectantes, drogas para el ganado, abonos y otras obras".

El demandado Ruiz contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones en él formuladas y rechazó todos los hechos en que estas se fundan. Igualmente formuló demanda de reconvención contra el actor, en la que solicita: 1) que se declare la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa de la finca Boca de Monte, celebrado en la Notaría de Pacho por escritura 1356 del 16 de diciembre de 1959; 2) que se ordene la devolución al reconveniente del mencionado inmueble, y/o que el reconvenido cubra o complete el justo precio conforme a la ley; 3) que se condene a pagar los intereses y/o los frutos; y 4) que se condene al demandado Lora en las costas del juicio.

Fúndase la reconvención en estos hechos: en la mencionada escritura 1356 se fijaron las bases del contrato de compraventa de la finca Boca de Monte, determinada como se indica en la contrademanda; el referido contrato quedó perfeccionado "por voluntad del comprador señor Juan Antonio Lora el 10 de noviembre de 1961"; el precio fijado en la referida escritura, o sea la suma de $ 350.000.00, "es muy inferior a la mitad del justo precio del inmueble"; y este inmueble ha estado y está en posesión del demandado.

En uso del traslado del libelo de reconvención, Lora manifestó oponerse a las súplicas del mismo, y en cuanto a los hechos expresó: ser cierta la fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa, con la aclaración de que las bases de dicho contrato fueron acordadas en promesa del 16 de septiembre de 1959; no ser cierta la fecha en que el reconveniente dice haberse perfeccionado el negocio; que el precio de la compraventa fue la suma de $ 400.000.00, pactado en la promesa reconocida por Ruiz; y que Lora está en posesión de la finca, pero no lo estuvo antes del 10 de noviembre de 1961. Propuso también el contrademandado la excepción de prescripción de la acción rescisoria.

El primer grado del juicio terminó con sentencia, cuya parte resolutiva dispuso:

"1º Declárase a Manuel Alfredo Ruiz R. de las condiciones civiles anotadas, responsable de los perjuicios ocasionados por la mora en la entrega de la finca BOCA DE MONTE, ubicada en el Municipio de Pacho, y cuyos linderos son los mismos anotados en la escritura que acompaña a la demanda.

"2º Condénase al mismo señor Manuel Alfredo Ruiz R., a pagar a Juan Antonio Lora de condiciones civiles conocidas, dentro de los diez siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de ($ 147.633.09) ciento cuarenta y siete mil seiscientos treinta y tres pesos con nueve centavos discriminados en la siguiente forma:

"Daño emergente (Avaluado por peritos)	$ 25.000.00
"Lucro cesante (Avalúo por peritos)	101.250.00
"Mejoras pagadas (Diligencia de entrega)	16.890.30
"Intereses legales de $ 16.890.30 durante cuatro años, tres meses y 20 días ..	4.492.79
"TOTAL	$ 147.633.09

"3º Condénase en costas al demandado. Tásense".

Por apelación interpuesta por el demandado se surtió la segunda instancia, al cabo de la cual el Tribunal Superior de Zipaquirá dictó la sentencia materia del presente recurso extraordinario, la que refor-

mó la de primer grado así:

"1º. Absuélvese al contrademandado señor Juan Antonio Lora R. de los cargos formulados por el señor Manuel Alfredo Ruiz R. en la demanda de reconvención propuesta a la acción principal. Por consiguiente, como no está probada la excepción (sic) nada se resuelve sobre la excepción de prescripción propuesta.

"2º Declárase que el señor Manuel Alfredo Ruiz R. es responsable para con el señor Juan Antonio Lora R. por los perjuicios ocasionados, lucro cesante y daño emergente, por la mora en la entrega de la finca Boca de Monte ubicada en el Municipio de Pacho y alinderada así: "Por el norte, linda con tierras de Pablo Emilio Urbina y otros, cerca de piedra y alambre de por medio; por el occidente, lindando con tierras de Ricardo Sarmiento, quebrada y cerca de alambre de por medio; por el sur, lindando con la cordillera de la finca de "La Piñuela", de propiedad hoy de Jaime Bernal y otros; por el oriente, lindando con tierras de la finca de 'El Mochilero' de propiedad de Alberto Talero, cercas de piedra y alambre de por medio".

"3º Condénase al señor Manuel Alfredo Ruiz R. a pagarle a Juan Antonio Lora R. la suma de treinta y cuatro mil trescientos pesos ($ 34.300.00) a título de daño emergente por razón de la mora en la entrega de la finca.

"4º Absuélvase al señor Manuel Alfredo Ruiz R. del reembolso de dineros por razón de mejoras pagadas por el señor Juan Antonio Lora R. al arrendatario Ospina Ortiz y al tercero José Flabio Muñoz.

"5º Absuélvese igualmente al señor Manuel Alfredo Ruiz del pago de intereses legales.

"6º Condénase al señor Manuel Alfredo Ruiz R. a pagarle al señor Juan Antonio Lora R. el lucro cesante procedente de la mora en la entrega de la finca desde el día en que debió entregarla o sea, desde la fecha de la escritura pública hasta el día en que la recibió el demandante Juan Antonio Lora R., perjuicio de lucro cesante que será apreciado por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las razones expuestas en esta providencia.

"7º Condénase a Manuel Alfredo Ruiz a pagarle a Juan Antonio Lora R. las costas de primera instancia.

"8º Condénase al mismo demandado Manuel Alfredo Ruiz R. a pagarle al demandante Juan Antonio Lora R. las costas de segunda instancia en un sesenta por ciento (60%) por haber triunfado en parte el apelante en algunas declaraciones del Juez de primera instancia.

"9º Cancélese la inscripción de la demanda de reconvención que fue comunicada al señor Registrador de Instrumentos Públicos folios 46 y 47 del cuaderno principal y registrada en el Libro de Demandas Civiles, al Tomo I, folio 464, Nº 10, el 4 de agosto de 1964.

"10º Queda en estos términos sustituída la parte resolutiva de la sentencia de primer grado pronunciada por el Juez Civil Municipal de Pacho, de diez de diciembre de mil novecientos sesenta y seis (10 de diciembre de 1966)".

La Motivación del Tribunal.

A vuelta de relacionar la litis contestación y el desarrollo del juicio, procede el fallo acusado a estudiar en primer término la demanda de reconvención.

Verifica que por la escritura pública número 1356 otorgada en la Notaría de Pacho el 16 de diciembre de 1959, Manuel Alfredo Ruiz Rubiano vendió a Juan Antonio Lora la finca Boca de Monte, ubicada en la fracción de La Cabrera, Municipio de Pacho, con sus accesorios y anexidades, y comprendida dentro de los linderos allí enunciados; que el precio de la compraventa se señaló en la suma de $ 350.000.00, advirtiéndose que por la referida escritura se le daba cumplimiento al contrato de promesa de compraventa celebrado entre las mismas partes, según la cual el precio del negocio prometido era de $ 400.000.00, de los cuales el prometiente comprador re-

cibió $ 50.000.00 y se obligó a pagar el saldo así: $ 200.000.00 en la fecha del otorgamiento de la escritura y $ 150.000.00 el 16 de abril de 1960.

Recuerda que la acción rescisoria por lesión enorme aquí incoada se funda, al decir del libelo de reconvención, en que el precio estipulado habría sido inferior en más de la mitad al valor que tenía el inmueble el 10 de noviembre de 1961, fecha en que "dicho contrato de compraventa quedó perfeccionada por voluntad del comprador señor Juan Antonio Lora".

Seguidamente examina el dictamen pericial practicado en el juicio, para concluir que este constituye plena prueba de que en la fecha del otorgamiento de la escritura 1356 del 16 de diciembre de 1959 el inmueble vendido tenía un valor de $ 558.000.00.

Con fundamento en los artículos 1946, 1947 y 1741 del Código Civil y en consideraciones relativas al momento en que se perfecciona el contrato de compraventa, concluye el Tribunal que no es el caso de decretar la rescisión impetrada por el contrademandante Ruiz ya que éste no acreditó, como era de su cargo, que el 16 de diciembre de 1959, fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa, entre el precio estipulado en la misma y el justo valor de la cosa vendida existiese la desproporción prevista por la ley, sin que sea de recibo la afirmación de dicho contrademandante acerca de que el perfeccionamiento del contrato sub lite hubiera ocurrido el 10 de noviembre de 1961. Así rechazada la acción rescisoria, agrega el sentenciador que es inútil estudiar la excepción de prescripción propuesta contra la misma por el reconvenido Lora.

Pasando al estudio de la demanda principal, precisa el fallo acusado que, de conformidad con la cláusula quinta de la citada escritura 1356, el vendedor Ruiz se obligó a entregarle al comprador Lora el inmueble vendido en la fecha de aquélla, o sea el 16 de diciembre de 1959.

Determinada así dicha obligación, cuyo incumplimiento se alega como causa de la acción indemnizatoria incoada por el actor, formula el Tribunal extensas consideraciones relativas a los elementos axiológicos de esta acción, especialmente a los perjuicios sufridos por el acreedor, recordando las distinciones entre el daño emergente y el lucro cesante, entre los perjuicios directos y los indirectos, los previstos o previsibles y los imprevisibles, etc. todo ello para enfocar el caso sub lite a través de tales nociones.

Declara el sentenciador que el incumplimiento de la obligación de entregar el inmueble vendido por parte del demandado Ruiz se encuentra plenamente establecido en los autos, pues si bien es cierto que éste le ordenó a su arrendatario Ospina Ortiz, por medio de carta, que le entregara la finca al comprador Lora, esta orden no fue cumplida por su destinatario, quien alegó hecho mejoras útiles que debían reembolsársele. Por esta razón, el comprador Lora adelantó juicio especial de entrega contra el vendedor Ruiz, el cual prosperó en sus dos instancias, la segunda de las cuales finalizó con el fallo proferido el 10 de mayo de 1961 por el Tribunal Superior de Bogotá. Al tratarse de ejecutar lo decidido en el juicio especial, el arrendatario Ospina Ortiz presentó oposición, con fundamento en las mejoras útiles que decía haber hecho en la finca arrendada, a saber: "una planta eléctrica hidráulica con todas sus instalaciones, una instalación eléctrica interna incrustada en la casa de la hacienda, la construcción de corrales de malla y el gallinero, la reconstrucción de corrales de piedra, la construcción de un depósito de papa, la construcción de divisiones y subdivisiones de potreros con el aporte de alambre, grapas y jornales, el desmonte de cien fanegadas de terreno". También formuló oposición en la misma diligencia José Flabio Muñoz, quien dijo ser arrendatario de Ruiz y haber construído una casa de bahareque, de dos piezas cubiertas con teja metálica, y la cerca de alambre que rodeaba dicha casa. Admitidas estas oposiciones fueron decididas adversamente por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 29 noviembre de 1961, de la cual el fallo acusado transcribe varios pasos .

Considera el sentenciador que la mora en que incurrió el demandado Ruiz en lo tocante con su obligación de entregar opor-

tunamente el inmueble vendido por él no obedecio a una intención dolosa de su parte, o, a lo menos, esta no se encuentra acreditada en los autos. Pero que dicho demandado sí incurrio en culpa grave al respecto, pues el contrato de arrendamiento que había celebrado con Ospina Ortiz tenía un término de cinco años que todavía no había vencido en la fecha de la venta al actor Lora, circunstancia esta que le imponía al nombrado vendedor la obligación de prever que Ospina Ortiz no se allanara a entregar la finca y que fuera necesario, de existir alguna causal, adelantar contra éste un juicio de lanzamiento cuya tramitación habría demorado en todo caso la referida entrega. Hubo, pues, imprevisión de Ruiz al haberse comprometido a entregar el inmueble vendido en determinada fecha, sin haber entrado previamente en arreglos con su arrendatario para colocarse en condiciones de cumplir.

Al abocar el examen de los perjuicios alegados por el actor y de la estimación de los mismos, el fallo descarta la pretensión de éste relativa a que el demandado le pague las sumas de dinero que dice haber desembolsado para adquirir el derecho a las mejoras alegadas por los arrendatarios Ospina Ortiz y Muñoz, "porque de ellas no se habla en la escritura 1356 tantas veces mencionada, como porque el señor Ruiz no podía vender lo ajeno y él ignoraba la existencia de tales mejoras no sólo por no haber vuelto a ver la finca materia del arrendamiento durante el tiempo del contrato, como porque en el documento se había estipulado la de no hacer mejoras distintas de las pactadas en el documento de arrendamiento que figura en autos, y por tanto mal podía ni puede entenderse que esas mejoras fueron objeto de venta por parte de Ruiz al señor Lora... Así pues los $ 16.890.30 moneda corriente que Ospina recibió de Lora a título de regulación de las mejoras que relacionan las diligencias de entrega practicadas por el Juez Civil del Circuito de Pacho no son perjuicios que esté obligado a satisfacer... En lo que respecta al pago de las mejoras por parte de Lora al señor Muñoz también debe estarse a lo reconocido por el Tribunal Superior en la sentencia o providencia del 29 de noviembre de 1961... en la cual rechaza la oposición de Muñoz juntamente con la de Ospina y simplemente autoriza a los opositores para retirar las mejoras pero sin detrimento del inmueble arrendado, y por tanto sobre este punto tampoco tiene razón el señor Lora de pretender que el señor Ruiz le restituya el dinero que pagó por tales mejoras".

A continuación, el fallo acusado pasa "a estudiar los hechos 11, 12, 13, 14 y 15 de la demanda sobre la circunstancia de haber tenido el demandante que trasladar 70 reses de la finca Pasoancho y 65 de la de Santa Inés en Nemocón y tomar en arrendamiento a Francisco Forero una finca raíz para llevar allí su ganado".

Considera el sentenciador que las sumas de dinero pagadas por el deudor Lora a terceras personas con ocasión de no habérsele entregado la finca oportunamente por el demandado constituye un daño emergente para aquél, materia de indemnización.

Con base en esta premisa, encuentra el sentenciador que, según contrato del primero de abril de 1960 cuyo documento obra en autos, Francisco Forero Ramírez les dió en arrendamiento a Juan Antonio Lora y a Beatriz Araos una finca denominada Verdúm, ubicada en Cogua y Nemocón, por el término de un año y por un precio de $ 15.000.00, inmueble que los arrendatarios deberían destinar a la explotación de ganadería y de cultivos agrícolas. Igualmente, con la declaración del arrendador Ramírez estaría acreditado que el arrendatario Lora ocupó la finca durante veinte meses y medio desde la fecha del contrato, y que, en total, habría pagado por arrendamientos durante el plazo y prórroga del mismo de 8½ meses a $ 1.500.00 mensuales, la suma de $ 27.750.00 valor en el cual se fija el daño emergente en examen. Agrégase a este respecto que el testigo Ramírez expone que el motivo del contrato de arrendamiento de que se trata fue el de la demora en la entrega del inmueble vendido por Ruiz a Lora.

Para el Tribunal constituye un daño emergente sufrido por el actor y que le de-

be ser indemnizado el consistente en las reparaciones que éste tuvo que hacer en la finca Boca de Monte una vez que esta le fue entregada por Ospina Ortiz, arrendatario de Ruiz. Se refiere el fallo a los testimonios de Efraín Gómez Silva, José María Nava, Pablo Emilio Urbina, José Muñoz y Guillermo Ospina Ortiz, de las cuales concluye que al tiempo de celebrarse la compraventa de la finca de Boca de Monte entre Ruiz y Lora esta se encontraba bien cuidada y limpios sus potreros; pero que al iniciarse el juicio de entrega con ocasión del referido contrato de compraventa el arrendatario Ospina Ortiz la abandonó totalmente, por lo cual cuando el acreedor Lora la recibió hubo de dedicarse a la limpieza de los potreros y, en general, a la reparación del inmueble. Con fundamento en el dicho de Efraín Gómez, quien declara que "en los años de 1962 a 1963 hizo unos contratos con Juan Lora para la limpieza de los potreros por un valor de $ 700.00 a $ 750.00, que no recuerda bien el testigo para la limpieza de la maleza que tenía unos ocho meses de abandono", y en el dicho de Carlos Julio Casallas, quien afirma haber hecho de enero de 1962 a abril de 1963 unos contratos con Lora para la limpieza de potreros de Boca de Monte y por los cuales recibió de este último "unos $ 5.800.00", concluye el fallo que el monto de las reparaciones en cuestión asciende a $ 6.550.00.

Considerando así dilucidado lo relativo al daño emergente alegado por el actor, dice el Tribunal que es procedente "estudiar el lucro cesante consistente en la pérdida que tuvo el señor Lora por causa del mal estado en que se encontraba la finca y a la que no le pudo sacar el provecho que debía obtener. si la hubiera encontrado en buenas condiciones".

Para el efecto ,se estudian algunas pruebas tales como testimonios, certificaciones bancarias relativas a cheques girados al actor por compradores de leche y el dictamen pericial practicado para establecer el lucro cesante de la finca durante las noventa semanas en que esta estuvo en poder del arrendatario Ospina Ortiz y en el tiempo subsiguiente. En relación con este último medio comenta el sentenciador: "Los peritos consideran que la finca de Boca de Monte debía producir semanalmente la suma de $ 400.00 o sea en las noventa semanas la suma de $ 36.000.00 y por consiguiente es de suponer que durante estas noventa semanas si la finca hubiera estado en poder de don Juan Antonio Lora la producción debería ser mucho mayor pues de acuerdo con los datos que da el Banco de Bogotá sobre venta de leche a la Pasteurizadora Iberia la producción mensual es más o menos de $ 9.942.15, esto sin incluir la cría y engorde de ganado y otros renglones 'lo que hubiera dado como es de suponer una producción mayor de la tomada por los otros como punto de referencia para este análisis. Así que, nosotros calculamos que la finca de Boca de Monte en el año de 1964 tuvo una producción únicamente en leche de unos $ 119.305.80, cantidad que es mayor al producido global que tuvo desde diciembre 16 de 1959 a noviembre 10 de 1961, o sean noventa semanas de abandono que debió ser de $ 101.250.00 si hubiera estado bajo la administración directa del señor Juan Antonio Lora".

"Como se ve —continúa el fallo— los señores peritos para determinar el lucro cesante de la finca en el período de las noventa semanas a que se refiere su dictamen pericial, toman como fundamento para su dictamen el producido bruto de la venta de leche a la sociedad denominada Pasteurizadora Iberia Limitada, según los datos que da el Banco de Bogotá por el valor de los cheques girados al señor Juan Antonio Lora; pero entiende el Tribunal que este valor, fruto de venta de leche, no puede servir de base para determinar el lucro cesante, porque sería preciso tener en cuenta los factores de gastos que necesariamente debió emplear el propietario para efecto de poder sacar la conclusión del valor líquido de esa producción que representaría en realidad el perjuicio procedente del lucro cesante... Como los señores peritos en su dictamen no establecieron el promedio mensual de estos gastos para deducir la suma total en noventa semanas, es lógico concluír que el Tribunal carece de una prueba que lleve al convencimiento

del juzgador la determinación precisa del lucro cesante".

"Indudablemente el señor Juan Antonio Lora debió sufrir un perjuicio por razón del lucro cesante que pudo obtener en la finca de Boca de Monte desde el día en que debió entregarla al señor Ruiz hasta el día de la entrega de ella y que ese perjuicio continuó durante un lapso de tiempo en que tuvo el señor Lora que hacer la limpieza de la finca, destruyendo la maleza, arreglando las conducciones de agua y dividiendo correctamente los potreros, pero ese perjuicio debe acreditarse establecido cuánto tiempo duró la limpieza, el arreglo de la conducción del agua y la corrección de las cercas divisorias, para que los peritos determinen el lucro cesante durante ese período de tiempo, teniendo en cuenta sí que algún valor podía el dueño obtener en ese período de tiempo".

Dentro de este orden de ideas que toca con el lucro cesante, el fallo rechaza la pretensión del actor de que se le paguen intereses sobre el precio del inmueble que él le compró al demandado, porque de accederse a ello, y, a la vez, al reconocimiento del lucro cesante por la mora en la entrega de la finca, se estaría condenando a dicho demandado a "un pago de doble perjuicio lo que sería injusto".

Remata la motivación del Tribunal diciendo que es el caso de condenar al demandado a pagarle al actor; "a) daño emergente hasta la suma de $ 34.300.00.

"b) Lucro cesante es decir los producidos líquidos de la finca que debió obtener el demandado Lora o sea, los que pudo obtener con mediana inteligencia y actividad durante todo el tiempo de mora de la entrega de la finca, perjuicios que serán avaluados por el procedimiento que determina el art. 553 del Código Judicial, es decir, que la condenación es in genere, por no aparecer establecido por los peritos el daño líquido resultante de la buena administración de la finca;

'c) No ha lugar a la condenación por pago de mejoras de acuerdo con la diligencia de entrega, y

"d) No ha lugar al pago de intereses legales".

La Impugnación.

Interpuesto por el demandado el recurso de casación fúndase en demanda que contiene siete cargos que se despacharán en su orden lógico.

Quinto Cargo.

Fúndase en la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial (ha debido citarse el 52 de Decreto 528 de 1964) y se hace consistir en la inconsonancia de la sentencia con el libelo de la demanda principal por dos aspectos, a saber: 1º) en el primer pedimento de la demanda principal distinguido con el literal a) se solicitó la declaración de que Manuel Alfredo Ruiz es responsable de los perjuicios ocasionados a Juan Antonio Lora, por la mora en la entrega material de la finca denominada Boca de Monte, y en el pedimento d) del mismo libelo se impetró la condenación de dicho demandado a pagarle al actor "el valor de las inversiones hechas por Lora para restablecer la finca Boca de Monte al estado de aprovechamiento económico agrícola-ganadero del día en que se ha debido hacer la entrega. El Tribunal habría cambiado el petitum de la demanda al condenar a Ruiz a pagar $ 27.750.00 valor de los arrendamientos de una finca tomada por el actor a Forero Ramírez en Nemocón; $ 750.00 por trabajos realizados por el declarante Gómez Silva; y $ 5.800.00 a Carlos Julio Riaño Casallas, por este mismo concepto y 2º) en el aparte b) de dicha demanda principal se solicitó la condenación al demandado a pagarle al actor, por concepto de lucro cesante, las utilidades que este dejó de percibir como agricultor-ganadero al no poder explotar la finca Boca de Monte en el lapso comprendido entre el 16 de diciembre de 1959 y el 10 de noviembre de 1961, conforme a la regulación que se practique en el juicio. El Tribunal habría modificado esta súplica, como quiera que por el concepto indicado, profirió una condenación en abstracto que no había sido solicitada.

Consideraciones de la Corte:

I - Tiene razón el recurrente al apuntarle incongruencia al fallo acusado, en cuanto este condenó al demandado a pagarle al actor la suma de $ 27.750.00, a título de daño emergente que se hizo consistir en el desembolso por igual valor que dicho actor habría tenido que hacer por concepto de arrendamiento de una finca, cubiertos a Forero Ramírez en lapso comprendido dentro del período de la mora en la entrega del inmueble Boca de Monte.

En el primer pedimento de la demanda principal se solicitó que se declarase que el demandado es civilmente responsable de los perjuicios causados al actor por la mora en la entrega material de la mencionada finca, y en las súplicas siguientes, referidas a ese primer pedimento, se concretan los conceptos por los cuales se impetra la condenación al demandado al pago de los aludidos perjuicios, así: el segundo pedimento invoca las utilidades que el actor dejó de percibir como agricultor-ganadero al no poder explotar el inmueble durante la mora; en el tercer pedimento, subsidiario del anterior, se reclaman los intereses de la suma de $ 400.000.00 precio de la compraventa de la finca y el cuarto se refiere a las inversiones que habría tenido que hacer el actor para restablecer el inmueble al estado en que este se encontraba en la fecha en que ha debido hacersele la entrega; y en el quinto pedimento se solicita el reembolso del valor de las mejoras, con sus intereses, reconocidas y pagadas por el actor a los terceros que formularon oposición en el juicio de entrega material que dicho actor tuvo que adelantar contra el demandado.

De la anterior relación de las súplicas incoadas por el actor resulta evidentemente que en ellas no se incluyó la relativa al reembolso de arrendamientos que el demandante Lora le hubiera pagado a Forero Ramírez por concepto de arrendamientos de una finca tomada por aquél a éste, cierto es que a tal pago alude la demanda en el hecho 12; pero, se repite que al concretar el actor sus pretensiones en el petitum de la misma, no incluyó el renglón indicado.

En tales circunstancias, ha de concluírse que el Tribunal sentenciador al condenar al demandado a pagar $ 27.750.00, valor de los aludidos arrendamientos, incurrió en el vicio de extra petita, por lo cual la censura es próspera.

II. - Por el contrario, es improcedente la otra censura que contiene el cargo que se despacha y que se hace consistir en inconsonancia del fallo acusado con las peticiones de la demanda, por haberse condenado en abstracto al demandado Ruiz a pagar el lucro cesante sufrido por el actor al no poder explotar éste el inmueble vendido durante la mora en la entrega del mismo.

Por razones de economía jurídica y procesal, el artículo 553 del C. Judicial, en concordancia con el 480 de la propia obra, establece un procedimiento especial destinado a la liquidación de los perjuicios, frutos, u otra cosa semejante, cuando la sentencia en el juicio no hubiere producido la condenación en concreto por tales conceptos, ya a falta de prueba suficiente del quantum de los mismos, ya a falta de bases que le permitieran al sentenciador establecer dicho quantum con la certidumbre del caso.

De otro lado, bien repetido lo tiene la Corte que el procedimiento en cuestión no es un juicio especial, si no un incidente, según lo denomina la propia ley, en el mismo juicio en que se produce la condenación en abstracto, incidente que no es de previo y especial pronunciamiento, sino que, por su naturaleza y por la finalidad a que obedece, está llamado a surtirse con posterioridad al fallo condenatorio.

Lo últimamente dicho es bastante para poner de presente la sin razón de la censura que pretende que el fallo acusado debía atenerse al segundo pedimento de la demanda que impetra una condenación al demandado en concreto y según la regulación cuantitativa practicada dentro del juicio, pues se repite que la liquidación contem-

plada en el artículo 553 citado es un incidente que accede a dicho juicio.

En conclusión: el cargo prospera con el alcance que dimana de su anterior despacho.

Sexto Cargo.

Denuncia quebranto directo por falta de aplicación del artículo 194 del C. Judicial.

Expresa el censor que el Juez del conocimiento confundió el valor reclamado como daño emergente por el actor con el precio de unas mejoras introducidas por el mismo en la finca Boca de Monte, con posterioridad a la entrega material de esta, y que consistieron en pradización, tuberías de acueducto, jardines y huerto, construcción de un baño, una estufa, un tanque, instalaciones de regadío, acequias, carreteras y en la plantación de árboles y la instalación de diez puertas de hierro. Estas mejoras fueron avaluadas pericialmente en $ 25.000.00, en la cual dicho Juzgado condenó al demandado a título de indemnización por daño emergente sufrido por el actor. Apelada la sentencia por la parte demandada, "al desconocerse por el H. Tribunal la condena al pago de dichas mejoras, no se podía hacer la condena por daño emergente por otros hechos diferentes", pese a lo cual el fallo acusado impuso la condenación por valor de $ 34.300.00.

Considera la Corte:

I - Aunque el recurso no lo expresa, contrariando el mandato del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, entiéndese que esta censura se ubica en la órbita de la causal primera de casación de que trata el artículo 52 ibidem, en su especie de violación directa por falta de aplicación, del artículo 494 del C. Judicial.

II - Visto está que en la súplica distinguida con el literal d) del libelo de la demanda, el actor solicitó la condenación del demandado a pagar, a título de daño emergente, "el valor de las inversiones hechas por Lora para restablecer la finca de Boca de Monte al estado de aprovechamiento económico agrícola-ganadero, del día en que se ha debido hacer la entrega.

III. - En el primer grado del juicio se practicó una inspección ocular con intervención de peritos en la finca de Boca de Monte, en la cual se verificó con la anuencia de las partes la existencia de unas mejoras hechas por el actor Lora, las que fueron relacionadas y avaluadas así:

"División de potreros con alambre y postura de postes .	$ 4.000.00
Pradización de pastos parte alta	3.000.00
Cuatrocientos metros de tubo de dos pulgadas	6.000.00
Formación del jardín	800.00
Baño	1.000.00
Huerto	1.500.00
Cuarto de enfermería ganado	100.00
Construcción de carretera acceso a la finca	10.000.00
Tres estufas	750.00
Pieza cocina	180.00
Tanque casa pequeña	250.00
Tanque regadío	2.000.00
Acequias tanques	700.00
Arborización	3.000.00
Diez puertas de hierro a $ 35.00 c/u.	750.00
Total del valor de las mejoras	$ 25.000.00"

III - Salta a la vista que las obras relacionadas constituyen mejoras útiles y voluntarias, pero no reparaciones necesarias, concepto este último en el que se ubica la súplica de indemnización formulada por el actor. Sin embargo, el Juez del conocimiento, incurriendo en flagrante equivocación, condenó al demandado a pagar el valor de dichas mejoras; al propio tiempo que se abstuvo de pronunciarse en el mismo sentido respecto de las reparaciones necesarias que hubiera tenido que hacer el actor según lo alegado por él en su libelo.

IV - Surtido el recurso de apelación inter-

puesto por el demandado, el Tribunal reformó la sentencia apelada, descartando la condenación por el valor de las aludidas mejoras; pero, en cambio, consideró establecida con dos testimonios la ejecución por el actor de unas reparaciones consistentes en la limpieza de los potreros de la finca con un costo de $ 6.550.00 que es parte de la suma de $ 34.300.00 por la cual se condenó al demandado a título de daño emergente causado al actor.

V - Conclúyese de lo dicho que al modificar el fallo acusado la sentencia de primer grado que sólo había sido apelada por el demandado, en el sentido de condenar a éste al pago de la expresada suma de $ 6.550.00, valor de una presunta limpieza de potreros hecha por el actor con posterioridad a la entrega de la finca, concepto este por el cual no se había proferido decisión estimatoria en dicha sentencia recurrida, se incurrió en una reformatio in pejus con quebranto directo del artículo 494 del C. Judicial invocado en la censura.

Por tanto, prospera el cargo con el alcance últimamente indicado.

Primer Cargo.

Acusa aplicación inbedida de los artículos 1614, 1615 y 1616 del C. Civil y falta de aplicación de los artículos 1880 y 1882 ibidem, a consecuencia de error manifiesto de hecho por la preterición de pruebas que, en el sentir del censor, demostrarían que el demandado Ruiz sí le hizo entrega ficta y oportuna del imueble Boca de Monte al actor Lora.

Las pruebas que se dicen preteridas serían: a) unas posiciones absueltas por Lora, en las cuales habría confesado saber, desde antes de la compraventa del inmueble mencionado, que este estaba arrendado a Ospina Ortiz; que este último sirvió de intermediario o comisionista en la referida compraventa; que el absolvente recibió del vendedor Ruiz $ 400.00 por concepto de media mensualidad del arrendamiento de la finca que estaba en poder de Ospina Ortiz; que entre Lora y éste existían relaciones de negocios; y que los arreglos entre Lora y Ospina en 1960 y 1961 se celebraron sin intervención y sin conocimiento del vendedor Ruiz; b) el memorial de transacción suscrito por los apoderados de Lora y Ospina, conforme al cual éste se obligó a hacerle entrega a aquél de la finca Boca de Monte el 10 de noviembre de 1961, a cambio de lo cual Lora le Pagó a Ospina la suma de $ 16.890.30 por concepto de las mejoras alegadas por éste; c) la declaración de Luis E. Castillo, quien dice haber presenciado las conversaciones de Ospina y Ruiz relativas al negocio de compraventa de Boca de Monte, en las cuales se dijo que Lora respetaría el contrato de arrendamiento entre Ruiz y Ospina hasta el mes de junio de 1960; d) copia del recibo suscrito por Lora relativo al pago de parte del arrendamiento de la finca en el mes de diciembre de 1959; y e) copia del contrato de arrendamiento entre Ruiz y Ospina, en la que figura una nota de cesión de dicho contrato a Lora, suscrita por Ruiz el 16 de diciembre de 1959. Como quedó dicho, estima el censor que las pruebas relacionadas demostrarían que el demandado Ruiz sí le entregó en forma ficta al actor Lora el inmueble materia de la compraventa celebrada entre éllos. A lo que agrega que el Tribunal no las tuvo en cuenta, pues "se basó únicamente en el juicio de entrega", de donde resultaría que dicho sentenciador, al no absolver a Ruiz de los pedimentos de la demanda, quebrantó las normas sustanciales en cita.

Considera la Corte:

I - Vése, pues, que es el propio recurrente quien reconoce que el fallo acusado "se basó únicamente en el juicio de entrega". Informan los autos que celebrado entre las partes el contrato de compraventa de la finca Boca de Monte, mediante escritura pública 1356 otorgada en la Notaría de Pacho el 16 de diciembre de 1959, y que habiéndose obligado allí el vendedor Ruiz a hacerle entrega al comprador Lora en la misma fecha del citado instrumento, éste último hubo de promover contra aquél un juicio especial para obtener el cumplimiento de tal obligación; que este juicio se surtió con oposición del demandado Ruiz, quien precisamente alegó en él haber hecho entrega oportuna del inmueble de modo ficto

o simbólico, para demostrar lo cual llevó a dicho juicio las mismas pruebas que hoy dice haber sido ignoradas en el presente; que el Juez que conoció del aludido juicio especial, el Civil del Circuito de Pacho, mediante sentencia del 1º de junio de 1960 desechó tal oposición del demandado y condenó a éste a realizar la entrega solicitada por el actor dentro de un término de diez días contados a partir de la fecha de ejecutoria de esa providencia; que Ruiz interpuso contra ella el recurso de apelación que se surtió ante el Tribunal Superior de Bogotá y culminó con fallo confirmatorio del de 10 de mayo de 1961; que, ya en firme estas sentencias se procedió a su ejecución en diligencias practicadas por el Juez del conocimiento el 16 y el 20 de septiembre de 1961, durante las cuales formularon oposición, alegando derecho al reembolso por concepto de mejoras, Ospina y Muñoz arrendatarios del vendedor Ruiz, oposición esta que dió lugar al respectivo incidente fallado adversamente a los opositores; y, en fin, que por virtud de transación entre los apoderados del demandante Lora y del arrendatario Ospina, se pactó la entrega a este último del inmueble Boca de Monte para el 10 de noviembre de 1961, entrega que el demandante Lora confiesa realizada en tal fecha, según el hecho undécimo de su libelo en el presente juicio.

II - Ciertamente el fallo acusado fundó su pronunciamiento condenatorio en las copias de las sentencias dictadas en el juicio especial de entrega adelantado por Lora contra Ruiz, a las que dió prevalencia frente a los medios que el recurso dice preteridos y que, en su sentir, constituirían indicios fehacientes de haberse realizado la pretendida entrega ficta o simbólica del inmueble, en contra de lo declarado en esas sentencias.

Al formular esta censura olvida el recurrente que las sentencias ejecutoriadas, como las de que se trata, están amparadas con el sello de la cosa juzgada y, por ende, con la presunción **juris et de jure** de ser verdad inconcusa (**res judicata pro veritate tenetur**) que el demandado Ruiz no le había hecho entrega alguna, ni real ni ficta, al comprador Lora, por lo cual aquél fue condenado a cumplir esta presentación. En tales circunstancias, los sentenciadores de instancia en el presente juicio en ningún caso podían tener en cuenta los medios que el cargo dice no apreciados, porque la presunción de derecho que conlleva la cosa juzgada no admite prueba alguna en contrario e impide de modo absoluto la revivificación de la cuestión litigiosa ya fallada, que es lo que aquí pretende el recurso.

En conclusión: tuvo razón el Tribunal sentenciador al fundar su pronunciamiento exclusivamente en las sentencias ejecutoriadas de que se ha hecho mérito y el cargo que por ello se le formula resulta impertinente.

Segundo Cargo.

Lo es por violación indirecta de los artículos 1613, 1614 y 1616 del C. Civil, a consecuencia de error de hecho manifiesto en que habría incurrido el sentenciador al no haber estimado algunas pruebas que acreditarían la culpa del actor en la celebración de la compraventa con el demandado Ruiz.

Remítese el censor a la relación de pruebas que hizo al proponer el primer cargo y dice que éllas comprueban el conocimiento que Lora tenía del contrato de arrendamiento vigente entre Ruiz y Ospina Ortiz, este último comisionista y socio del nombrado Lora, contrato que aparejaba el riesgo de que el arrendatario Ospina demorara la entrega del inmueble, riesgo que así conscientemente asumió Lora.

En tales circunstancias la imprevisión de que el arrendatario hiciera la entrega de conformidad con el contrato de compraventa no puede imputarse solamente al vendedor, sino también al comprador quien incurrió "en negligencia burda que los hombres menos cuidadosos no cometen en sus propios negocios".

De lo dicho colige el recurso que en el caso **sub lite** se presentó una situación de "culpa compensada" que imponía la absolución del demandado Ruiz por inaplicabilidad de los textos legales ya citados.

Se Considera:

I - Ofrece el cargo una deficiencia técnica que, frente a la preceptiva del recurso, por sí sola lo condena al insuceso. Consiste tal deficiencia en que la censura, al denunciar manifiesto error de hecho por la preterición de algunas pruebas, se remite a las relacionadas y comentadas en otro cargo.

De conformidad con los artículos 537 y 538 del C. Judicial, la Corte debe 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 examinar los restantes. Y, para que se pueda 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, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicado 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, y así lo tiene bien declarado la jurisprudencia, que, como perentoriamente lo exigen los textos legales citados, es deber del recurrente presentar cada cargo en capítulo separado, el que debe contener en forma completa la fundamentación clara y precisa del mismo. 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. Pero, aunque ello no fuera así, este segundo cargo de la demanda sería impróspero por razones que se exponen seguidamente por vía de rectificación doctrinaria.

II - En varias ocasiones la Corte ha señalado como diferencia específica entre la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana la de consistir la primera en el incumplimiento de una obligación, vale decir, de un vínculo jurídico concreto preexistente entre las partes, situación reglada por el título 12, libro 4º, del C. Civil, al paso que la segunda se ofrece con prescindencia de ese vínculo preexistente, cuando una persona observa una conducta ilícita (dolosa o culposa) que le irroga daño a otra, evento regido, a su vez, en el título 34 del mismo libro del Código.

III - Así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de las obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada. Mas aún, en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está colocado en mora de cumplir (art. 1615). Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formarse la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr. la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contraendo en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

IV - El principio general de derecho, amparado con la responsabilidad contractual, que se traduce en la obligación indemnizatoria de perjuicios al acreedor, es el de que el deudor debe cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos o sea que éste incurre en dicha responsabiliadad cuando deja de ejecutar total o parcialmente la prestación debida, o cuando la ejecuta defectuosa o tardíamente. Surge de aquí otra distinción fundamental que conviene declarar, como quiera que en el caso sub lite el

actor y los sentenciadores de instancia han incurrido en notorias confusiones al respecto. La indemnización de perjuicios es compensatoria, o sea que reemplaza o equivale, en primer término, a la obligación principal, cuando hay inejecución total o parcial de esta, como también en el caso de ejecución defectuosa de la misma. Y se dice que la indemnización es moratoria cuando corresponde únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora, o sea por el retardo culpable de lo debido. Por tanto, al ejercitarse como en el presente caso una acción de indemnización moratoria en el examen de las mismas no deben involucrarse aunque también hayan sido propuestas otras cuestiones, tales como las atinentes a la ejecución defectuosa de la prestación debida, que encaja dentro de la preceptiva de la indemnización compensatoria y tienen allí su tratamiento específico.

V - Sabido es también que nuestro ordenamiento civil se conforma a la tradición latina de la responsabilidad subjetiva que impone siempre la valoración moral de la conducta de los agentes. Así, el deudor sólo responde del incumplimiento de su obligación cuando este proviene del dolo o de la culpa cometidos por el mismo, más no así cuando la insatisfacción del acreedor ha sido determinada por un hecho de naturaleza o humano, imprevisible e irresistible, v. gr. un terremoto, la orden sorpresiva de autoridad, etc., eventos a los que la doctrina tradicional ha asimilado el hecho del tercero (persona independiente del deudor) y la culpa del acreedor.

VI - Ubicada la responsabilidad contractual en el preciso campo de la ejecución de una obligación preexistente, es obvio que la valoración de la conducta culposa del acreedor, como factor exonerante de responsabilidad para el deudor únicamente ha de referirse a los hechos u omisiones imputables a aquél y que efectivamente hayan impedido la ejecución en forma y oportuna de la prestación debida. Así, el conocimiento que dicho acreedor haya tenido de la ineptitud relativa o de las dificultades del deudor, quien temerariamente se obligó a más de lo que podía creyendo superar tales obstáculos, es un hecho indiferente en el campo de que se trata. El acreedor, según este vocablo lo indica, cree y confía en el deudor, a cuyo cargo está el ponderar los medios de que dispone para cumplir, so pena de incurrir en responsabilidad por imprevisión de que estos medios le fallen o por temeridad en el cálculo de sus propias posibilidades. Estas conclusiones están abonadas por la ley, la que al referirse a la culpa creditoria la circunscribe a aquellas situaciones en que dicha culpa constituye óbice para el cumplimiento mismo de la obligación. El artículo 1605 del C. Civil preceptúa que "la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituído en mora de recibir" (se subraya); el 1739: "La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste al recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo" (se subraya); y el 1883 "Si el comprador se constituyere en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros, o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa y sólo será responsable del dolo o de la culpa grave" (se subraya). De suerte que, aún generalizando la teoría de la mora creditoria a todos los eventos de culpa del acreedor, bien sea para exonerar al deudor de responsabilidad, o bien para atenuarla o compensarla, esa generalización en el campo de la responsabilidad contractual tiene que alcanzar relevancia en cuanto implique obstáculo para el debido y oportuno cumplimiento de la obligación.

VII - El cargo que se despacha pretende la liberación de responsabilidad por la mora en que incurrió el demandado Ruiz en la entrega del inmueble vendido con fundamento en el conocimiento que pudo tener el comprador Lora de un contrato de arrendamiento celebrado por aquél con Ospina Ortiz, quien podía no allanarse, como no se allanó, a cumplir la orden de entrega que por carta le impartiera dicho Ruiz. Tal conocimiento evidentemente no constituyó un obstáculo para el cumplimiento de la

obligación que en forma temeraria contrajo el vendedor demandado, quien así se hizo exclusivamente responsable para con el comprador insatisfecho.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo.

Insiste en el quebranto de los artículos 1614, 1615 y 1616 del C. Civil, esta vez "por error de derecho manifiesto en la apreciación de pruebas que dieron al H. Tribunal por probados los perjuicios y la culpa no existentes".

Se omite aquí la relación del cargo en cuanto se endereza a impugnar el fallo acusado por la condenación que en este se le impuso al demandado de pagar al actor, a título de daño emergente, la suma de $ 27.750.00, valor de unos arrendamientos que se dice fueron cubiertos por dicho actor a Francisco Forero Ramírez, y la suma de $ 6.500.00, valor de la limpieza de unos potreros, que también se afirma que el actor tuvo que erogar, pues estos aspectos del fallo ya fueron resueltos favorablemente al recurso en el despacho de los cargos quinto y sexto de la demanda (artículo 538 C. J.).

Transcribe la censura los pasos del fallo acusado en los cuales el sentenciador dice estudiar "el lucro cesante consistente en la pérdida que tuvo el señor Lora por causa del mal estado en que se encontraba la finca y a la que no le pudo sacar el provecho que debía obtener si la hubiera encontrado en buenas condiciones". Así, cita el fallo la declaración de José María Nava, quien expresa que el promedio de leche que obtuvo el actor Lora al recibir la finca era de $ 300.00 a $ 400.00 semanales, producción que aumentó a $ 2.000.00 o más semanales, "debido a que al principio los pastos no servían para nada y luego Juan ha invertido dinero para poner los potreros en magnífico estado"; la declaración de José María Muñoz, quien dice constarle que a Lora "se le ocasionaron perjuicios porque en un principio la leche que se sacaba era muy poca debido a la falta de pastos... y en cambio ahora sí se saca bastante leche debido a que el patrón ha regado los potreros y los tiene bien cuidados"; la declaración de Francisco Bilbao, quien dice que le ha venido comprando a Lora la leche que este produce en la finca de Boca de Monte, "en los años de 1963", y que le consta que la producción ha venido ascendiendo de $ 3.000.00 a un promedio de $ 8.000.00; la declaración de Gonzalo Murcia, socio de Bilbao, quien también dice que le ha venido comprando a Lora, desde el mes de abril de 1963, la leche producida en la finca mencionada y que la producción ha venido ascendiendo de $ 3.000.00 al mes a un promedio de $ 7.000.00 en los últimos meses; las certificaciones expedidas por los Bancos de Colombia y Bogotá que contienen la relación de unos cheques girados por la Pasteurizadora Iberia, de la que son socios los testigos Bilbao y Murcia, relación de que resulta que en el mes de mayo de 1963 dicha sociedad le giró a Lora un cheque por $ 1.739.00 contra el Banco de Colombia, y otros quince cheques contra el Banco de Bogotá, del 23 de abril de 1964 al 18 de septiembre del mismo año, de los cuales el mayor, girado en septiembre, lo fue por la suma de $ 3.156.40 y los otros por sumas aproximadas a la de $ 2.956.00 cada uno.

Refiriéndose a las precitadas pruebas, expone el censor: que el testimonio de José María Nava solo contiene una apreciación personal, sin expresión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que no tiene validez de conformidad con el artículo 696 del C. Judicial; que la declaración de José María Muñoz, trabajador de Lora, tampoco se refiere a un hecho concreto, en cuanto afirma que "en un principio se sacaba muy poco y ahora se saca bastante". No llenaría, pues, este testimonio los requisitos del artículo 697 ibidem. Que las declaraciones de Francisco Bilbao y Gonzalo Murcia sobre compras de leche en el año de 1963 y no sobre producido, ya que Lora podía vender leche de otras fincas, son vagas, no se refieren a los hechos debatidos ni a la época en que se ubican en el litigio; también contienen apreciaciones personales y no dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, por lo cual tampoco se conforman con el citado artículo 697; que las certificaciones de los Bancos de Bogotá y de Colombia son documentos que no tienen valor probatorio por provenir de entidades

particulares distintas de las partes, según el artículo 537 ibidem, a lo que se agrega que ellos se refieren a pagos y no a perjuicios.

En fin, expresa la censura que el Tribunal "estimó mal la culpa proveniente de Juan Antonio Lora, establecida en las declaraciones de Efraín Gómez Silva, José M. Nava, Pablo Emilio Urbina, José Muñoz Zambrano y Guillermo Ospina Ortiz", las que en su sentir serían operantes contra dicho Ospina Ortiz y contra Lora, el primero por ser el causante del hecho del abandono y el segundo por haber ocasionado dicho abandono, al no haber pagado las mejoras que no estaban comprendidas en el contrato de compraventa ni haber dejado que ellas fueran retiradas.

Se Considera:

I - En primer término cabe observar, según ya se anunció, que el Tribunal sentenciador incurrió en la motivación de su fallo en notorias confusiones entre los conceptos de la indemnización moratoria que se causa por el retardo del deudor en la ejecución de la prestación debida y la indemnización compensatoria a que da lugar la ejecución defectuosa de la misma. Es así que habiendo concretado el actor sus pretensiones indemnizatorias por el concepto del lucro cesante que dice haber sufrido durante la mora en la entrega de la finca, del 16 de septiembre de 1959 al 20 de noviembre de 1961, el Tribunal, con fundamento en las pruebas cuya apreciación se le censura, entra en divagaciones relativas al lucro cesante que dicho actor hubiera podido experimentar posteriormente a consecuencia de la entrega imperfecta del inmueble, tema este que manifiestamente trasciende del petitum de la demanda. De ahí que el fallo acusado contenga declaraciones del siguiente tenor: "Pasa el Tribunal a estudiar el lucro cesante consistente en la pérdida que tuvo el señor Lora por causa del mal estado en que se encontraba la finca y a la que no le pudo sacar el provecho que debía obtener... Indudablemente el señor Juan Antonio Lora debió sufrir un perjuicio en razón del lucro cesante que pudo obtener (sic) en la finca de Boca de Monte desde el día en que debió entregarla el señor Ruiz hasta el día de la entrega de ella, y que ese perjuicio continuó durante un lapso de tiempo en que tuvo el señor Lora que hacer la limpieza de la finca, destruyendo la maleza, arreglando las conducciones de agua y dividiendo correctamente los potreros, pero ese perjuicio debe acreditarse estableciendo cuánto tiempo duró la limpieza, el arreglo de la conducción del agua y la corrección de las cercas divisorias".

II - Mas, pese a las apuntadas confusiones e innocuas divagaciones del fallo acusado en su parte motiva, estas no tuvieron incidencia en el pronunciamiento. Este, en su numeral 6º condenó al demandado Ruiz a pagarle al actor "el lucro cesante procedente de la mora en la entrega de la finca desde el día en que debió entregarla, o sea desde la fecha de la escritura pública hasta el día en que la recibió el demandante Juan Antonio Lora R., perjuicio de lucro cesante que será apreciado por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las razones expuestas en esta providencia". Y estas razones a que alude el fallo estriban en las bases sentadas por el mismo para la liquidación de los perjuicios materia de la condenación en abstracto, a saber: "los producidos líquidos de la finca que debió obtener el demandado Lora, o sea los que pudo obtener con mediana inteligencia y actividad durante todo el tiempo de mora en la entrega de la finca", siendo también de advertir que el fallo no acogió el dictamen pericial al respecto, por cuanto este confundió el lucro cesante con el producido bruto de la finca, o sea que no dedujo de este los costos de producción.

III - Resulta, entonces, que si las consideraciones del fallo acusado tocantes con el posible lucro cesante que hubiera podido sufrir el actor a consecuencia de la ejecución imperfecta de la obligación de entregarle la finca, con posterioridad a la realización de este hecho, vale decir, a la entrega, no tienen incidencia alguna en la decisión, la censura de error de derecho en la apreciación de las pruebas que motivaron estas consideraciones carece de mérito, porque como es bien sabido y lo tiene reitera-

do la jurisprudencia, los yerros en que hubiera podido incurrir el sentenciador en materia probatoria solamente son relevantes en casación cuando inciden directamente en el pronunciamiento del fallo.

IV - Expresa también el censor en este cargo formulado por la vía indirecta del error de derecho que el Tribunal estimó mal la culpa en que habría incurrido el actor Lora, causante del abandono del inmueble por no haberle pagado al arrendatario Ospina Ortiz las mejoras alegadas por éste y no comprendidas en el contrato de compraventa del inmueble, ni haberle permitido al mismo el retiro de ellas, culpa que estaría establecida con los testimonios de Gómez Silva, Nava, Urbina. Muñoz Zamora y Ospina Ortiz. Consistiendo el error de derecho en la órbita de la causal primera de casación en que el sentenciador le haya asignado a un medio probatorio mérito que este no puede revestir o negándole el que sí tiene, el cargo por tal concepto debe demostrar dicho error con la cita precisa de las normas probatorias vulneradas, lo que no se hizo, por lo cual la censura no puede prosperar en este punto.

Cuarto Cargo.

"La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá es violatoria por infracción indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615 y 1616 del C. C. por error de derecho manifiesto en la apreciación de pruebas que dieron a este H. Tribunal por probados los perjuicios, sin estarlo, violando en forma indirecta por aplicación indebida los artículos que regulan los perjuicios y por haber ordenado se diera aplicación al trámite fijado en el artículo 553 del C. J. que no es aplicable al presente caso, en vez de darle aplicación a los artículos 480 y 481 del C. J.".

Iniciase la exposición del cargo con esta precisión: "Las pruebas mal apreciadas son las mismas y por las mismas causas a que se hace referencia en el cargo anterior".

De la transcripción de algunos fallos de la Corte relativos a la estimación concreta de perjuicios, concluye el censor que "se ve claramente que la jurisprudencia tiene establecida la obligatoriedad de comprobar los perjuicios o las bases de estos". Y agrega: "Estudiando la demanda objeto de este juicio en relación con perjuicios encontramos: que el no traslado de 70 reses a Zipaquirá del hecho 11 no es lucro cesante; que el arrendamiento tomado de la finca Verdúm no está debidamente comprobado, ni es lucro cesante; que la venta de ganado del hecho 13 tampoco está comprobado; que la no explotación del cultivo de trigo, papa y cebada del hecho 14 tampoco está probado; que la disminución de la leche del hecho 15 tampoco está probado; y que el pago de intereses del hecho 16 tampoco se acreditó. No existe entonces ningún hecho y prueba de él que se refiera al lucro cesante condenado en abstracto".

Tal es la esencia de la censura.

Considera la Corte:

Este cargo, formulado a manera de alegato de instancia, no se compadece con la preceptiva técnica del recurso extraordinario. Ya quedó declarado anteriormente que es obligación del impugnante presentar de modo concreto cada uno de sus cargos contra el fallo acusado para que la Corte pueda, dentro de su estricta capacidad decisoria, proceder al examen individual de los mismos, sin que le sea dado buscar en el desarrollo de la demanda aquellos elementos omitidos por el censor. No es, pues, de recibo la presentación que de esta censura se hace al expresar que "las pruebas mal apreciadas son las mismas y por las mismas causas a que se hace referencia en el cargo anterior". Además, habiéndose elegido la vía indirecta cuyo punto de partida es el error de derecho en la valoración probatoria, aquí "también era necesaria la precisa demostración de los errores de esta índole en que hubiera podido incurrir el sentenciador frente a determinadas normas disciplinarias de la prueba, las cuales tampoco cita el cargo.

No hay, por tanto, censura en forma.

Séptimo Cargo.

"La sentencia proferida por el H. Tribu-

nal es violatoria por infracción indirecta de los artículos 1946, 1947, 1948 del C. C. por error de derecho manifiesto en la apreciación de pruebas, que dieron por no probada la lesión enorme consagrada en las disposiciones citadas, cuando sí 'existía dicha prueba de conformidad con lo convenido entre las partes siendo aplicables dichas disposiciones'.

Recuerda el censor que el demandado reconvino al actor, basándose para ello en los siguientes hechos: que el contrato de compraventa celebrado entre Ruiz y Lora "quedó perfeccionado por voluntad del comprador señor Juan Antonio Lora, el día 10 de noviembre de 1961", y, que el precio fijado en la escritura fue la suma de $ 350.000.00 que sería muy inferior a la mitad del justo precio del inmueble vendido. Agrega que obra en los autos copia de las posiciones absueltas por el actor, en las cuales éste habría confesado el perfeccionamiento del contrato el 10 de noviembre de 1961. Cita igualmente el recurso el dictamen pericial rendido en el juicio, al que tilda de "contradictorio, inexplicado infundamentado", pero que sí sería claro en cuanto al avalúo del inmueble en 10 de noviembre de 1961 en la suma de $ 837.000.00.

De las anteriores premisas habría que concluir, según el recurso, que "como las partes convinieron en que el contrato de compraventa quedaba perfeccionado solamente hasta el 10 de noviembre de 1961 y el precio para esa fecha era superior al doble de los $ 350.000.00 dados como precio en la escritura y a los $ 400.000.00 que alega el actor haber pagado, ha debido darse por comprobados los hechos de la demanda y ordenarse la rescisión del contrato de compraventa. No lo hizo así el Tribunal sentenciador, por lo cual habría violado indirectamente las citadas normas sustanciales que regulan la rescisión por lesión enorme, violación que consistiría en la falta de aplicación de las mismas, a consecuencia de "un error de hecho manifiesto en la apreciación de la confesión del demandante, que tiene fuerza de plena prueba de conformidad con el artículo 606 del C. J. y del avalúo practicado de conformidad con el artículo 721 del C. J.".

Se Considera:

I - Pugna esta censura con la disciplina del recurso extraordinario en cuanto acusa simultáneamente, respecto de una misma prueba y por un mismo concepto, errores de derecho y de hecho que le atribuye al fallo acusado. Si, según se dice, el sentenciador desestimó una confesión hecha por el demandante, el error por él cometido sería de derecho, planteamiento que excluye lógicamente el posible error de hecho que en la última parte del cargo se hace consistir en no haber tenido en cuenta dicho medio. Sin embargo, pese a este planteamiento confuso, el desarrollo de la censura y la cita que hace de normas de valoración probatoria permiten su despacho por la vía del error de derecho.

II - El perfeccionamiento de los contratos y, en general, de los actos jurídicos es cuestión predeterminada por la ley según la naturaleza de los mismos. Así, el artículo 1500 del C. Civil establece la clasificación de los contratos en consensuales, solemnes y reales, así: "El contrato es real, cuando para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento'.

III - Infiérese de lo anteriormente dicho que, a diferencia de los contratos consensuales en que la voluntad o consentimiento de las partes es factor determinante para el perfeccionamiento de los mismos, hasta el punto de que, producido el acuerdo entre dichas partes, pueden ellas postergar ese perfeccionamiento hasta el cumplimiento de una formalidad, v. gr. el otorgamiento de una escritura pública (formalismo voluntario), tal como está autorizado en materia de la compraventa consensual (art. 1858) y del arrendamiento de cosas (art. 1979), en tratándose de los contratos reales y de los solemnes, esta facultad no tiene cabida porque ya es la propia ley la que predetermina el momento de la formación del contrato, haciéndola depender de factores distintos de la sola voluntad de los agen-

tes, cuales son la entrega o tradición de la cosa, o la observancia de una formalidad ad substantiam. Aplicación concreta de esto encuéntrase precisamente en el contrato de compraventa: este es solemne cuando versa sobre bienes raíces, servidumbres o el derecho real de herencia, pues que está sometido al otorgamiento de escritura pública (art. 1857, 2), y, por ello también está expresamente excluído de la facultad que el citado artículo 1858 confiere a las partes para estipular un momento posterior al del otorgamiento de dicha escritura para que el contrato se repute perfecto.

IV - Dentro de la preceptiva legal que se viene de enunciar, el Tribunal sentenciador, con vista de la escritura pública 1356 otorgada en la Notaría de Pacho el 16 de diciembre de 1959, declaró perfeccionada la compraventa celebrada entre Ruiz y Lora en la fecha de tal instrumento. Y, con vista del dictamen pericial rendido en el juicio, según el cual en esa fecha el precio estipulado no era inferior en más de la mitad al justo precio del inmueble vendido, desestimó la acción rescisoria por lesión enorme incoada en el libelo de reconvención.

V - Expresamente se refiere el sentenciador a la pretensión del actor de que se tuviera por perfeccionada la compraventa en cuestión, no el 16 de diciembre de 1959, fecha de la escritura, sino el 10 de noviembre de 1961, con base en una presunta confesión del comprador contrademandado en este juicio, y descarta esta pretensión, dándole prevalencia al aludido instrumento. Razón tuvo aquél al proceder así, porque según ya quedó declarado el perfeccionamiento de los contratos solemnes está predeterminado por la ley y escapa al arbitrio de las partes.

Así, en materia de compraventa de bienes raíces, esta se perfecciona con el otorgamiento de la escritura respectiva. Agrégase a lo dicho que la alegada confesión no es tal ni tiene el mérito que la censura pretende atribuírle. En efecto; en el pliego de posiciones a que esta alude se le preguntó capciosamente al absolvente: "Diga si es cierto, bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, que el contrato celebrado el 16 de diciembre de 1959 quedó perfeccionado el 10 de noviembre de 1961", a lo que contestó: "Es cierto", sin duda alguna entendiendo que lo que se le preguntaba era si la obligación a cargo de Ruiz de entregar el inmueble vendido había quedado cumplida en la fecha últimamente mencionada. Pero, aunque esto no fuera así, basta la simple lectura de la pregunta y su respuesta para concluír que esta contiene una simple apreciación conceptual y no un hecho concreto que fuese materia de confesión, según las claras voces del artículo 604 del C. Judicial. No incurrió pues el sentenciador en error de derecho ni en quebranto del artículo 606 ibidem al desestimar la supuesta confesión del contrademandado Lora. Tampoco cometió error de la misma índole ni violó el artículo 721 ibidem al apreciar el dictamen pericial rendido en el juicio, al que le dió su mérito de ley, como quiera que lo acogió para concluír que el justo valor del inmueble vendido no era superior en más de la mitad al precio estipulado el 16 de diciembre de 1959, fecha de la compraventa, aunque dicho valor hubiera podido variar, según el mismo dictamen, para el 10 de noviembre de 1961, variación que en el acertado concepto del sentenciador no incidía en la pertinencia de las normas sustanciales que gobiernan la rescisión por lesión enorme en el contrato de compraventa.

Así, pues, no logró la censura demostrar los errores de derecho que acusa, y por ende, es inane.

La Sentencia Sustitutiva

I - Además de que el despacho favorable de los cargos quinto y sexto impone la casación del fallo acusado por las razones allí expuestas, hay lugar a la revocación del fallo del primer grado para introducirle las reformas que se deducen de las consideraciones que seguidamente se exponen.

II - Informan los autos: que el 16 de diciembre de 1959 se otorgó la escritura 1356 en la Notaría de Pacho por la cual Manuel Alfredo Ruiz dijo venderle a Manuel Antonio Lora el inmueble denominado Boca de Monte ubicado en la fracción de Cabrera,

Municipio de Pacho, y alindado como se expresa en el hecho primero de la demanda principal; que en la cláusula quinta de la mencionada escritura se estipuló que el vendedor debía hacerle entrega del inmueble al comprador en la misma fecha del instrumento: que dicho vendedor incumplió esta obligación, por lo cual el comprador hubo de adelantar contra el mismo un juicio especial de entrega que culminó con sentencia condenatoria proferida por el Juez Civil del Circuito de Pacho y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá; que la referida entrega material del inmueble sólamente tuvo lugar el 10 de noviembre de 1961, fecha en la cual la realizó el arrendatario del vendedor, Guillermo Ospina Ortiz, después de que el comprador Lora les pagó a este y a otro arrendatario, de nombre José Fabio Muñoz, el valor de unas mejoras que los mismos reclamaron al formular oposición a la entrega decretada por las sentencias antes aludidas.

III - **Son elementos axiológicos de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación, a saber: a) la mora del deudor; b) la imputabilidad al mismo, por dolo o por culpa, del incumplimiento de la obligación; y c) el perjuicio sufrido por el acreedor a causa de tal incumplimiento.** Encuéntranse establecidos en los autos los precitados elementos de la mencionada acción que es la incoada como principal en el presente juicio y que el actor funda en la mora del demandado Ruiz en hacerle entrega oportuna del ya mencionado inmueble. De conformidad con el numeral 1º del artículo 1608 de el C. Civil, habiéndose estipulado plazo para la entrega del inmueble vendido, el que venció el mismo día del otorgamiento de la escritura de compraventa, el demandado Ruiz quedó constituído en mora en tal fecha. La imputabilidad del referido incumplimiento a dicho demandado resulta del artículo 1604 ibidem, en el cual se presume la culpa del deudor, quien así queda obligado a probar su diligencia debida según la naturaleza del contrato, o el caso fortuito o la culpa del acreedor en el incumplimiento, exonerantes de responsabilidad. En la especie **sub lite** dicho demandado no demostró su inculpabilidad, dejando así en pie la referida presunción legal en su contra, a lo que se agrega el hecho de haber incurrido él en negligencia resulta evidente de la imprevisión con que procedió al obligarse a entregar el mismo día de la compraventa un inmueble que le tenía arrendado a un tercero, creyendo superar tal inconveniente con el envío a éste de una carta en la que le ordenaba la entrega, orden que no se cumplió. En fin, si lo vendido era una finca rural, cuya destinación según su naturaleza era la explotación agropecuaria de la misma, es incuestionable que aquél sufrió un lucro cesante, como quiera que la mora debitoria, registrada del 16 de diciembre de 1959 al 10 de noviembre de 1961, le impidió esa explotación del inmueble y la percepción de los respectivos frutos a que tenía derecho. Ofrécense, por tanto todos los elementos axiológicos de la acción incoada en el primer pedimento de la demanda principal, o sea que dicha acción debe prosperar.

IV - Como la segunda súplica del libelo, consecuencial de la primera, se endereza a obtener la condenación del demandado a la indemnización del referido lucro cesante, tal súplica también está llamada a prosperar con las rectificaciones que, a continuación, se le introducen al fallo del Juez a quo.

Para determinar el **quantum** de ese lucro cesante se practicó en la primera instancia del juicio un dictamen pericial que, rendido unánimemente por los dos peritos principales, contiene las siguientes apreciaciones: "A) teniendo en cuenta la capacidad de la producción de la finca con producción de leche y cría de ganados, aproximadamente unas cincuenta vacas en producción, ochen.... vacas horras, 20 terneras y 10 caballares, la obra de mano empleada y los gastos... rentes a esa clase de explotación ganadera, de común acuerdo conceptuamos que para... fecha y lapso se nos pregunta la finca Boca de Montes estaba en capacidad de pro... (año 1959) aproximadamente

Cuatrocientos pesos semanales ..... $....400 00

El lapso comprende noventa

semanas de producción de la finca que arroja un total de . 14.400.00
Dicha suma sometida al proceso de devaluación de acuerdo con el cambio operado en la fecha de la recaudación a la época y tomando en cuenta la certificación al efecto que aparece al folio 22 v. del cuaderno segundo de prueba se convierte en (efectos de devaluación de 49.76% sobre el valor de la moneda en el año de 1959 ..... 24.330.00
(los puntos suspensivos corresponden a daños en el original).
Remata el dictamen diciendo
Vale el Producido de la finca $24.330.00

El precitado experticio fue aclarado en el sentido de corregir el error aritmético en que habían incurrido los expertos al multiplicar la suma de $ 400.00 semanales en que estimaron el producido de la finca por las noventa semanas que transcurrieron desde el 16 de diciembre de 1959 al 10 noviembre de 1961, operación que arroja un total de $ 36.000.00 en vez de $ 14.400.00 erróneamente computado. Igualmente se rectificó el cálculo correspondiente a la devaluación monetaria sobre la suma corregida, fijando éste concepto en $ 17.881.20 que, sumados a los $ 36.000.00 dan la cantidad de $ 53.888.20. En la aludida aclaración, los peritos también varían su inicial estimación del lucro cesante alegado por el actor y correspondiente al lapso de la mora, con fundamento en el criterio de aquéllos, según el cual el producido de la finca habría sido mayor que el registrado inicialmente si dicho actor hubiera tenido la finca en su poder en ese lapso: "Esta deducción se desprende del hecho que no hay mejor administrador que el propio dueño, ya que el se dedica con más entusiasmo, con más interés y gran responsabilidad, inyectándole una buena dosis de trabajo a explotar, cuidar y hacer producir la finca con mayor tezón que si estuviera en manos de un tercero. De ahí que sea natural que nosotros conceptuemos que en ese tiempo de noventa semanas la finca "Boca de Monte" administrada por su dueño señor Juan Antonio Lora ha debido tener un producido promedio de cuatro mil quinientos pesos $ 4.500.00 mensuales lo que en 22½ meses daría la suma de ciento un mil doscientos cincuenta pesos ($ 101.250.00). En este producido promedio no solamente está incluída la producción de leche sino también otros renglones agropecuarios, como serían el engorde y cría de ganados, la mano de obra empleada y los gastos inherentes a cada clase de explotación ganadera y el cuidado en la siembra y limpieza de los pastos..." En este dictamen, así aclarado se fundó el Juez del conocimiento para condenar al demandado a pagarle al actor, a título de lucro cesante, la suma de $ 101.250.00.

V - Visto está que el Tribunal sentenciador no acogió el referido dictamen pericial con fundamento en que, en el sentir de aquel, los peritos se habían limitado a calcular el producido bruto de la finca durante la mora, sin deducción de los costos de producción. De la lectura del experticio, en su aparte últimamente transcrito, se concluye que esta apreciación es errada, porque en él sí se dice expresamente que se han tenido en cuenta "la mano de obra empleada y los gastos inherenetes a cada clase de explotación ganadera y el cuidado en la siembra y limpieza de los pastos". Sin embargo: si los peritos partieron de la base de que la destinación que le habría dado el actor Lora al inmueble durante el tiempo de la mora en la entrega del mismo era la consistente en la explotación ganadera, especialmente en el renglón de lechería a que se refieren los elementos del juicio que ellos dicen haber considerado, es claro que para calcular el producido líquido correspondiente al lucro cesante, no basta tener en cuenta "la mano de obra y los gastos inherentes a cada clase de explotación ganadera y el cuidado de los pastos", sin explicación alguna al respecto, sino también otros factores, como lo sería por ejemplo el costo de la inversión en ganado, sin la cual como resulta obvio, no podría haber producción de leche. Además, "la deducción" con que se inicia el paso transcrito, apoyada en otros lugares del experticio en unos ingresos del actor por ventas de leche en

años posteriores a la entrega, no pasa de ser una simple conjetura sin asidero en datos concretos que permitan darle a esa prueba el pleno valor probatorio que en otras circunstancias si alcanzaría. Conclúyese, por tanto, que ante las deficiencias anotadas, la Corte debe reformar el fallo de primera instancia para sustituír la condena en concreto por concepto de indemnización del lucro cesante de que se trata, por una condena en abstracto como la pronunciada por el Tribunal **ad quem**.

VI - Para la liquidación de los referidos perjuicios, siéntanse las siguientes bases:

a) La liquidación de los perjuicios de que se trata habrá de concretarse al lucro cesante sufrido por el actor por no haber podido explotar la finca Boca de Monte del 16 de diciembre de 1959 al 10 de noviembre de 1961;

b) El cálculo de dicho lucro cesante habrá de equivaler al producido neto de los frutos que hubiera podido percibir el actor Lora con mediana inteligencia y actividad de haber tenido la finca en su poder durante dicho lapso y en el supuesto de que esta se encontrara en regular estado, o sea que del producto bruto habrán de deducirse los costos de producción incluyendo los correspondientes a otros factores, tales como las inversiones en ganadería, maquinaria, etc.;

c) El valor de los perjuicios habrá de limitarse a los frutos líquidos calculados según se indica en el literal anterior y referidos a los precios y costos de la época mencionada; y

d) La liquidación en ningún caso podrá exceder de la suma de $ 101.250.00 señalada en el fallo de primera instancia el que se revoca por apelación interpuesta únicamente por la parte demandada.

VII - No hay lugar a acceder al tercer pedimento de la demanda sobre pago de intereses de la suma de $ 400.000.00, precio de la compraventa pagado por el actor al demandado, por ser subsidiario del pedimento anterior que prospera.

VIII - Es el caso de absolver al demandado del cuarto pedimento del libelo que se refiere a las reparaciones que el actor dice haber hecho para restituír la finca al estado en que se encontraba en la fecha del contrato, porque sobre este aspecto no se pronunció el fallo de la primera instancia y este fue apelado únicamente por el demandado. Además, dicho fallo debe ser revocado en cuanto condenó al demandado al pago de la suma de $ 25.000.00, valor de unas mejoras útiles y suntuarias puestas por el actor con posterioridad al recibo del inmueble y que manifiestamente no constituyen perjuicios imputable a aquél.

IX - El quinto pedimento de la demanda fue despachado favorablemente por la sentencia de primera instancia que aquí se revisa, en cuanto condenó al demandado a pagarle al actor la suma de $ 16.890.30 desembolsada por éste para cubrir el valor de las mejoras puestas en la finca por los arrendatarios de dicho demandado y que fueron motivo de la oposición presentada por éstos en el juicio especial de entrega, más la suma de $ 4.492.79, por concepto de intereses de la cantidad anteriormente mencionada. El Tribunal sentenciador revocó el mencionado pronunciamiento y, en su lugar, denegó las súplicas en cuestión. En tales circunstancias, la Corte no puede variar esta última decisión porque el actor se conformó con ella, ya que el recurso extraordinario fue propuesto únicamente por la parte demandada, la que así queda amparada por la prohibición de la **reformatio in pejus**.

X - Según quedó declarado en el despacho del séptimo cargo es del caso mantener la desestimación de la demanda de reconvención formulada por el demandado y que se endereza a obtener la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa celebrado entre las partes mediante la escritura 1356 otorgada en la Notaría de Pacho el 16 de diciembre de 1959. Establecido está en los autos, mediante el experticio practicado al respecto en la primera instancia que el justo valor del inmueble

vendido en la fecha del otorgamiento de la referida escritura no era superior en más de la mitad al precio estipulado, o sea que en el caso sub lite no se dan los presupuestos que determinan la aplicabilidad del artículo 1947 de C. Civil.

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 proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá el 12 de junio de 1967, y, procediendo como juzgador de instancia revoca la dictada por el juzgado Civil Municipal de Pacho el 22 de enero de 1966 y, en su lugar.

Resuelve:

1º. Declárase que Manuel Alfredo Ruiz R. es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a Juan Antonio Lora R. por la mora en la entrega de la finca Boca de Monte, vendida por aquél a éste mediante escritura pública Nº 1356 del 16 de diciembre de 1959 otorgada en la Notaría de Pacho.

2º. Condénase a Manuel Alfredo Ruiz R. a pagarle a Juan Antonio Lora R. a título de lucro cesante sufrido por éste con motivo de la demora en la entrega de la finca desde el 16 de diciembre de 1959 hasta el 10 de noviembre de 1961, la suma que resulte de la liquidación de este perjuicio mediante los trámites señalados en el artículo 553 del C. Judicial sobre las bases consignadas en la parte motiva de este fallo y dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la providencia que le ponga fin al referido incidente de liquidación.

3º Absuélvase al demandado de las restantes súplicas de la demanda principal.

4º. Absuélvase al actor de los pedimentos de la demanda de reconvención formulada en el presente juicio.

5º. Ordénase cancelar el registro de dicha demanda de reconvención.

6º. Las costas de la primera instancia son de cargo del demandado, como también lo son en un 60% las del segundo grado. Sin costas en el recurso extraordinario.

Notifíquese, cópiese, publíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

El vendedor que retiene el objeto vendido no es poseedor, sino simple tenedor.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, doce de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta Nº 34 de 5 de mayo de 1970).

María Jesús García demandó en juicio ordinario a Julio Hernández Olarte, Isabel Hernández Olarte y Blanca Gutiérrez de Hernández, los dos primeros en su condición de herederos de Jorge Hernández Olarte y la última en la de cónyuge sobreviviente de éste, para que se declarara a la citada demandante dueña absoluta de un inmueble constante de lote de terreno y casa de habitación, marcada la casa con el número 24-28 de la calle 8ª de esta ciudad de Bogotá, barrio de "San Victorino", y comprendido todo el inmueble por los linderos indicados en la demanda.

El Litigio.

La causa petendi se hizo consistir en que la actora María Jesús García de Hernández ha estado en posesión pacífica, continua y pública del inmueble en referencia durante más de veinte años, ejerciendo sobre él actos propios de señora y dueña de aquellos a que solo da derecho el dominio, pues ha habitado en él con su familia, ha pagado durante ese tiempo el impuesto predial, y lo ha conservado con reparaciones locativas y necesarias; y mejorado con obras nuevas, todo a su exclusiva costa.

La demanda fue posteriormente adicionada en el sentido de que "el causante de la sucesión demandada, señor Jorge Hernández Olarte, adquirió el inmueble de cuya usucapión se trata, en virtud de la escritura pública número 3299 de 20 de octubre de 1950, de la Notaría 3ª de Bogotá, debidamente registrada el 30 de los mismos mes y año".

Notificada la demanda a los demandados, solo fue contestada por Blanca Gutiérrez de Hernández, quien dijo oponerse a lo pedido, poniendo de presente que el demandado Julio Hernández Olarte es esposo de la actora, y que la demanda "es un paso más en el camino tortuoso que se ha seguido para impedir que mi representada entre a disfrutar de los gananciales que le fueron señalados en la sucesión de su esposo, señor Jorge Hernández Olarte".

Además de los hechos de la demanda y la respuesta que se dejan extractados, en el juicio se acreditaron los siguientes tenidos en cuenta en las sentencias de instancia:

a) Que por escritura pública 1.300 de 11 de mayo de 1943, de la Notaría 2ª de Bogotá, la actora adquirió de Rosa Ruiz de Ríos el inmueble objeto del presente juicio; y,

b) Que por escritura pública 1.870 de 4 de julio de 1949, de la Notaría 3ª de Bogotá, debidamente registrada el 14 de los mismos, la misma actora enajenó el aludido inmueble, a título de venta, a "Compañía Técnica de Parcelaciones Ltda.", pero sin que hubiera tenido lugar la entrega material de lo vendido.

Como ya se dijo atrás, el causante Jorge Hernández Olarte adquirió el referido in-

mueble mediante la escritura 3.299 de 20 de octubre de 1950, de la Notaría 3ª de Bogotá, escritura en la cual figura como vendedora la citada "Compañía Técnica de Parcelaciones Ltda.".

Finalizó la primera instancia del juicio con sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en la cual se negaron las súplicas de la demanda y se absolvió en consecuencia a los demandados. Apelada dicha sentencia por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en todas sus partes mediante la suya de 11 de julio de 1967.

Contra esta última interpuso la parte actora el recurso de casación que ahora se decide.

La Sentencia del Tribunal.

En la providencia acusada empieza el sentenciador, luego de relacionar los antecedentes del litigio, por hacer una serie de consideraciones teóricas en torno a la prescripción adquisitiva y a sus elementos, deteniéndose especialmente en el factor posesión para distinguirlo de la mera tenencia; contempla separadamente la prescripción adquisitiva ordinaria y la extraordinaria, y transcribe varias sentencias de la Corte conforme a las cuales la posesión que conduce a la usucapión es la material.

Más detenidamente examina después el concepto de la mera tenencia, y dice que "son múltiples los posibles títulos de tenencia; así quien otorga un título traslaticio de dominio, cualquiera que sea, seguido de la correspondiente tradición, y no hace entrega material de la cosa, sino que la conserva en su poder, pierde la posesión inscrita y material que tenía, pues se transforma automáticamente en mero tenedor. Su nueva situación jurídica implica la obligación de entregar al adquiriente y, por lo tanto, renuncia su pretérito ánimo de señor o dueño. Es esta la situación de quien habiendo celebrado un contrato de venta de un inmueble mediante escritura pública debidamente registrada, transfiere al comprador el dominio y posesión que tenía, pero no obstante se abstiene de hacer entrega material del bien raíz".

Manifiesta más adelante que conforme a los artículos 2.512 y 2.518 del C. C. la tenencia está excluída como medio para llegar a la prescripción, pero que el artículo 2.531, regla 3ª, admite la interversión del título en las condiciones allí señaladas. "En conclusión —agrega— cuando medie o exista un título de mera tenencia, el usucapiente, para alcanzar la prescripción extraordinaria, tiene que intervertir su título en la forma explicada; mantenerse en poder del bien durante el lapso necesario para que la prescripción extraordinaria se consume, o sean 20 años, que se empezarán a contar desde que ocurre el fenómeno constitutivo de la interversión, y demostrar que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción".

Pasa en seguida a examinar el caso concreto de autos, a la luz de la prueba, y se refiere en primer lugar al recibo según el cual la actora pagó al Fondo Rotatorio de Valorización del Distrito Especial de Bogotá el valor de "un gravamen impuesto al inmueble", y dice que ese pago podía ser hecho por cualquier persona, y no es por lo tanto signo de posesión material. Comenta luego las declaraciones testimoniales de Gabriel Reyes Rodríguez, José Joaquín González Rebollo, Jorge Montealegre y Gabriel Reyes, quienes depusieron "sin precisar las razones de sus dichos, sobre la afirmada posesión del inmueble", expresa textualmente el Tribunal, y los descalifica uno a uno por defectos que les descubre, así: el del testigo Gabriel Reyes Rodríguez, por no ser explícito; el del testigo González Rebollo, por incurrir en contradicciones y ser vago e impreciso; el del testigo Montealegre, por sospechoso en razón de amistad íntima con la actora; y el del testigo Gabriel Reyes, por serlo de oídas.

Considera enseguida que en autos está demostrado que la actora y el demandado Julio Hernández Olarte son cónyuges entre sí, y que al último se le adjudicó en la sucesión de Jorge Hernández Olarte una cuota en el inmueble objeto de la demanda. De lo cual deduce el Tribunal "que la ocupación de la señora demandante se hizo posi-

ble por la razón de dicha adjudicación de parte del inmueble al demandado, por la circunstancia prevista en el artículo 178 del C. C., en virtud del cual "el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirlo a donde quiera que traslade su residencia".

Expresa adelante: "Por último, no puede considerarse a la demandante como poseedora porque, como ya se dijo, cuando se le presentó la oportunidad de ejercitar su ánimo de señora y dueña no lo hizo. En efecto: en la diligencia de secuestro practicada en el juicio de sucesión del señor Jorge Hernández, la ocupante y esposa del demandado no hizo ninguna manifestación de dominio como era lo lógico y natural. Asumió simplemente una posición pasiva, propia de una tenedora o de una cónyuge sometida a la residencia de su marido".

Entrando en el desarrollo de una motivación diversa a la que se deja sintetizada, pasa el sentenciador a expresar que en autos obra la escritura 1.300 de 11 de mayo de 1943, de la Notaría 2ª de Bogotá, por la cual la actora adquirió de Rosa Ruiz de Rios el inmueble de cuya prescripción se trata, y que "la fecha de tal escritura concuerda aproximadamente con la afirmada por los testigos como punto de partida de la ocupación por la demandante del inmueble objeto de la acción". Empero, dice, en autos también obra la escritura 1.870, debidamente registrada el 14 de los mismos, por la cual la actora transfirió a la sociedad "Compañía Técnica de Parcelaciones, Ltda." el inmueble que había adquirido mediante la escritura 1.300 citada. Y comentando esos hechos, dice: "A partir de la fecha en que fue otorgada la escritura citada número 1.870, la demandante perdió la posesión que junto con el dominio había adquirido anteriormente, y si omitió hacer entrega material de la casa, se convirtió de poseedora en mera tenedora, y en tal condición siguió habitándola. En estas circunstancias, existe en su contra un título de mera tenencia, en el sentido anteriormente explicado. Por consiguiente, el lapso de prescripción extraordinaria solo puede empezarse a contar a partir de dicha fecha, con el resultado de que aún no se ha consumado, ya que entre el 14 de julio de 1949, fecha de la presentación de la demanda de pertenencia, solo median catorce años y algunos meses".

Termina el Tribunal sintetizando la motivación de su fallo así: "Por tanto, la acción debe ser desechada por no estar acreditada la posesión y por la razón de oportunidad últimamente observada".

La Demanda de Casación.

Dos cargos se formulan en ella contra la sentencia del Tribunal, ambos por la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, es a saber:

Primer cargo. La sentencia "es violatoria del artículo 2.531 del C. C., por aplicación indebida de esa norma, referente a la regla tercera (3ª) sobre la existencia de un título de mera tenencia, que hace presumir la mala fe, y no da lugar a la prescripción", a menos de concurrir las circunstancias que dicha regla indica.

En sustentación del cargo, empieza por decir el recurente, fundándose en cita de una doctrina de la Corte, que "siendo así que el vendedor debe poner al comprador en posesión tranquila y pacífica de la cosa, no hay duda de que mientras no entregue materialmente, no podría iniciarse esa posesión, y de que no basta inscribir el instrumento de venta, sino que es indispensable complementar la transferencia del derecho, que es poder jurídico, con la posesión, que es poder de hecho". Tesis ésta que el recurrente estima desatendida en la sentencia acusada, cuando en ella se sostiene que el vendedor que conserva materialmente en su poder el inmueble vendido, pero del cual ha hecho tradición mediante el registro, que es el caso concreto de autos, se convierte en mero tenedor, y que por lo mismo la posibilidad de que llegue a adquirir por prescripción extraordinaria lo vendido apenas puede presentarse desde la fecha del registro de la escritura, posibilidad que entonces aquí solo se presentó a partir del 14 de julio de 1949, que fue cuando se registró la escritura 1.870 de 4 del mismo mes por la cual la actora dijo vender el inmueble objeto de la acción de pertenencia.

Comentando este modo de pensar del Tribunal dice el recurrente que se echó en olvido que en Colombia no hay más que una sola posesión, la material, que prevalece sobre la inscrita, meramente simbólica, afirmaciones que sustenta citando la opinión al respecto del profesor José J. Gómez, para rematar luego la formulación del cargo expresando: "El desacierto del H. Tribunal de Bogotá, al considerar como mero tenedor al que vende un bien inmueble sin que haya hecho entrega material de él, sin que se haya iniciado la posesión pacífica ni mucho menos útil del comprador; y al darle prelación al mero símbolo de la inscripción del título sobre la posesión material, la única y verdadera posesión, la única que cumple un fin social y económico, implicó la violación del artículo 2.531 del Código Civil, al aplicarlo indebidamente al caso del pleito y dejó por lo tanto de contar la posesión de mi mandante desde el 11 de mayo de 1943 hasta el 16 de abril de 1964, en que se cumplían más de 20 años de posesión irregular de mi mandante judicial, sobre el inmueble de cuya usucapión se trata, lo cual es motivo suficiente para casar la sentencia recurrida".

Se Considera:

a) Que de conformidad con los artículos 1.849 y 1.880 del C. C., el perfeccionamiento del contrato de compraventa genera para el vendedor la obligación de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida;

b) Que según los Arts. 740, 742 y 743 del mismo Código, la tradición supone como requisito esencial la voluntad del tradente de transferir el dominio de la cosa objeto de aquella, y la del accipiens de adquirirla;

c) Que de la combinación de los principios que quedan recordados, se desprende que si se vende un bien raíz y se cumple la tradición de lo vendido mediante el registro de la escritura respectiva, el vendedor necesariamente está reconociendo con ello que el dominio del inmueble ha dejado de estar radicado en su cabeza, que el comprador ha pasado a ser el dueño del mismo, y consecuencialmente que su condición de poseedor de ese bien ha cesado, así lo conserve materialmente en su poder. Es decir, por lo que a esto último respecta, que los elementos de la posesión, o sean el corpus y el ánimus, dejen de estar reunidos en cabeza del vendedor. De donde viene a resultar que si el vendedor conserva materialmente la cosa en su poder, lo hace en lugar y a nombre del comprador, cuyo dominio obviamente ha reconocido al transferírselo, asumiendo por consiguiente frente a la cosa la posición de un mero tenedor (Arts. 762 y 775 del C. C.);

d) Que teniendo en cuenta todo lo anterior, constituye jurídicamente una contradicción afirmar, como se sostiene en el cargo que se despacha, que en las circunstancias examinadas, y por el mero hecho de que, no obstante estar consumada la tradición, el vendedor conserve materialmente el inmueble en su poder, éste último continúa con la calidad que ya traía de poseedor material de ese inmueble, pues no es concebible que pueda una persona ejecutar un acto con la intención de transferir el dominio de una cosa, como es la tradición, y al mismo tiempo mantener su voluntad de señorío sobre esa misma cosa, su ánimo de señor y dueño sobre ella;

e) Que, por lo tanto, quedando extinguida la posesión que tenía el vendedor, solo en virtud de la operancia de hechos nuevos puede ese vendedor volver a ser poseedor de la cosa por él vendida y tradida, verbigracia, por la interversión del título. Pero es claro que si así sucede, su nueva posesión será distinta de la que tuvo antes de enajenar el bien; y que si la nueva posesión deriva de una interversión del título, la falta de un eslabón jurídico que la ligue a la anterior hará imposible su acumulación para efectos de configurar con el conjunto una prescripción adquisitiva. Mediando interversión del título, es también claro que la posesión irregular que así se adquiera podrá llegar a consolidar una prescripción adquisitiva extraordinaria, siempre y cuando que se satisfagan las exigencias contempladas por las reglas 1ª y 2ª del numeral 3º del artículo 2.531 del C. Civil;

f) Que lo que se deja expuesto es tanto

más cierto cuanto que aceptar lo contrario conduciría a admitir el absurdo de que la posesión anterior del vendedor, primer obligado a no perturbar al comprador, pudiera ser utilizada por aquél para fundar en ellas una pretensión adquisitiva por prescripción contra éste. Y aún más, sería admitir el absurdo de que la posesión anterior del vendedor verdadero dueño, irrelevante por ello para efectos de la usucapión dado que nadie puede adquirir el dominio de lo que ya le pertenece (quod meum est amplius meum fieri non potest), pudiera, después de perdida por enajenación de la cosa, hacerse relevante para ese mismo fin;

g) Que a la luz de los postulados anteriores, en el caso de autos no incurrió el sentenciador de segunda instancia en el error jurídico que el cargo le endilga, pues con toda lógica dedujo que si la demandante vendió e hizo tradición del inmueble objeto de su pretensión prescriptiva, dejó de ser poseedora; y que si conservó el bien en su poder, no obstante haberlo enajenado, la posesión ahora invocada no pudo proceder sino de una interversión del título, posesión ésta que habida consideración a la fecha en que se hizo la tradición del inmueble, y a la fecha en que se presentó la demanda de pertenencia, no pudo tener la duración indispensable para consolidar una prescripción adquisitiva extraordinaria. Como se ve, esta motivación del Tribunal está desarrollada dentro de los razonamientos atrás expuestos, y no es jurídicamente reprochable.

Sin que sobre advertir al recurrente que la aludida motivación del Tribunal fue totalmente extraña a cualquier cuestión relativa a la posesión inscrita por otra persona del inmueble en referencia. Y así tenía que ser, pues en la acción de pertenencia solo tiene que ver la posesión material del prescribiente, la cual, si existe en las condiciones en que la ley la toma en cuenta para ese efecto, por fuerza de su propia virtud se impone sobre cualquiera otra forma de posesión contemplada por la ley, en particular sobre la meramente formal derivada del registro. Por consiguiente, el cargo en examen se plantea fuera de la argumentación de la sentencia, cayendo por ese aspecto en el vacío, cuando se hace consistir en que el Tribunal hizo prevalecer una posesión inscrita sobre la material de la demandante.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Se formula por violación de los artículos 630 y 637 del C. J., y 1759 del Código Civil, en armonía con los artículos 645, 697, 698 y 721 del C. Judicial, violación a consecuencia de la cual se quebrantó indirectamente el artículo 2.531 del C. Civil, por aplicación indebida.

En el intento de sustentarlo el recurrente reitera lo dicho por él al fundamentar el primer cargo, o sea que el vendedor que no hace entrega de la cosa a su comprador sigue como poseedor del bien, así haya tenido tradición en favor del comprador. Que la escritura 1.300, de la Notaría 2ª de Bogotá, obrante en los autos, por la cual la demandante adquirió el inmueble objeto del juicio, hace plena fe conforme al artículo 1.759 del C. Civil y el 630 del C. J., y en ese instrumento se lee, en su cláusula quinta, y sin que se haya demostrado nada en contrario, que desde la fecha de su otorgamiento se hizo a la misma demandante entrega real y material del prenombrado inmueble; pero que el Tribunal de Bogotá, incurriendo en error de derecho, dijo en la sentencia acusada que siendo la demandante y el demandado Julio Hernández Olarte cónyuges entre sí, y habiéndosele adjudicado a éste último una cuota sobre el inmueble en cuestión en la partición de los bienes de la sucesión de Jorge Hernández Olarte, cabía inferir que la ocupación del inmueble por la demandante "se hizo posible por la razón de dicha adjudicación de parte del inmueble al demandado, por la circunstancia prevista en el artículo 168 del C. C., en virtud del cual el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirla a donde quiera que traslade su residencia".

Tesis que el recurso glosa diciendo que del hecho de que la mujer tenga que seguir el domicilio del marido (Art. 178 del C. C.), no puede deducirse que la actora solo hubiera adquirido la posesión desde cuando se le hizo al marido adjudicación

del inmueble, y no desde cuando conforme a la escritura citada empezó esa posesión. Por lo tanto, el Tribunal le desconoció mérito probatorio a la escritura 1.300, y "reconoció mérito al otro elemento probatorio que no lo tiene, lo cual constituye violación del Art. 2.531 del C. C., por aplicación indebida".

Agrega que el Tribunal violó también el artículo 697 del C. J., "al afirmar falsamente que los testigos Gabriel Reyes Rodríguez, José Joaquín González Rebollo, Jorge Montealegre y Gabriel Reyes, declaran sin afirmar las razones de su dicho, cuando es evidente y para ello basta leer sus declaraciones, que más de dos de ellos están acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, dando claras explicaciones de sus exposiciones, sobre la posesión material de mi poderdante desde la fecha indicada por el mismo Tribunal hasta el día en que ellos rindieron sus declaraciones".

Se refiere a continuación a "los recibos sobre compra de materiales", para decir que están tácitamente reconocidos conforme al Art. 645 de C. J.; que por lo tanto tienen el valor de escritura pública; y que a pesar de eso "el Tribunal omitió apreciarlos, violando el artículo 632 del mismo Código".

Alude luego a "la inspección ocular" para afirmar que ella demuestra la existencia de mejoras en el inmueble, y que "está debidamente fundamentada en lo referente al dictamen de los peritos; de lo cual concluye que "hacen plena prueba al tenor del artículo 721 del C. J., incurriendo de esta manera el Tribunal en estos dos últimos casos o sea en lo referente al artículo 632 y 721 del C. J., en error evidente de hecho al no apreciar estas pruebas o mejor al omitir su apreciación para poder llegar a la resolución final en la parte pertinente del fallo".

Se Considera:

I - Lo resuelto por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia encuentra en la parte motiva de la misma fundamentación de dos órdenes de razones independientes entre sí, cada uno bastante por sí solo para soportar el peso de aquella resolución: de un lado, en que la demandante no demostró haber poseído el inmueble cuya adquisición por el modo de la prescripción pretende; y, de otro, en que si lo poseyó, no pudo ser sino a partir de fecha que hacía cronológicamente imposible que para el día en que se presentó la demanda hubiera ocurrido un tiempo de posesión suficiente para configurar una prescripción adquisitiva extraordinaria.

El segundo de los dos órdenes de razones mencionados los atacó la parte recurrente en casación mediante el primero de los cargos por ella formulado, ya examinado atrás con el resultado negativo de que se dio cuenta. El otro orden de razones es el que se combate con el segundo cargo que ahora se trata de examinar. Pero bien se comprende que cualquiera que sea la suerte de este segundo cargo, o mejor aún, suponiendo inclusive que él estuviera fundado, de todas maneras la sentencia del Tribunal habría de ser mantenida, pues lo en ella resuelto quedaría suficientemente cimentado en el razonamiento que la primera censura no logró desvirtuar.

No obstante lo anterior, que sería motivo adecuado para desechar el cargo, conviene hacer las siguientes consideraciones relativas a la inobservancia de exigencias técnicas en la formulación de la acusación que conducirían a aquel mismo resultado.

En efecto:

a) Como el cargo está enderezado a demostrar que la actora sí acreditó posesión en las condiciones que el Art. 2.531 del C. C. requiere para que se pueda ganar por prescripción adquisitiva extraordinaria el dominio de un bien, y es la declaración de que tal adquisición se ha producido en el caso de autos lo que con el recurso de casación que ahora se resuelve busca la parte recurrente, la violación indirecta de aquel precepto no sería por aplicación indebida, como se propone en el cargo en estudio, es decir, no podría consistir en que el Tribunal aplicó esa norma a la situación fáctica establecida en el proceso, no siendo la pertinente; sino que consistiría en todo lo contrario: en haber dejado de aplicarla a situación de hecho que caía precisamente bajo ese precepto.

b) Independientemente de que el Tribunal los hubiera o no cometido, no serían de derecho, como el cargo los presenta, sino de hecho, los errores que se le atribuyen al Tribunal en la apreciación de la cláusula 5ª de la escritura 1.300 de 11 de mayo de 1943, de la partida de matrimonio entre la demandante y el demandado, y de la adjudicación que a éste último se le hizo en el juicio de sucesión de Jorge Hernández Olarte. Pues no es error de derecho, sino de hecho, dejar de advertir la presencia en autos de la prueba de una determinada circunstancia transcendente; ni encaja tampoco dentro del concepto del error de derecho, sino del de hecho, atribuirle al fallador el yerro de haber inferido de un determinado hecho, otro hecho que no se estime susceptible de deducirse del primero;

c) Tampoco sería constitutivo de error de derecho, sino de hecho, el que se cometiera por un fallador al afirmar que unas declaraciones testimoniales no contienen la razón de su dicho. Ni a propóstio de lo mismo puede tenerse como sustentado un cargo por error en la apreciación de la prueba, cuando el recurrente en casación se limita simplemente a afirmar que determinados testigos sí expresaron cabalmente la razón de sus respectivos dichos, sin entrar en la tarea de analizar los testimonios y demostrar que efectivamente aquellos dieron la razón de lo que afirmaron. Defectos de técnica los observados en el presente literal, que se advierten en el cargo en examen en cuanto en él se critica la apreciación que el Tribunal le dio a las declaraciones de los testigos que cita; y,

d) En cuanto el cargo se refiere a unos documentos sobre compra de materiales, y a una inspección ocular combinada con peritazgo, el error de hecho que respecto a tales pruebas se le imputa al Tribunal se hace consistir exclusivamente en no haber apreciado esos medios probatorios, lo cual no es de recibo, pues el error de hecho en casación no se estructura meramente porque se pase por alto un determinado instrumento de prueba, sino que es necesario además que por el recurrente se demuestre que tales instrumentos probatorios acrediten hechos de que resulte manifiesta contraevidencia en el fallo acusado.

En conclusión, este segundo cargo tampoco prospera.

Por lo dicho y expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de segunda instancia de fecha once (11) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de pertenencia promovido por María de Jesús García de Hernández contra Julio Hernández Olarte y otros, como sucesores del señor Jorge Hernández Olarte.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

El error de hecho debe ser ostensible y no ser admisible lógicamente la interpretación dada por el fallador.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 39 de mayo 15 de 1970)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que, el 16 de febrero de 1967, profirió el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Marta dentro del juicio ordinario que promovió Pedro Segrera Salamanca contra Pedro Segrera Heral.

El Litigio.

En libelo calendado el 6 de mayo de 1963 y presentado ante el Juzgado único civil del circuito de Santa Marta, Pedro Segrera Salamanca citó a juicio a su padre Pedro Segrera Heral para que se declarara la rescisión, por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura Nº 349, corrida el 19 de julio de 1961 ante el Notario 1º del Circuito de Santa Marta, que dice relación a la venta que el primero hizo al segundo del derecho de mitad que tenía sobre un solar y el edificio en él levantado, sito en la calle de Cangrejal (calle 11) con la Avenida Campo Serrano (carrera 5ª) del área urbana del municipio de Santa Marta y cuyos linderos están puntualizados en la demanda. Pidió también el accionante se ordenara la cancelación de la respectiva inscripción en la oficina de registro de I.I.P.P.; el señalamiento de un término prudencial, no mayor de 10 días, dentro del cual el demandado debe manifestar "si opta por el pago del precio que señalen peritos, con deducción de un 10%; y la condenación en costas.

La causa petendi está constituída por los siguientes tres hechos fundamentales:

1º) Que Pedro Segrera Salamanca vendió a Pedro Segrera Heral, como consta en la escritura número 349 antes citada, la mitad del inmueble singularizado en la parte petitoria.

2º) Que el precio fue la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.oo).

3º) Que esta cantidad es inferior a la mitad del justo precio del inmueble vendido.

El demandado, respondiendo el libelo, acepta el hecho primero y rechaza los dos restantes afirmando que, en verdad, en la escritura apuntada figura como precio de venta la suma de cinco mil pesos ($ 5.000. oo), pero que realmente el vendedor ha recibido la suma de ciento cuarenta y siete mil seiscientos quince pesos con setenta y nueve centavos ($ 147.615.79), por los siguientes conceptos: $ 65.000,00 por cánones de arrendamiento correspondientes a su derecho de mitad en el inmueble que el demandante ocupó en el período comprendido de mayo de 1954 a octubre de 1959; $ 39.000.00 por cuota de mitad de la renta del inmueble común que el demandante de acuerdo con él, dio a título de arrendamiento a la sociedad que gira bajo la razón social de Matco Ltda., desde el 1º de noviembre de 1959 hasta el 30 de diciembre de 1961, cánones de arrendamiento que íntegramente recibió el actor; $ 37.615.79 que el demandante debía al Banco Ganadero, sucursal

de Santa Marta, y que pagó por aquél y $ 5.000.00 que recibió cuando se otorgó la escritura de compraventa citada arriba.

En el mismo escrito de respuesta propuso la excepción de compensación.

Separadamente, en la demanda de mutua petición, contrademandó a Pedro Segrera Salamanca, para que sea condenado a pagarle:

1º) La cantidad de $ 65.000.00 por cánones de arrendamiento por el lapso comprendido de mayo de 1954 a octubre de 1959, en que el contrademandado ocupó el inmueble allí singularizado, el mismo que es materia de la demanda principal.

2) La cantidad de $ 39.000.00, valor de la mitad de los cánones de arrendamiento que, por el goce del inmueble antes dicho, pagó al contrademandado la sociedad Matco Ltda., por el período comprendido del 1º de noviembre de 1959 al 30 de diciembre de 1961.

3º) La cantidad de $ 37.615.79 que pagó al Banco Ganadero, sucursal de Santa Marta, para cancelar la obligación contraída solidariamente por el contrademandado Pedro Segrera Salamanca, Ricardo González y Francisco Díaz.

La causa petendi de la reconvención, está constituída por los siguientes hechos:

1º) Que a partir del registro de la escritura Nº 278 de 10 de agosto de 1950 de la notaría segunda de Santa Marta, el dominio del inmueble singularizado en la demanda principal, correspondía, por mitad, a las partes de este juicio; pero que antes de esa fecha, el lote de terreno era del contrademandante y la edificación del contrademandado.

2º) Que, a partir de mayo de 1950 (sic), y durante 65 meses, Pedro Segrera Heral dio, a título de arrendamiento, a Pedro Segrera Salamanca el derecho de mitad que tenía en el inmueble apuntado, y que éste nunca pagó los cánones de arrendamiento que por aquel lapso, valen la suma de $ 65.000.00.

3º) Que Pedro Segrera Salamanca se ha negado a entregar al reconveniente la suma de $ 39.000.00 que, por concepto de la mitad de los cánones de arrendamiento del mismo inmueble y por el período comprendido del 1º de noviembre de 1959 al 30 de diciembre de 1961, pagó a aquél la sociedad que fue arrendataria, Matco Ltda.

4º) Que el reconveniente, el 14 de diciembre de 1961, pagó por el reconvenido, al Banco Ganadero de Santa Marta, la cantidad de $ 37.615.79 por una obligación que el segundo había asumido como deudor principal.

5º) Que el vendedor demandante recibió la suma de $ 5.000.00 como parte del precio de la venta cuya rescisión se ha pedido.

6º) Que como consecuencia de lo anterior, Pedro Segrera Salamanca le debe $ 152.615.79.

A cada uno de estos seis hechos contestó el reconvenido diciendo, lacónicamente, que deben probarse.

El juzgado promiscuo del circuito de Santa Marta, con sentencia de 20 de junio de 1966 desató la primera instancia, declarando:

1º) La rescisión solicitada.

2º) La cancelación del registro de la escritura contentiva de la compraventa rescindida.

Para el caso de que el demandado Pedro Segrera Heral opte por la rescisión del contrato, dispuso:

3º) Condenarlo a lo siguiente: a) a entregar al demandante, tres días después de la ejecutoria de la sentencia y libre de gravámenes y trabas al dominio, la mitad del inmueble allí singularidado, y b) a entregar al mismo los frutos civiles de la mitad del edificio.

Para el evento de que el demandado opte por la subsistencia del contrato, resolvió:

4º) Condenarlo a lo siguiente: a) a pagar al demandante, "seis días después de notificada esta sentencia", la suma de $ 107.033 y b) a pagar los intereses legales desde la contestación de la demanda.

Además ordenó:

5º) Condenar en costas al demandado.

6º) Que Pedro Segrera Salamanca pague a Pedro Segrera Heral la suma de $ 17.800 "por concepto de arriendos causados y no solutos".

7º) Que Pedro Segrera Salamanca pague a Pedro Segrera Heral "los intereses legales, liquidados de acuerdo con las fechas en que debió pagarse cada mensualidad".

8º) Que Pedro Segrera Heral pague a Pedro Segrera Salamanca "las costas que éste haya tenido que hacer por razón de lo pedido con exceso en la demanda de reconvención".

La sentencia fue apelada por ambas partes y el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Marta cerró la segunda instancia con sentencia de 16 de febrero de 1967 en la que resolvió:

"Primero. Modifícase el literal a) del numeral 4º, en el sentido de disminuir la suma que allí se expresa a la cantidad de ciento dos mil quinientos treinta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 102.532.50) M/L.

"Segundo. Modifícase el numeral 6º, en el sentido de disminuir la cantidad que en él aparece anotada a la suma de doce mil ochocientos pesos ($ 12.800) M/L.

"Tercero. Condénase al contrademandado Pedro Segrera Salamanca a pagar a Pedro Segrera Heral las siguientes cantidades:

"a) Treinta y nueve mil pesos ($ 39.000) M/L. por concepto de la mitad de la renta producida por el edificio de que se habla en la demanda y que fue pagada por la sociedad Matco Ltda.;

"b) Treinta y siete mil seiscientos quince pesos con setenta y nueve centavos ($ 37.615.79) M/L., valor de la obligación que fue cancelada por el contrademandante Pedro Segrera Heral al Banco Ganadero de esta ciudad; y

"c) Los intereses legales de las anteriores cantidades, desde cuando se hicieron exigibles hasta cuando el pago se realice.

"Cuarto. Revócase el numeral 8º y en su lugar, condénase a Pedro Segrera Salamanca a pagar las costas ocasionadas en el proceso con motivo de la demanda de reconvención.

"Quinto. Confírmase la sentencia en mención en sus restantes partes".

Fundamentos de la Sentencia del Tribunal

Después de historiar los hechos fundamentales de la demanda principal y los de la de mutua petición y luego de indicar las peticiones del demandante y las del reconveniente y cómo fueron resueltas por el Juez de primer grado, hace el Tribunal breve análisis de la lesión enorme, para concluir que, en el caso sub judice, la sufrió el vendedor, pues "resulta claramente que recibió menos de la mitad del justo precio del inmueble", mitad que los peritos avaluaron en la suma de $ 118.925.oo y por la que el comprador solo pagó $ 5.000.

Agrega el Tribunal que se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto, pues la diferencia real entre el precio que pagó el comprador y "el valor del bien, con deducción de una décima parte, es la cantidad de $ 102.532.50 y no la de $ 107.033.oo como se expresa en el literal a) del numeral cuarto".

Tras hacer un análisis de la excepción de compensación propuesta por el demandado, concluye que, por no ser actualmente exigibles las deudas del demandante en favor del demandado, no puede reconocerse aquella.

En cuanto a las súplicas levantadas en la demanda de mutua petición expone el sentenciador que el reconvenido Pedro Segre-

ra Salamanca, como aparece de su confesión en posiciones, fue arrendatario del reconveniente en el inmueble a que se ha hecho referencia, por el lapso comprendido del mes de mayo de 1954 a octubre de 1959, con un canon mensual de $ 200. Que en la demanda de mutua petición se afirmó que el contrademandado sólo había pagado los cánones correspondientes a los tres primeros meses y que adeudaba los demás, lo que constituye "afirmación de un hecho indefinidamente negativo que ocasiona la inversión de la carga de la prueba (Art. 595 C. J.)"; que, "corespondía, entonces, al contrademandado acreditar el hecho positivo contrario, es decir, el pago"; que, como no lo hizo así, se concluye que debe las mensualidades de agosto de 1954 a octubre de 1959, por un valor total de $ 12.800 y no de $ 17.800 como lo dijo el Juez de primer grado.

Que, también por confesión, aparece plenamente probado que el reconvenido Padro Segrera Salamanca "de común acuerdo con el señor Pedro Segrera Heral", dio a la sociedad Matco Ltda., a título de arrendamiento, desde el 1º de noviembre de 1959 hasta el 30 de diciembre de 1961 y con un canon mensual de tres mil pesos ($ 3.000), el inmueble de que se ha venido tratando; que estos hechos aparecen "igualmente comprobados" con la diligencia de inspección ocular que obra a fls. 8 vto. del cuaderno Nº 4, y "ratificados por la declaración rendida en esta segunda instancia (cuaderno Nº 6, folios 4 vto. y 5) por el señor Jorge Jiménez, representante legal de la antedicha sociedad"; que las aludidas probanzas demuestran que Segrera Salamanca recibió, por este concepto, la suma de $ 78.000.

Que es errada la interpretación que el fallador de instancia dio a la respuesta de la posición cuarta, cuando interpretó que al decir el confesante que "de común acuerdo" con el reconveniente había dado en arrendamiento el edificio a la sociedad Matco Ltda., debía entenderse como una autorización para subarrendar. Que las pruebas desvirtúan totalmente aquella interpretación y "predican todo lo contrario", pues, en posiciones, el contrademandado acepta que el subcontrato de arrendamiento con Pedro Segrera Heral terminó en octubre de 1959, y que el contrato con Matco Ltda. empezó el mes siguiente; que como cuando se celebró éste último contrato de arriendo, el edificio pertenecía por iguales partes, a los contratantes, la expresion comentada "de común acuerdo" sólo puede significar que Segrera Heral autorizó la celebración del contrato de arrendamiento en beneficio de ambos; que, es lógico, entonces, que los cánones se repartan por partes iguales entre ellos; que como Segrera Salamanca recibió la totalidad de esa renta, es justo condenarlo a pagar a Segrera Heral, su padre, la suma de $ 39.000, valor de la mitad.

Que de la inspección ocular al Banco Ganadero y de la "certificación" expedida por su gerente (fl. 6 y 9 de cuaderno Nº 6), no obstante que aquella es "confusa e imprecisa", dedúcese que el 14 de diciembre de 1961, Pedro Segrera Heral pagó al Banco Ganadero "una obligación a cargo de Pedro Segrera Salamanca por valor de $ 37.615.79" y que como no hay prueba de que éste hubiera hecho el reembolso, procede la condenación por este concepto y por los intereses correspondientes. Que, "de acuerdo con los medios probatorios examinados, Segrera Salamanca tenía la calidad de deudor principal ante el Banco, no siendo de recibo, por consiguiente, la alegación que hace su apoderado para concluir que los codeudores también deberían concurrir al pago de la expresada cantidad".

El Recurso de Casación.

Cuatro cargos enfila el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Marta, todos en el marco de la causal primera: los dos primeros, por manifiesto error de hecho; el tercero por error de derecho y el último por violación directa de la ley consistente en falta de aplicación.

Primer Cargo.

"Causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por evidente y manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, confesión del demandante Pedro Segrera Salamanca, declaración del señor Jorge Jiménez e inspección ocular practicada a las oficinas de Matco Ltda., Sucursal de Santa Marta, que determinó la violación de los artículos 1.973, 1.974, 1.982, 2.002, 2.004, 2.005, 2.006, 2.007, 2.008, 2.009 y 2.014 del Código Civil y artículos 1º y 2º del Decreto 1070 de mayo de 1956 (Ley 141 de diciembre 16 de 1961)".

Sustenta el cargo diciendo que la condena que fulminó el Tribunal a Pedro Segrera Salamanca al imponerle la obligación de pagar a su adversario la suma de $ 39.000,00 está fundada en un evidente error de hecho en "la apreciación de las pruebas aportadas al juicio, especialmente en las posiciones absueltas por el demandante Segrera Salamanca, ya que apreció incorrectamente la confesión, dándole un alcance contrario a los principios legales..."; pues de las respuestas dedujo la terminación del contrato de arrendamiento que las partes habían celebrado entre sí y la celebración de uno nuevo con la sociedad Matco Ltda. como arrendataria, a partir del 1º de noviembre de 1959; que cuando el demandante confesó haber ocupado, como arrendatario, el inmueble de mayo de 1954 a octubre de 1959, no estaba confesando que el arrendamiento había terminado en esta última fecha, pues no se le preguntó sobre la terminación del contrato, sino si había ocupado "en arriendo el edificio" hasta la citada fecha. Después de hacer largas consideraciones jurídicas sobre la terminación del contrato, concluye reafirmando el error de hecho que alega.

Dice que el mismo error de hecho cometió el Tribunal cuando interpretó la respuesta a la cuarta pregunta, como aceptación de que las partes como coarrendadoras habían celebrado un contrato nuevo de arrendamiento del edificio con Matco Ltda., siendo que "el demandante Segrera Salamanca no hizo otra cosa que pedir la autorización de su arrendador" para subarrendar el inmueble y que no de otra manera puede entenderse su respuesta al decir que "de común acuerdo con el contrademandante Segrera Heral dio en calidad de arrendamiento a la sociedad Matco Ltda., el citado edificio". Que la declaración de Jorge Jiménez, representante de la sociedad arrendataria, acredita la celebración del contrato de arrendamiento, "pero en ningún momento deja entrever que ese contrato lo hizo de común acuerdo con el arrendador Segrera Heral, como copropietario, a quien el mismo declarante desconoce para cualquier vinculación frente al contrato citado". Que la inspección ocular practicada a las oficinas de Matco Ltda. "fue erróneamente interpretada por el Tribunal, que le hizo producir un efecto diferente al propio contenido", pues no puede deducirse de ella que las partes hayan actuado como coarrendadores, sino que el contrato se celebró entre la firma apuntada y Pedro Segrera Salamanca. Que por tanto, y de modo indirecto, fueron violadas las normas que citó.

"Entonces, termina diciendo el recurrente, nos toca concluir frente al primer cargo: el contrato de arrendamiento celebrado verbalmente entre Pedro Segrera Heral, como arrendador, y Pedro Segrera Salamanca, no terminó el 31 de octubre de 1959, por cuanto no hay prueba alguna de su terminación, sino un error manifiesto y evidente del Tribunal de Santa Marta, en la apreciación de la confesión del demandante Segrera Salamanca, de la declaración del señor Jorge Jiménez, representante legal de la sociedad Matco Ltda., y de la inspección ocular practicada en las oficinas de dicha sociedad. Toda relación contractual siguiente al 31 de octubre de 1959, fue mantenida por el señor Segrera Salamanca, como arrendatario del inmueble, quien obtuvo de su arrendador Segrera Heral el consentimiento para subarrendar".

Consideraciones de la Corte.

El error de hecho para que sirva de fundamento a un ataque eficaz en el recurso extraordinario de casación, necesita aparecer de un modo manifiesto de los autos, como perentoriamente lo dice el inciso 2º del motivo 1º de casación en el texto del artículo 52 del Decreto 528 de 1964. Ese error

debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Cuando para demostralo es indispensable emplear complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no lo capta de primer golpe, entonces se está frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación.

Cuando un determinado suceso admite varias interpretaciones que no contrarían la evidencia del proceso, acoger una de ellas no constituye error evidente de facto.

Al demandante reconvenido se le preguntó: "¿Diga el absolvente si es cierto o no, que ocupó en arriendo el edificio a que me he referido en la posición anterior, habiendo establecido un bar denominado Bar Avenida, desde el mes de mayo de 1954 hasta octubre de 1959?" Y contestó: "sí es cierto". Luego se le preguntó: "¿Diga el absolvente si es cierto o no, que de común acuerdo con el señor Pedro Segrera Heral se le arrendó el edificio a que se refiere la primera petición a la firma Matco Ltda. desde el 1º de noviembre de 1959 hasta el 30 de diciembre de 1961, o sean, 26 meses, a razón de $ 3.000.oo mensuales? Y contestó: "Es cierto".

No riñe con la lógica la interpretación que el Tribunal sentenciador dio a esta confesión, y mucho menos constituye error que aparezca de modo manifiesto, inferir de esas respuestas que el contrato de arrendamiento, que primitivamente, celebraron entre sí demandante y demandado, terminó en el mes de octubre de 1959 y que en el mes de noviembre siguiente empezó un nuevo contrato en que la sociedad Matco Ltda. era arrendataria, y los dos copropietarios tomaron la calidad de arrendadores. Esto no entraña error de hecho ostensible, porque la única interpretación de aquella confesión no es como lo pretende el recurrente, la de que el demandante, como arrendatario, ocupó el inmueble hasta octubre de 1959, y que de allí en adelante lo subarrendó a la sociedad dicha con autorización de su arrendador Segrera Heral.

Síguese de lo anterior y del planteamiento contenido en el cargo, que el error de hecho denunciado, no es tal, sino que se trata de una personal interpretación que da el recurrente, diferente a la que diera el sentenciador.

No existiendo en la inteligencia de esta confesión error de facto que aparezca de modo manifiesto en los autos, bien podía fundarse el sentenciador en esa sola prueba para apuntalar su pronunciamiento. Siendo esto así es superfluo estudiar los ataques restantes de este cargo en relación con las otras dos pruebas citadas por el recurso.

El cargo primero, no prospera.

Segundo Cargo.

"Causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, al incurrir el Tribunal Superior de Santa Marta, en la sentencia recurrida, en evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas aportadas al juicio, especialmente en la inspección ocular practicada en los libros del Banco Ganadero, sucursal de Santa Marta y en la certificación expedida por el Gerente de la entidad bancaria, que determinó la violación de los artículos 1.568 y 1.579 del Código Civil".

Dice que el 16 de septiembre de 1966 el Gerente del Banco Ganadero expidió una certificación donde se afirma que el 14 de diciembre de 1961 Pedro Segrera Heral canceló una obligación asumida por "Pedro Segrera Salamanca como deudor principal y Ricardo González y Francisco Díaz, como deudores solidarios" por valor de $ 37.615. 79. Que tres días después, el 19 de los mismos, se practicó una inspección ocular al Banco citado", que no demostró que Pedro Segrera Heral fuera la persona que pagó los $ 37.615.79", pues en el acta de inspección ocular se consignó lo siguiente: "el señor juez, como los testigos actuarios no encontraron comprobantes donde conste directamente que Pedro Segrera Heral pagó la obligación de Pedro Segrera Salamanca".

Que la certificación expedida por el ge-

rente del citado banco está en contradicción con los datos de la inspección ocular, pues mientras en aquella "se dice que fue cancelado el crédito hipotecario por el señor Pedro Segrera Heral, el personal de la diligencia de inspección ocular no pudo sacar en conclusión que fuera esa persona".

Consideraciones de la Corte.

Notoria falla de técnica se observa en la formulación del ataque, pues el recurrente omitió indicar si la violación de la ley sustancial proviene de falta de aplicación o fue causada por aplicación indebida. De otro lado, no se puede hacer el enjuiciamiento de todas las pruebas en conjunto diciendo que el error de hecho se cometió "en la apreciación de las pruebas aportadas al juicio". Por ello, sólo se hará el examen de aquellas que fueron específicamente impugnadas.

La conclusión del Tribunal respecto a que Pedro Segrera Heral el 14 de diciembre de 1961 canceló una obligación asumida por Segrera Salamanca con el Banco Ganadero, tiene dos soportes: la inspección ocular y la certificación que expidió el gerente de dicha entidad. En ningún pasaje de la sentencia dijo el Tribunal que la sola inspección ocular le permitía inferir que el demandado y reconveniente Segrera Heral hizo el pago; esta inferencia tiene un doble apoyo.

Ahora bien, no se comete un error de hecho evidente en deducir del certificado que expidió el gerente del Banco, que el pago de la obligación dicha lo hizo Pedro Segrera Heral, ya que precisamente eso es lo que el certificado dice. No hay, por tanto, error en la inteligencia de lo que ese documento expresa. Cosa distinta es que ese certificado sí conlleve virtud de probar los sucesos a que hace referencia. Pero como la apreciación del certificado no fue impugnada por error de derecho, sino de hecho, la Corte dentro de su campo limitado de acción, no puede entrar al estudio de ese segundo aspecto. El ataque contra esa certificación no se dirigió por habérsele dado un valor persuasivo de que carece; sólo se le impugnó por error de hecho y, además, con el desacierto de no haberse puntualizado en qué consistía aquél. No basta enunciar un error, es necesario que él aparezca de modo manifiesto en los autos, que se exprese en qué consiste y, determinar la prueba de donde emerge.

Aún en el evento de que prosperara la alegación por error de hecho en la interpretación de la diligencia de inspección ocular, como el Tribunal se apoyó en un doble soporte, uno de los cuales quedó incólume, el ataque tampoco sería eficaz.

Despréndese de lo anterior, que el cargo no prospera.

Tercer Cargo.

"Causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, al incurrir el Tribunal Superior de Santa Marta, en la sentencia recurrida, en manifiesto error de derecho en la apreciación de la inspección ocular realizada en la oficina del Banco Ganadero de Santa Marta y en el certificado expedido por el gerente de dicha entidad bancaria, que determinó la violación de los artículos 1.568 y 1.579 del Código Civil".

Dice el recurrente que el error de derecho consiste en que el Tribunal dio "valor probatorio pleno a dichas pruebas"; que el artículo 730 del C. J. otorga al acta de inspección ocular valor de plena prueba pero respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; que durante la inspección, el Secretario del Banco, contestando a una pregunta que le hizo el señor juez, respondió: "que de acuerdo con los libros y comprobantes del día 14 de diciembre de 1961 se saca en conclusión que el préstamo hipotecario, ese mismo día, del señor Segrera Heral, fue aplicado a deudores varios a cargo de Pedro Segrera Salamanca"; que el Tribunal dio valor de plena prueba "no a lo visto por el juez, o a lo observado por éste, sino a lo que respondió el secretario del Banco"; que esto constituye error de derecho por cuanto el Art. 696 del C. J. no da valor de plena prueba a una simple declaración, que sólo constituye presunción más o menos atendible.

El impugnante concluye así su ataque: "Al deducir los efectos probatorios plenos a la inspección ocular, pero particularmente a la declaración del secretario del Banco Ganadero, el Tribunal infringió los artículos 1.568 y 1.579, por cuanto hizo desaparecer el carácter solidario de la obligación contraída no solo por las partes contrincantes en este juicio, sino además por los señores González y Díaz R. Particularmente el artículo 1.579, que prevé la manera de hacerse efectivo el pago a los deudores solidarios restantes, cuando uno de ellos es quien cubre el crédito, a prorrata de la cuota que tenga en la deuda".

La Corte Considera:

Se observa que el recurrente omitió decir en qué consiste el error de derecho en la apreciación del certificado del gerente del Banco Ganadero. Además, quedó visto que el Tribunal no solo tuvo en cuenta el acta de inspección ocular, para determinar a cargo de Pedro Segrera Salamanca la obligación de reembolsar a Pedro Segrera Heral los $ 37.615.79 que por él pagó al Banco Ganadero el 14 de diciembre de 1961, sino que especialmente se apoyó en la certificación que sobre ese respecto expidió el gerente del citado banco.

Dos son las pruebas soportes de la sentencia en este punto: la diligencia de inspección ocular y el certificado del gerente.

El recurso limitó el desarrolo de su impugnación a atacar la apreciación que hizo el sentenciador de la inspección ocular y de la declaración que, durante ella, rindió el secretario del Banco. Omitió impugnar la apreciación que el Tribunal diera a la certificación del gerente de esta entidad. No dijo en qué consiste el error de derecho anunciado, no indicó, como era también su deber, cuáles normas de valoración probatoria se infringieron con el valor dado al certificado dicho, y pasó por alto decir si la violación consecuente de norma sustancial se producía por aplicación indebida o por falta de aplicación.

En consecuencia, quedando en firme uno de los soportes que plantó el sentenciador, el cargo es ineficaz y por tanto se desecha.

Cuarto Cargo.

"Causal primera del Decreto 528 de 1964, artículo 52, al ser la sentencia violatoria, por la vía directa, de los artículos 1.568 y 1.579 del Código Civil, por haberse dejado de aplicar a pesar de estar plenamente probado el carácter solidario de la obligación dentro del juicio".

Dice el recurrente que aunque no fue arrimado al expediente el documento en que consta el contrato que generó la obligación en favor del Banco Ganadero, con el certificado expedido por su gerente y con la diligencia de la inspección ocular, "está demostrado que tanto las partes enfrentadas en el presente juicio, como los señores Ricardo González M. y Francisco Díaz R. figuran como codeudores solidarios y mancomundados". Que habiendo declarado el Banco que la obligación solidaria fue cubierta, el Tribunal debió aplicar el artículo 1.579 del C. Civil que regula los efectos que produce el pago de una obligación hecha por un deudor solidario.

Concluye diciendo que hay violación de la ley sustancial por la vía directa, pues el Tribunal, al dar por probado el pago del crédito, ha debido, por falta de prueba en contrario, dar aplicación al artículo 1.579 citado.

La Corte Considera:

Si, como lo afirma el recurso, con el certificado del gerente y con lo establecido en la inspección ocular, está probado en el juicio que el demandado reconveniente era deudor solidario, y el Tribunal sentenciador, por preterición de esas pruebas, omitió reconocer esa calidad, entonces el ataque debió dirigirse, no por la vía directa, sino por la indirecta, pues el quebranto de la ley sustancial invocada habría sido la consecuencia de haber dejado de apreciar pruebas que actúan en el proceso.

Conclúyese, entonces, que el cargo no prospera.

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

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia del Tribunal superior del distrito judicial de Santa Marta, proferida el 16 de febrero de 1967 en el juicio ordinario que Pedro Segrera Salamanca adelantó contra Pedro Segrera Heral.

Sin costas en el recurso, porque no se causaron.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

Devuélvase al Tribunal de origen.

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

ARRENDAMIENTO

La cuantía por el canon mensual solo se aplica al juicio de tenencia.

ACUMULACION. - La ley no exige que la acción principal y no la subsidiaria sea la de mayor cuantía.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 42, 22 mayo de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1966 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario que, contra Enrique de Rojas Peña, propuso la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

El Litigio.

La citada Universidad demandó a Enrique de Rojas Peña, en juicio ordinario de mayor cuantía para que se hicieran las siguientes declaraciones principales que se resumen:

1ª) Que entre demandado y demandante, como arrendatario y arrendadora, respectivamente, celebróse un contrato de arrendamiento cuyo objeto era el uso de una casa de habitación en el barrio Maldonado Calvo de la ciudad de Tunja, distinguida con el número 28-A-29 de la Transversal 9ª, y debidamente singularizada en el cuerpo de la demanda.

2ª) Que, en relación con ese contrato de arrendamiento, se fijó plazo de un año que vencía el 30 de noviembre de 1964 y canon mensual de cuatrocientos pesos ($ 400.oo); que el contrato terminaría, antes del plazo, en el evento de que el arrendatario perdiera su calidad de profesor de la Universidad, pues desde esa fecha quedaba fenecido; que, sin previo permiso de aquella, el arrendatario no podía hacer reformas en el edificio, ni podía subarrendarlo, ni ceder el contrato; que la casa de habitación, que recibió en buen estado el arrendatario, sólo podía destinarla a vivienda de su propia familia; que debía hacerse la restitución a la Universidad en el evento de terminación del contrato por cualquier causa; que el arrendatario renunció a los requerimientos privados y judiciales, lo mismo que al derecho de oponerse.

3ª) Que el apuntado contrato de arrendamiento terminó el 14 de septiembre de 1964 porque el arrendatario, desde esa fecha, perdió su calida de profesor de la Universidad.

4ª) Que, como "consecuencia de las declaraciones a que se refieren los apartes que anteceden, se condene al mismo demandado, doctor Enrique de Rojas Peña, a restituir a la Universidad una vez ejecutoriado el fallo que ponga fin al juicio, el inmueble que recibió...".

5ª) Que se condene al demandado a pagarle el monto de los cánones de arrendamiento que le adeuda hasta el 14 de septiembre de 1964, fecha de terminación del contrato.

6ª) Que se le condene a pargarle los frutos civiles y naturales que hubiera podido producir el inmueble desde la fecha de terminación del arriendo hasta el día en que se

haga la restitución del bien.

7ª) Que se le condene a pagar el monto de los perjuicios ocasionados a la Universidad por el incumplimiento de la obligación de restituir.

8ª) Que se condene al pago de las costas judiciales.

Como subsidiarias, propuso:

Primera. Que la Universidad demandante es dueña plena del inmueble que allí se singulariza.

Segunda. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene al demandado la restitución de ese inmueble a la Universidad.

Tercera. Que se le condene al pago de los frutos naturales y civiles que ese inmueble hubiera podido producir con mediana diligencia y actividad.

Cuarta. Que se le condene al pago de los perjuicios causados con la retención arbitraria del inmueble.

Quinta. Que se le condene al pago de las costas del juicio.

La causa petendi la hizo consistir en los siguientes episodios, que se resumen:

a) Desde el 8 de febrero de 1963 el demandado era profesor de la Facultad de Agronomía de la Universidad citada, cargo que ocupaba el 1º de diciembre del mismo año.

b) Antes de consignar por escrito el contrato de arrendamiento a que se refieren las peticiones principales, el demandado entró a ocupar el inmueble en su calidad de profesor y a título de arrendatario.

c) El demandado, antes de "escribirse" el contrato, aceptó todas "las condiciones y términos" a que quedaba sujeto.

d) El 30 de julio de 1964 el demandado firmó el documento contentivo del contrato de arrendamiento, y, para pagar el impuesto de timbre, retiró los dos ejemplares que se extendieron en papel sellado.

e) El plazo del contrato de arrendamiento fue de un año, contado desde el 1º de diciembre de 1963.

f) El plazo expiró el 30 de noviembre de 1964.

g) El contrato terminaba, antes del vencimiento del plazo, en el momento en que el demandado perdiera su calidad de profesor de la Universidad.

h) El arrendatario se obligó a no hacer reformas en el inmueble dado en uso, a no ceder el contrato y a no subarrendar, todo sin previo permiso escrito de la Universidad.

i) Desde el 1º de diciembre de 1963 y a plena satisfacción, el demandado recibió la casa y se obligó a destinarla exclusivamente a habitación de su familia.

j) A la terminación del contrato, por cualquier causa, aquel debía restituir a la Universidad el inmueble dado en uso.

k) El arrendatario renunció a los requerimientos privados y judiciales.

l) El demandado perdió su calidad de profesor de la Universidad el 14 de septiembre de 1964, fecha en que lo reemplazó el doctor Eduardo Idrobo.

m) La Universidad tiene urgencia de recuperar el inmueble citado, para darlo a otro de sus numerosos profesores.

n) La Universidad da residencia a profesores para facilitar su consecución.

o) Todos los contratos de arrendamiento de casas de la Universidad están sometidos a las mismas estipulaciones.

Como causa petendi de las pretensiones subsidiarias, se propusieron los episodios antes resumidos, pero agregando que la Universidad es dueña del inmueble citado, por haberlo adquirido del Instituto de Crédito

Territorial; que sobre él ha ejercido los actos a que sólo da derecho el dominio; que el demandado nunca pagó a la Universidad el canon estipulado y que, vencido el término del contrato de arrendamiento, continuó y continúa en el goce del inmueble; que esas circunstancias dan a entender que lo tiene como poseedor.

El demandado se opuso a que se hicieran tanto las declaraciones principales como las subsidiarias y negó todos los hechos.

En sentencia calendada el 24 de junio de 1966, el Juzgado primero civil municipal de Tunja, puso término a la instancia con acogimiento de las súplicas principales. El vencido apeló.

La Sentencia Acusada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en providencia de 14 de diciembre del mismo año, resolvió confirmar la sentencia apelada.

El sentenciador, después de transcribir los hechos que soportan las pretensiones principales, asevera que no hay indebida acumulación de acciones, pues unas fueron propuestas como subsidiarias de otras y, en esta circunstancia, ni siquiera el hecho de que fueran contradictorias impediría su estudio separado, pues el juez sólo puede entrar al estudio de las subsidiarias, cuando desecha las principales. "El carácter subsidiario permite la aceptación de esa situación toda vez que la ley le señala al juez un orden de estudio y examen de las acciones propuestas".

Que la alegación del recurrente respecto a nulidad por incompetencia, afirmada en que la cuantía del presente litigio está determinada por el valor del canon de arrendamiento, no procede, pues tratándose aquí de un juicio ordinario, la cuantía la fija el demandante al estimarla en el libelo y como el demandado no la objetó en su oportunidad, es necesario aceptar aquella.

Entrando al análisis de la prueba, dice el sentenciador que, no obstante que el demandado negó en posiciones haber recibido de la Universidad la casa a título de arrendamiento, resulta lo siguiente:

Que el inmueble aparece ocupado por la familia del demandado, hecho que se constató en la inspección ocular.

Que la copia sin firmas del documento en que se consignó el contrato de arrendamiento que verbalmente celebraron las partes, por sí solo ningún valor tiene, pero con apoyo "en una serie de hechos plenamente establecidos, se llega a la conclusión de que el demandado ocupó el citado bien en su calidad de arrendatario y sujeto a las condiciones especiales que el estatuto de la Universidad señala para estos casos".

Que la señora Clara Leguizamón de Arango, quien depone a fls. 7 del cuaderno 2º., afirma que ella entregó al demandado dos copias en papel sellado del documento en que se consignó el contrato de arrendamiento, con el fin de que los hiciera estampillar, y que el demandado nunca los devolvió.

Que "existen otros testimonios que dan fe de que el doctor Enrique de Rojas Peña ocupó la casa materia de esta litis en calidad de arrendatario".

Que la tacha que ahora se hace a las personas que declararon por ser empleados de la Universidad, no fue propuesta en tiempo.

Que, en fin, "las declaraciones hechas por el juez a quo tienen respaldo en lo alegado y probado".

El Recurso.

El demandado recurrió en casación y al formular la demanda respectiva lanza contra la sentencia del Tribunal dos cargos que la Corte estudiará por separado.

Primer cargo. "De acuerdo con el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, numeral 4º, acuso la sentencia recurrida por haberse incurrido por parte del sentenciador en la causal 1ª de nulidad, contemplada en el artículo 448 del C. J., o sea la incompetencia de jurisdicción".

En apoyo a su ataque dice que el fallador olvidó el imperativo emanado del Art. 209 del C. J., pues la competencia en el caso sub

judice, la da la cuantía de la acción que es de $ 400,00 por ser este el canon mensual de arrendamiento, y que, por tanto, no era competente el juez del circuito; que, además, como "la acción principal es la de tenencia", que tiene un procedimiento especial muy distinto al ordinario por el que debe seguirse la acción reivindicatoria, que es la subsidiaria, "el sentenciador quebrantó igualmente el ordinal 2º del artículo 209 y como consecuencia del desconocimiento de lo ordenado por el ordinal 1º de la misma norma".

Afirma que "las acciones propuestas por el actor son diametralmente opuestas, tanto por la cuantía como por la ritualidad, y por lo mismo no podían ser acumuladas".

La Corte Considera:

No es cierto que este proceso se refiera al juicio especial de tenencia, conocido con el nombre de "lanzamiento del arrendatario" que regula el capítulo I del Título XXXVII del Libro 2º del C. Judicial. No se trata de la demandada para que el arrendatario restituya al arrendador la cosa arrendada (Art. 1.103 del C. J.). Sucede que, como la demandante arrendadora no tenía prueba de la existencia del contrato de arrendamiento respectivo, su petición principal se encaminó a solicitar la declaración de que, entre ella y el demandado, se había celebrado un contrato de arrendamiento sobre el inmueble que en el libelo se singulariza, y a que se hicieran los pronunciamientos atinentes a plazo, canon de arrendamiento, eventos en que el contrato terminaría antes del vencimiento del plazo, etc. Pidió también que se declarara terminado el contrato de arrendamiento porque el arrendatario demandado había perdido su calidad de profesor de la Universidad, y, además, solicitó como "consecuencia de las declaraciones a que se refieren los apartes que anteceden", se decretara la restitución del inmueble objeto del arrendamiento, por causa del cumplimiento de la condición resolutoria y que se condenase al mismo al pago de arrendamientos, frutos y perjuicios.

Basta leer la demanda para concluir, sin ningún esfuerzo dialéctico, que se trata de una acción ordinaria y no de la especial de tenencia referida.

Tampoco es cierto jurídicamente que, en tratándose de cuestiones relacionadas con un contrato de arrendamiento, siempre tenga que fijarse la cuantía por el valor de la renta de un mes. Esta norma, como lo enseña con diafanidad el artículo 1.118 del C. Judicial, sólo se aplicaba, antes de la vigencia de la Ley 16 de 1968, a los juicios de tenencia por causa de arrendamientos. Por tanto, si, como en el caso sub lite, se ventilan por la vía del juicio ordinario la existencia de un contrato de arrendamiento, su terminación y el pago de arrendamientos, frutos y perjuicios, la cuantía no puede fijarse por el canon de arrendamiento mensual acordado, pues corresponde estimarla al demandante autorizado por el legislador para ese efecto. Esa fijación, si no es oportunamente objetada por el demandado, "gobierna, entonces, todos los horizontes de la contienda" (artículos 205 y 206 del C. Judicial).

Así sucedió en este proceso.

De consiguiente, la estimación de la cuantía hecha por el demandante sin objeción del demandado, por las dos razones expresadas, no puede ahora atacarse eficazmente en casación.

En cuanto al otro argumento del ataque, relativo a la indebida acumulación de acciones, se considera: en este juicio se acumularon dos pretensiones: 1ª) la encaminada a la declaración conjunta de la existencia del contrato de arrendamiento, de su terminación y pago de arrendamientos, frutos y perjuicios; y 2ª) la de dominio. Aquella como principal y esta como subsidiaria. Pues bien, aún en el evento supuesto de considerarse, contra lo anteriormente dicho, como de menor cuantía, la primera pretensión, tampoco surgiría la incompetencia de jurisdicción, pues de conformidad con el numeral 1º del artículo 209 del C. Judicial, en este caso se prorroga la jurisdicción y se impone el trámite que corresponde a la de mayor cuantía.

Una o varias acciones de mayor cuantía

pueden juntarse a una o varias de menor. No exige la ley que la acción principal sea la de mayor. El demandante tiene la libertad para determinar cuál acción o pretensión propone como subsidiaria y cuál como principal.

Ninguna duda jurisprudencial ofrece hoy la tesis de que no pueden acumularse simultáneamente como principales, o del mismo modo como subsidiarias, dos pretensiones contrarias o incompatibles, porque se destruyen; pero la acumulación puede hacerse, sin ningún defecto procesal, proponiéndose una como principal y la otra como subsidiaria; de esta manera no se viola el precepto contenido en el numeral 3º del artículo 209 citado, sino que se cumple, pues la primera oración de ese texto se refiere, sin duda, a las pretensiones simultáneamente acumuladas como principales o como subsidiarias, es decir que no pueden coexistir dos pretensiones contrarias e incompatibles si se formulan conjuntamente como principales, o conjuntamente como subsidiarias. Pero si una se presenta como principal y la otra como subsidiaria, entonces la formulación sí es válida, según lo autoriza la segunda oración del texto apuntado, porque la pretensión presentada como subsidiaria tiene carácter condicional, es decir que se propone para el caso de que la principal no prospere.

En caso similar al que se estudia, la Corte se pronunció así:

"Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona a la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en la misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal alguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal como ha sucedido en este caso. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del C. J.". (Gaceta Judicial tomo LIX, Pág. 333).

Y ratificando esta inteligencia de la norma contenida en el numeral 3º citado, en casación de 5 de diciembre de 1967, aún no publicada en la Gaceta, dijo la Corte:

"El correcto sentido de esta norma es el de prohibir la acumulación objetiva de pretensiones, en una misma demanda, cuando se proponen dos acciones contrarias o incompatibles en forma conjunta o concurrente, porque en esta forma el juez debe fallar sobre ambas al proferir sentencia de mérito, y siendo incompatibles o contrarias, no podrían fallarse a la vez; pero tal acumulación es procedente cuando las acciones contrarias o incompatibles se ejercen la una como principal y la otra como subsidiaria, porque en esta hipótesis, si se estima viable la principal, no se considera la subsidiaria y solamente cuando se rechaza la primera, debe el juzgador entrar en el examen de la segunda. Nada impide, pues, que bajo forma subsidiaria se propongan dos pretensiones contrarias en una misma demanda".

Es suficiente lo anterior para despachar desfavorablemente esta impugnación.

"**Segundo cargo. a) Dominio.**

"De acuerdo con el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, parágrafo de su ordinal 1º, acuso la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, a virtud de apreciación errónea de las pruebas".

Sostiene el recurrente que hay "error manifiesto de derecho en la valoración de las pruebas aportadas por el actor", pues el sentenciador al conceder valor de plena prueba a la mera escritura Nº 161 corrida el 11 de febrero de 1961 en la notaría 1ª de Tunja, respecto al dominio que alega la Universidad demandante, sin notar la ausencia del certificado del registrador de I.I. P.P. exigido por el artículo 635 del C. Judicial, violó esta norma de preceptiva probatoria y consecuencialmente transgredió indirectamente los artículos 669, 673, 762, 1.757, 1.761, 2.610, 2.611, 2.612, 2.652 numeral 1º y 2.637 del Código Civil.

La Corte observa que en ninguna parte de la sentencia el Tribunal se refiere a la citada escritura, ni la menciona, pues ella en nada incidió en su resolución, como quiera que su pronunciamiento se refirió a las súplicas principales, con las cuales nada tenía que ver el dominio de la actora.

Sabido es que los yerros en la apreciación probatoria solo alcanzan relievancia, cuando inciden en la decisión.

Además, se nota que el recurrente indicó normas sustanciales violadas, más no señaló el concepto específico de su transgresión, circunstancia que propicia el rechazo de esta censura, también por falta de técnica.

Bajo el mismo cargo se presenta un nuevo ataque:

"B) Supuesto Contrato de Arrendamiento.

Dice el recurrente que se cometió error de derecho por el Tribunal sentenciador, consistente en que "tuvo como plena prueba del contrato de arrendamiento" la copia al carbón, que obra en autos, de un modelo de contrato que se dice formalizado por demandante y demandado y la cual carece de firmas; que por este aspecto fueron violados los artículos 637, 648 y 645 del C. Judicial, que no le dan valor de prueba a ese escrito, error que indujo a la violación indirecta de los artículos 1.757, 1.761, 1.768 y 1.769 del Código Civil, quebranto que extendió a los artículos 1.973, 2.000, 2.005, 2.006 y 2.001 del mismo Código. Agrega que la prueba de testigos no podía valorarse, pues por ser empleados de la Universidad, se presumen parciales (Art. 669 del C. J.).

La Corte Considera:

El recurrente sostiene que hay error de valoración probatoria porque el sentenciador concedió mérito persuasivo a lo afirmado por varios testigos que son empleados de la Universidad demandante, presuntamente parciales por esta circunstancia. Concluye afirmando que "establecido tal impedimento, no había para qué entrar a objetar tales testimonios, como lo pretendió el Tribunal".

Lo alegado no constituye error de derecho porque el fallador no puede declarar de oficio las tachas comprobadas provenientes de parcialidad, pues como lo ordena perentoriamente el Art. 673 del C. Judicial en la parte final de su último inciso, las tachas provenientes de parcialidad "solo son alegables por el litigante contra el cual se presume que el testigo tiene interés en declarar". Entonces, si la tacha no fue propuesta en instancia, el fallador no podía oficiosamente declararla.

Este ataque, además, tampoco hubiera prosperado, porque no se puntualizó, con la claridad y especificación que exige la técnica, cuál fue el concepto de la violación de la ley sustancial y la incidencia del presunto yerro en la decisión del Tribunal.

En cuanto al otro aspecto del cargo, no encuentra la Corte que, en alguno de los pasajes del fallo impugnado, el sentenciador hubiera concedido valor de plena prueba del contrato de arrendamiento a la copia en papel carbón que obra en autos desnuda de firmas; ese escrito no se acató como la prueba del contrato. El fallador, en pasaje que transcribe el mismo recurrente, dijo que esa copia al carbón, "por sí sola, ningún valor tendría, pero sumada a una serie de hechos plenamente establecidos, se llega (sic) a la conclusión de que el demandado ocupó el citado bien en su calidad de arrendatario...".

Dedúcese de lo anterior que el Tribunal no concedió valor de plena prueba documental a la copia citada; que solo le dio valor de indicio corroborante, circunstancia que unida a otras pruebas le permitió fijar la calidad en que el demandado ocupó el inmueble.

Resulta, entonces, que el acusado error de derecho no existió. Mas en el caso hipotético de que el Tribunal sí hubiera dado a la copia apuntada valor de prueba documental, el recurso no sería próspero, pues el sentenciador, para llegar a la conclusión ata-

cada, se basó también en otras pruebas, como la de testigos, cuya impugnación no fue fértil, como se dejó visto. En consecuencia, quedando en pié una de las pruebas que prestan sólido apoyo a esa decisión, ésta no puede ser infirmada.

Se rechaza el cargo por consiguiente.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dispone: no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 14 de diciembre de 1966, en el juicio ordinario que promovió la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia contra Enrique de Rojas Peña.

Se condena en costas al recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SIMULACION

CONTRAESCRITURA

Sus efectos entre las parte y frente a terceros.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 41 de 12 de mayo de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de diciembre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de Mélida o Mérides Vallecilla y otros contra María Edna Collazos o Becerra.

Antecedentes.

1. Por escritura 256 de 1º de marzo de 1956, otorgada en la Notaría 4ª de Cali, José Cristóbal Becerra dijo vender a su hija natural María Edna Collazos o Becerra, la finca rural denominada "La Elvia", y "Rosedal", ubicada en el Corregimiento de Navarro, jurisdicción de Cali, y la casa situada en esa ciudad distinguida con el número 13-A-62 de la carrera 14, debidamente determinada por sus linderos.

2. Mediante la escritura 257, otorgada el mismo día y en la misma Notaría que la anterior, María Edna Collazos o Becerra constituyó a favor de José Cristóbal Becerra "los derechos de uso, usufructo y habitación mientras él viva", sobre los bienes relacionados en la escritura 256, precitada, los cuales volverían a ella al fallecer el beneficiario.

3. El 20 de marzo de 1956, mediante la escritura 357, pasada ante el Notario 4º de Cali, José Cristóbal Becerra otorgó testamento nuncupativo, y en su cláusula segunda reconoció como hijos naturales suyos a Francisco Antonio Ramírez, Mélida o Mérides Vallecilla, María Edna Collazos, Jorge Julio Vallecilla, Aristóbulo Rizo y Sara García.

4. En las cláusulas cuarta y octava de su memoria testamentaria expresó el testador:

"Cuarta. Antes de ahora no he otorgado testamento alguno. Y revoco expresamente la disposición testamentaria, que bajo la forma de un contrato de compraventa, relativamente simulado, hice en favor de mi hija María Edna Collazos, por medio de la escritura pública Nº 256, de 1º de marzo de 1956, pasada en la Notaría 4ª de Cali, por la cual aparezco transmitiéndole el dominio de mis bienes una finca en "Morga", Distrito de Cali, y una casa ubicada en esta ciudad, a título de venta. Declaro que de mi parte no ha habido el ánimo de transmitirle en venta los inmuebles anteriores, ni en ella tampoco el ánimo de adquirirlos a tal título, —pues ni yo he recibido el precio de esa venta ni ella me lo ha entregado—. Además, tales bienes están ambos en mi poder, pues los poseo materialmente, y no he tenido ni tengo ánimo de entregarlos. María Edna sabe, y así lo entiendo, que entre los dos solo ha habido el ánimo de transmitir y adquirir mis bienes a título de herencia después de mi muerte. Esto se hizo así, en forma de venta aparente, porque hasta el día del otorgamiento de la escritura, de la cual vengo hablando no había tomado la determinación de reconocer a mis otros cinco hijos naturales y de instituirlos

como mis herederos universales. Por tanto, si hay tiempo para hacerlo, mi hija Edna y yo declaramos resuelto el aparente contrato de compraventa, de que vengo tratando, para que permanezcan en mi patriomonio los inmuebles objeto del contrato y que, en verdad, no han salido de él. Pero, si por cualquier circunstancia, María Edna se negare a la resolución del contrato dicho, cedo a mis otros cinco hijos naturales la acción para hacer declarar simulado el contrato dicho a fin de que cada uno adquiera la quinta parte de los bienes aparentemente enajenados, dejando en poder de ella la sexta parte que es lo único que le corresponde como hija y heredera".

".....

"Octava. Reitero la manifestación de que es aparente, vale decir, simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura Nº 256 de 1956, pasada en la Notaría 4ª de Cali, por el cual aparezco transmitiéndole a mi hija María Edna Collazos los bienes raíces que he detallado en este testamento. Esto por que mi propósito y el de ella fue el de trasmitir y recibir tales bienes a título de herencia, y porque antes no había determinado, como lo hago ahora, reconocer a mis cinco hijos naturales e instituírlos herederos. La disposición testamentaria que ese contrato aparente envuelve la revoco para que tengan entrada a la herencia de mis bienes mis otros cinco hijos naturales que dejo reconocidos en ese instrumento. La escritura Nº 257, también de fecha 1º de marzo de 1956, pasada en la misma Notaría 1ª de Cali, por la cual mi hija María Edna Collazos me concede, de por vida el usufructo de los bienes objeto de la compraventa de que vengo hablando, indica claramente que no hubo, entre ella y yo, trato de compraventa de mis bienes. Por estas razones transmito a mis hijos el derecho para que demanden la simulación de la compraventa a fin de que vuelvan los bienes a mi patrimonio, de donde considero que no han salido legalmente, con el fin de que los adquieran, a título de herencia, después de mi muerte y por partes iguales".

5. Por medio de la escritura 163 de 23 de mayo de 1956, otorgada en la Notaría de Puerto Tejada, María Edna Collazos o Becerra dijo vender a Abigaíl Collazos, su madre natural, por la cantidad de $ 5.000.oo, los mismos bienes que habría adquirido mediante la escritura 256 a que se hizo referencia.

6. Muerto José Cristóbal Becerra, el 24 de junio de 1956, Abigaíl Collazos dijo vender a María Edna Collazos o Becerra, mediante la escritura 146 de 26 de abril de 1957, pasada ante el Notario de Puerto Tejada, los mismos inmuebles que habría adquirido de ella según la escritura 163 a que alude el numeral anterior.

7. Por autos de 15 de octubre de 1962 y 4 de marzo de 1963, proferidos en la mortuoria de José Cristóbal Becerra, el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali reconoció como herederos del causante, respectivamente, a Mélida o Mérides Vallecilla, en su condicion de hija natural, y "a las menores impúberes Mariella, María Eugenia, Luz Mercedes e Inocencia Vallecilla G., representadas por su madre legítima señora Esneda Campo v. de Vallecilla, por derecho de representación de su padre señor Jorge J. Vallecilla".

La Litis.

Ante el Juzgado 3ª Civil del Circuito de Cali, Mélida o Mérides Vallecilla y los menores Mariela, Luz Mercedes, María Eugenia e Inocencia Vallecilla, representados por su madre legítima Esneda Campo v. de Vallecilla, llamaron a juicio a María Edna Collazos o Becerra, a efecto de que se declarase que es "simulado o ficticio" el contrato contenido en la escritura 256 de 1º de marzo de 1956, otorgada en la Notaría 4ª de Cali, por medio de la cual José Cristóbal Becerra dijo vender a María Edna Collazos los inmuebles que en ese instrumento se determinan; que, en consecuencia, los referidos inmuebles pertenecn a la sucesión testada de José Cristóbal Becerra; que "por simulación absoluta de la presumida compraventa" deben ser reintegrados tales bienes al patrimonio herencial, "para obtener las legítimas afectadas por el contrato de compraventa simulado"; y que los frutos civiles o naturales obtenidos por la demandada a partir del 24 de junio de 1956, fecha de la

muerte del causante José Cristóbal Becerra, pertenecen a la sucesión de éste. Solicitó, así mismo, se ordenase la cancelación de la escritura 256 prenombrada y de su registro en la oficina respectiva de Cali.

En subsidio pidió que, "por todas las razones que se han expuesto en los hechos de la demanda", se declarase nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa mencionado, y se hiciesen las demás declaraciones impetradas como consecuenciales de la petición principal sobre simulación, en cuanto no sean incompatibles con la subsidiaria de nulidad.

Funda la parte actora su pretensión en los hechos que se dejaron relacionados como antecedentes del litigio, y en los afirmados en los ordinales 15º y 16º de la causa petendi, a saber:

"Décimo quinto. El contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 256 de 1º de marzo de 1956, de la Notaría 4ª de Cali, no solamente es simulado absolutamente sino que también es nulo porque el presunto tradente no tuvo intención de transferir el dominio ni la compradora tuvo la intención de adquirirlo, además no hubo precio ni entrega de la cosa vendida o que dijo venderse, pues el presunto vendedor conservó la cosa que dijo vender hasta su muerte y ello se disfrazó con el presumido contrato de derechos de usufructo y de uso de habitación, todo lo cual está corroborado con la prueba que uno de los contratantes, vale decir, el señor José C. Becerra, confesó al otorgar su testamento consignado en la escritura pública Nº 357 de 20 de marzo de 1956, de la Notaría 4ª de Cali.

"Décimo sexto. La señora María Edna Collazos o Becerra ha venido disfrutando a su arbitrio de los dos bienes inmuebles materia de la compraventa aparente que simuladamente fingió con su padre natural José C. Becerra, todo en fraude y menoscabo, de las legítimas que corresponden a mis representados, como herederos, como también de las que corresponden a los demás herederos que han aceptado la herencia dentro del juicio de sucesión testada del mismo señor José C. Becerra".

La demandada, al contestar la demanda, tan solo aceptó como cierto el hecho de ser hija natural de José Cristóbal Becerra y Abigaíl Collazos, e inadmitió los demás. Propuso, así mismo, demanda de reconvención contra sus demandantes en los términos de que da cuenta el libelo respectivo, pero que por no formar parte de la sujeta materia del recurso extraordinario considera la Corte innecesario referirse a ella.

Trabada así la relación jurídico-procesal, el Juzgado la desató en sentencia de 10 de julio de 1965, mediante la cual denegó las peticiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención, con costas a cargo de quienes las promovieron. De esta resolución apeló únicamente la parte demandante y, por consiguiente, la decisión denegatoria de las peticiones formuladas en la demanda de reconvención quedó en firme. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 5 de diciembre de 1966, confirmatoria de la del a-quo, y contra la cual interpuso la misma parte demandante el recurso de casación que la Corte procede a decidir.

Motivación de la Sentencia Impugnada.

Luego de notar el sentenciador que de las súplicas de la demanda y de los hechos que le sirven de fundamento, aparece que lo que persigue la parte actora es la declaración de simulación del contrato de compraventa recogido en la escritura 256 de 1º de marzo de 1956, otorgada en la Notaría 4ª de Cali, observa que "el actor ha ejercitado con imprecisión la simulación y la acción de nulidad absoluta, confundiéndolas en forma que no es posible una debida interpretación de la demanda para determinar cuál es en realidad la pretensión del actor".

Transcribe pasos de algunas sentencias de la Corte en los cuales se establecen las diferencias existentes entre la nulidad y la simulación, como fenómenos jurídicos, y agrega: "Hecha la anterior introducción jurídica, con la cual se determina con precisión, la diferencia entre lo que se entiende por simulación absoluta, relativa y nulidad, pasemos al estudio de las propuestas en la demanda, como principal y subsidiaria, y

buscar su prueba en el juicio, para poder llegar a conclusiones firmes". Sintetiza, con tal propósito, los hechos afirmados en el libelo, y advierte que "entresacando del contenido impreciso de la demanda algunos rasgos fisonómicos, podemos decir que ellos han querido dibujar la acción de simulación relativa del contrato de compraventa contenido en la escritura citada; esto es, que con ese aparente contrato de compraventa se ha querido disfrazar la donación que quiso hacer el señor José Cristóbal Becerra en favor de su hija natural María Collazos"; que, en consecuencia, la demandante ha debido pedir la prevalencia del contrato oculto y demostrar los vicios que le impedían a éste surtir sus efectos legales; pero que no solo no pidió la prevalencia del acto oculto sobre el aparente, sino que no demostró la existencia de aquél. Dice que aunque la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible se hubiera solicitado, las pruebas aportadas no acreditan la existencia del primero, pues "ellas se concretaron a demostrar el contrato de compraventa atacado, las ventas que luego hizo María Edna Collazos a otra persona, de quien se dice es o era madre natural; a la revocación unilateral hecha por José Cristóbal Becerra de la venta verificada a María Edna Collazos, y unas posiciones absueltas por ésta, pero en las cuales en nada se comprometió frente a sus demandantes". De donde concluye el Tribunal que "si en la petición principal se quiso ejercitar la acción de simulación relativa, no se solicitó la prevalencia del acto oculto, ni se demostró lo que la ley exige para que éste emergiera jurídicamente".

Refiérese luego el sentenciador a la petición subsidiaria mediante la cual se persigue la declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura 256 prenombrada, "por todas las razones que se han expuesto en los hechos de la demanda", y observa que por descansar en los mismos hechos que sirven de fundamento a la petición principal no puede aquella ser acogida, ya que no pueden equipararse ni confundirse la simulación y la nulidad, y, por lo mismo, no pueden surgir de los mismos hechos. "Si se solicita la nulidad absoluta del contrato, como se ha hecho subsidiariamente —dice—, es porque se considera que la intención real y verdadera de los contratantes ha sido dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico; pero cuya voluntad se frustra como consecuencia de los vicios de que adolezca. Vicios que habría sido necesario, también, alegar y probar. Cosa que tampoco se hizo en este proceso que se analiza". De donde concluye que "no procede la declaración de nulidad absoluta del contrato".

La Demanda de Casación.

Formúlanse en ella dos cargos a la sentencia de segundo grado, ambos del resorte de la causal primera, que se examinan en el orden en que fueron propuestos.

Cargo Primero.

Denúnciase en él "violación indirecta del artículo 1766 del Código Civil, por falta de aplicación de tal norma a través de errores de hecho evidentes y notorios en los autos, originada en la apreciación errónea de la demanda, al no dar por acreditada la petición de declaratoria de simulación".

Al desarrollarlo advierte el censor que el Tribunal incurrió en contradicción al afirmar que "**indudablemente, del contexto de las súplicas de la demandada...** aparece que lo que persigue el demandante es que la justicia declare la simulación del contrato de compraventa...", para expresar luego que "el actor ha ejercitado con inprecisión la simulación y la acción de nulidad absoluta, confundiéndolas **en forma que no es posible una debida interpretación de la demanda para determinar cuál es en realidad la pretensión del actor**"; que no existe la confusión a que alude el Tribunal, puesto que en la demanda se formula como principal la petición de "que se declare que es simulado o ficticio el contrato...", y como subsidiaria la de nulidad absoluta del mismo; que el sentenciador considera que en toda demanda sobre simulación tiene que solicitarse textualmente "la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible", cuando la ley no exige fórmulas sacramentales sino que se formule en forma clara la

petición; que, de acuerdo con doctrina de la Corte, el juzgador debe atenerse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras, y que la demanda ha de interpretarla en conjunto, interpretando unas cláusulas por otras y teniendo en cuenta la respuesta del demandado, para establecer sobre qué versa el litigio.

"En consecuencia —dice—, el Tribunal llegó al extremo de sacrificar la petición formulada en la demanda por la única razón de que allí no aparece una expresión determinada y basándose en ese error incurrió en otro, que analizaremos en el segundo cargo, y que consiste en la falta de apreciación de las pruebas aportadas. Así, el ad-quem erró al interpretar la demanda y ello bastó para que el recurso de alzada no prosperara; pero no satisfecho con ello, y sin ningún análisis previo, concluyó: "Pero no se cumplió con ese requisito esencial de solicitar la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible. Además, y aunque esto hubiera ocurrido, las pruebas aportadas no hubieran conducido a esta demostración".

De lo anterior surge con toda evidencia el error del H. Tribunal al apreciar erróneamente la demanda, que de haberla apreciado en forma debida, hubiera reconocido la petición de declaratoria de simulación, y lo habría llevado a aplicar en su integridad la norma legal que regula este caso y que dejó de aplicar, o sea el artículo 1766 del Código Civil".

La Corte Considera:

El artículo 1766 del Código Civil que, según el recurso, habría infringido el Tribunal al no haberlo hecho actuar en el caso sub-lite, a causa del error en la apreciación de la demanda que la censura le imputa, es del siguiente tenor:

"Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

"Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

Constituye este precepto, como es bien sabido, el fundamento legal de la doctrina de la simulación que a través de numerosos fallos ha desarrollado y estructurado la Corte a partir del 27 de julio de 1935, puesto que en todo caso de simulación, cualquiera que sea su grado, el problema principal que se ofrece radica en la determinación de la eficacia que haya de otorgársele al aspecto secreto del acuerdo simulatorio frente al ostensible; y la norma transcrita, enfocando el problema a través de sus manifestaciones externas, brinda la solución al mismo al estatuír de manera terminante que las escrituras privadas o contraestipulaciones no producirán efecto contra terceros.

Tal solución, por lo que atañe a las partes, se ofrece obviamente, pues al establecer el Art. 1766 del C. C. que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", está diciendo implícitamente, pero no por ello en forma menos categórica, que entre las partes y contra ellas sí producen efecto esas contraestipulaciones. Y ello tiene que ser así, puesto que si los contratantes declararon deliberadamente una voluntad diferente de la que realmente tenían, ninguno de ellos puede pretender que sus relaciones jurídicas se rijan por esa declaración; en cambio, como su verdadero querer se halla recogido en la contraestipulación, cualquiera de las partes puede exigir de la otra el cumplimiento de lo que en ella aparece convenido. Asiste, por tanto, a los contratantes el derecho de exigir que lo pactado ocultamente entre ellos prevalezca sobre la declaración contenida en la escritura pública y que, por consiguiente, sus relaciones se rijan de conformidad con lo que realmente convinieron.

Atinente a los terceros, cabe notar que el precepto mencionado los coloca en situación de privilegio frente al acuerdo simulatorio, ya que pueden atenerse a la declaración hecha en la escritura pública o a lo pactado por los contratantes en la contraescritura, según lo que mejor les conviniere.

Al establecer, en efecto, dicha norma que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros, está pregonando la inoponibilidad de la contraestipulación frente a terceros de buena fe, y consiguientemente, el derecho de éstos a atenerse, en sus relaciones con los contratantes, a lo declarado en la escritura pública. La inoponibilidad de la contraestipulación se ofrece así como una elemental medida de protección a los derechos de terceros de buena fe, quienes por ignorar la existencia de aquélla, dada su natural reserva, tienen que proceder en sus relaciones con los contratantes sobre la base de la sinceridad de las declaraciones hechas por ellos en la escritura pública.

Mas si la inoponibilidad de la contraestipulación se halla establecida en favor de los terceros y no en contra suya, si se ha consagrado para proteger sus derechos y no para perjudicarlos, es obvio que pueden ellos desechar las declaraciones contenidas en la declaración aparente, por no ser trasunto fiel del verdadero querer de los contratantes, para acogerse al pacto que surge de la contraestipulación.

Conviene sí observar que no obstante que el artículo 1766 del Código Civil hace referencia a las escrituras privadas y a las contraescrituras públicas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, la inoponibilidad que en él se consagra frente a terceros de buena fe se predica de toda declaración hecha secretamente por las partes, así haya sido en forma verbal: y que la prevalencia de esa declaración sobre la aparente, en los casos anteriormente mencionados, tiene aplicación aún en el caso de que ninguna de las dos se haya consignado por escrito.

Tiénese, por tanto, que del artículo 1766 precitado surgen tres derechos, a cual más importantes: a) el de los contratantes a exigir que el aspecto secreto del acuerdo simulatorio prevalezca sobre el público; b) el que asiste al tercero de buena fe para atenerse, en sus relaciones con los contratantes, a lo declarado aparentemente por éstos, sin que en ningún caso se les pueda oponer la contraestipulación; y c) el que tiene el tercero para exigir que sus relaciones con los contratantes se rijan por el pacto secreto.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto tanto el carácter de norma sustancial que reviste el artículo 1766 prenombrado, como el hecho de constituir por sí solo proposición jurídica completa en lo que atañe a cualquiera de los derechos que en él se consagran.

Rectifícase así la doctrina sentada por la Corte en sentencia de 6 de noviembre de 1957 (LXXXVI, 510), en la cual se sostiene que el artículo 1766 "no tiene carácter sustantivo, sino que es una regla de derecho probatorio, referida a las contraescrituras, hechas con el propósito de alterar o modificar las declaraciones contenidas en la escritura pública", y que, por consiguiente, "para que la violación de esta norma pueda erigirse como fundamento de un cargo en casación, es necesario que se indique de qué manera esta infracción repercutió o determinó el quebranto de preceptos sustantivos".

Sentado, pues, que el artículo 1766 del Código Civil es norma sustancial, y que con base en la violación directa o indirecta del mismo puede válidamente fundarse un cargo en casación, se procede a despachar el primero de los formulados, para lo cual se considera:

Cuando al tiempo de fallar advierte el juez que la demanda incoativa del proceso adolece de oscuridad, debe interpretarla con el fin de no sacrificar el derecho cuya tutela se pretende, pero guardándose de no alterar las peticiones del actor y los hechos que les sirven de fundamento. No existiendo en nuestra legislación procedimental norma que obligue al actor a señalar su intención en determinada parte del libelo, basta que de su contexto surja aquella en forma clara, para que haya de tomarla en cuenta. Significa lo dicho que la demanda ha de interpretarse siempre en conjunto, puesto que muchas veces la intención del demandante está contenida no solo en el petitum sino en la causa petendi, y aún en

los fundamentos de derecho.

"Es factible —ha dicho la Corte— que el juez se equivoque al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta. En ambos casos, generalmente el error determina la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que la litis se ha fallado con base en preceptos que no regulan el caso, y también por falta de aplicación de aquellos que regulan el punto cuestionado". (XCII, 66).

Es cierto, como lo nota el censor, que luego de expresar el Tribunal que del contexto de la demanda aparece que la acción ejercitada es la de simulación del contrato recogido en la escritura 256 a que se ha hecho referencia, agrega que "el actor ha ejercitado con imprecisión la simulación y la acción de nulidad absoluta, confundiéndolas en forma que no es posible una debida interpretación de la demanda para determinar cuál es en realidad la pretensión del actor". Sin embargo, y esto es lo fundamental, dijo el Tribunal que "entresacando del contenido impreciso de la demanda algunos rasgos fisonómicos, podemos decir que ellos han querido dibujar la acción de simulación relativa del de compraventa, contenido en la escritura citada; es que con ese aparente contrato de compraventa se ha querido disfrazar la donación que quiso hacer el señor José Cristóbal Becerra, en favor de su hija natural María Edna Collazos". De donde se sigue que al interpretar la demanda entendió el Tribunal que se había ejercitado, como principal, la acción de simulación relativa del contrato de compraventa prenombrado, y, como subsidiaria, la de nulidad absoluta del mismo. Y con fundamento en esa interpretación profirió su fallo.

Conviene ante todo notar que el cargo no se halla montado sobre el error en que habría incurrido el Tribunal al interpretar como de simulación relativa la acción principal instaurada en la demanda, y de ahí que no diga el recurrente cuál fue la que realmente se ejercitó, como ha debido hacerlo, si esa hubiese sido su intención, a fin de destacar la existencia del posible error. Por el contrario, de los términos en que se halla concebido el recurso aparece que aquél esta conforme con esa interpretación. La censura descansa en la afirmación de que se negó la súplica sobre simulación por no haberse solicitado expresamente en el libelo "la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible", siendo así que la ley solo exige que se exprese en forma clara la petición, sin fórmulas sacramentales.

Reiteradamente se ha dicho que el error de hecho en la interpretación de la demanda consiste en hacerle decir algo que no expresa o en dejar de ver algo que ostensiblemente dice. Por consiguiente, el Tribunal solo habría incurrido en error manifiesto de tal clase al afirmar que el demandante no cumplió "con ese requisito esencial de solicitar la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible", si de la demanda apareciera que sí formuló esa petición. Mas como en el libelo no se contiene solicitud alguna al respecto, se concluye que el sentenciador no erró en este punto. A lo cual cabe agregar que el fallo denegatorio de la pretensión principal del demandante no se funda exclusivamente en el hecho de no haberse impetrado la prevalencia del pacto oculto sobre el aparente, como lo afirma el recurrente, sino que se apoya también en el hecho de no haberse demostrado la existencia del primero. Siendo dos los soportes sobre los cuales descansa la sentencia del Tribunal, basta que uno de ellos quede en pie para impedir su infirmación.

La censura es, por tanto, impróspera.

Cargo Segundo.

Acúsase la sentencia de segundo grado por "violación indirecta del artículo 1766 del Código Civil, por falta de aplicación de tal norma, al través de errores de hecho evidentes y notorios en los autos", originados en la falta de apreciación de las pruebas que en él se señalan, a saber:

A) Las escrituras 256 y 257 de 1º de marzo de 1956, otorgadas en la Notaría 4ª de

Cali. En relación con ellas nota el censor que por la primera, José Cristóbal Becerra dice vender a su hija natural María Edna Collazos o Becerra unos inmuebles, y por la segunda la citada María Edna constituyó a favor de aquel los derechos de uso, usufructo y habitación sobre los mismos inmuebles, mientras viva; que "resulta entonces que se celebró un contrato de compraventa entre padre e hija e inmediatamente después procedió la última a establecer un usufructo a favor del primero, sobre los mismos bienes que compró"; que la ley presume, en casos como éste y para efectos fiscales, que se trate de una donación; y que en general, dada la conducta sospechosa de los contratantes, hay que ver en esos contratos un indicio de donación.

B) La escritura 357 de 20 de marzo de 1956, pasada ante el Notario 4º de Cali, contentiva del testamento de José Cristóbal Becerra, en el cual "manifestó que revocaba la disposición que, bajo la forma de un contrato de compraventa, relativamente simulado, hizo en favor de su hija María Edna Collazos". Observa el censor que los demandantes son terceros en relación con el contrato de compraventa en cuestión, y que, por consiguiente, las manifestaciones que en su testamento hizo uno de los contratantes del acto simulado tienen "la calidad de un indicio de especial valor por cuanto se trata de una declaración hecha por el mismo padre de las partes en este juicio, 20 días después de la fecha en que se otorgó el contrato que se ataca por simulación"; máxime cuando el testador no iba a recibir ningún beneficio de esa afirmación.

C) Las escrituras 163 de 23 de mayo de 1956 y 146 de 26 de abril de 1957, otorgadas en la Notaría de Puerto Tejada. "Estas escrituras —expresa el censor— demuestran una actitud sospechosa en grado sumo por parte de la demandada, por cuanto procedió a dar en venta a su señora madre los inmuebles que adquirió y luego procedió a comprarlos, demostrando con ello su interés de no ser titular del derecho sobre los inmuebles en un momento determinado. Esta actitud toma características más graves, si se observa que en las citadas escrituras negaron las partes tener parentesco entre sí, hecho este que fue probado posteriormente por la demandada al absolver posiciones, y también la circunstancia de haber celebrado el contrato por un precio irrisorio.

"Este indicio si bien no tiene una vinculación directa con el contrato simulado sí permite deducir que la compra hecha por la demandada ofrecía algún peligro para ella frente a los derechos que pudieran tener terceras personas".

D) El dictamen pericial que obra en autos. Observa el recurrente que en ninguna parte de la sentencia impugnada se hace mención de esta prueba; que los peritos que lo rindieron fijaron en la suma de $ 105.000.oo el valor de uno de los inmuebles vendidos, en la fecha de la celebración del contrato, y ese mismo inmueble aparace vendido en la escritura 256 por la cantidad de $ 10.000.oo que ese hecho, la insignificancia del precio, constituye un indicio de la inexistencia del mismo.

E) La diligencia de absolución de posiciones. Nota el censor que al aceptar la demandada que su padre José Cristóbal Becerra no le hizo entrega de la finca que dijo venderle, con la aclaración de que "como yo constituí a favor de él los derechos de usufructo, no podía recibirla sino hasta cuando él muera" (pregunta séptima), está contradiciendo la declaración contenida en la escritura 256 de que "la entrega material es inmediata"; que ningún valor tiene la explicación que da la demandada de que la entrega no se hizo por razón del usufructo que constituyó, puesto que en todas las escrituras públicas que otorgó hizo manifestaciones inexactas; y que la falta de entrega de los inmuebles vendidos constituye un indicio grave de que el contrato de compraventa es simulado.

Agrega que de las pruebas mencionadas aparecen los siguientes indicios: "La conducta sospechosa por una compraventa celebrada entre padre e hija, la cual fue seguida por la constitución de un usufructo; la declaración hecha por una de las partes que el citado contrato era simulado; la existencia de un precio irrisorio, que hace

pensar en la inexistencia del precio; y la falta de entrega de los bienes materia del contrato de compraventa. Todos estos indicios, graves, precisos y conexos entre sí, concurren a demostrar, sin lugar a duda, la simulación que fue demandada en el juicio de la referencia.

"En esta forma aparece con toda evidencia el error del H. Tribunal al no apreciar las anteriores pruebas, que de haberlas apreciado hubiera reconocido la simulación, y lo habría llevado a aplicar en su integridad la norma que rige este caso y que dejó de tomar en cuenta, o sea el artículo 1.766 del Código Civil".

La Corte Considera:

Reiteradamente se ha 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 en que haya ignorado la que en él existe, hipótesis estas que respectivamente comprenden, por imperativo lógico, el caso de 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, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y ser trascendente a la decisión. Incumbe por tanto al impugnante, cuando del error de hecho se trata, singularizar la prueba que considere mal apreciada, evidenciar el error que se hubiera cometido respecto de ella y precisar la incidencia del mismo sobre la decisión del Tribunal.

El error que el recurso le atribuye al sentenciador radica esencialmente en no haber apreciado éste las pruebas antes mencionadas, ni visto, por tanto, los indicios de simulación relativa del contrato de compraventa recogido en la escritura 256 prenombrada, que ellas entrañan. Acontece, sin embargo, que el sentenciador, sí tomó nota de que tales pruebas obraban en el proceso, como aparece de los siguientes pasos del fallo:

"El doctor Avala R., con su demanda adjuntó los siguientes documentos: a) copia de la escritura pública Nº 256 de 1º de marzo de 1956 que la Notaría 4ª de Cali, registrada, en la cual consta que José Cristóbal Becerra vende a María Edna Collazos, unos inmuebles. Este es el contrato que se ataca por simulado o nulo en la demanda; b), copia de la escritura Nº 357 de 20 de marzo de 1956 de la Notaría 4ª de Cali, en el cual aparece un testamento del señor José Cristóbal Becerra, debidamente registrado; c) copia de la escritura Nº 257 de 1º de marzo de 1956 de la Notaría 4ª de Cali, en la cual consta la constitución de usufructo que hace María Edna Collazos, en favor de José Cristóbal Becerra, sobre los bienes que adquiere por escritura citada anteriormente; d) copia de la escritura Nº 163 de 23 de mayo de 1956 de la Notaría de Puerto Tejada, por la cual se celebra compraventa de inmuebles entre María Edna Collazos y Abigaíl Collazos; e) copia de la escritura Nº 156 de 26 de abril de 1957 de la Notaría de Puerto Tejada por la cual Abigaíl Collazos y María Edna Collazos vuelven a compravender los inmuebles; f) un certificado de tradición en donde consta las transferencias anteriores; g) copias de autos por medio de los cuales se declaran abiertas unas sucesiones y se reconoce a unos herederos.

"En el período probatorio solicitó las siguientes pruebas: a) tener como tales los documentos allegados con la demanda; b) que se libre despacho al Juzgado 1º civil del circuito, para que le expida las copias de una diligencia de inspección ocular practicada en el juicio ordinario de los herederos de José Cristóbal Becerra contra María Edna Collazos; de varios autos relacionados con esta prueba; y de la absolución de posiciones de María Edna Collazos. Estas pruebas fueron evacuadas oportunamente".

No está de más observar que el dictamen pericial que, al decir del recurrente, no menciona el Tribunal en parte alguna, se practicó junto con la inspección ocular a que alude al literal b) del segundo de los párrafos transcritos, y, por consiguiente, es razonable suponer que el sentenciador lo vio en el proceso, no obstante no mencionarlo expresamente. Significa lo dicho que el Tribunal no pasó por alto ninguna de las pruebas a que se ha hecho referencia y, consiguientemente, que el cargo que se le hace de no haberlas apreciado, resulta infundado.

En relación con la parte del mismo que denuncia el error de hecho en que habría incurrido el sentenciador por haber ignorado los indicios de simulación relativa que surgirían de las pruebas antes mencionadas, cabe advertir que aquel sí vio tales pruebas según se dejó dicho, pero los hechos que ellas acreditan no los tuvo como indicios del contrato oculto de donación. Y es sabido que la inferencia que de los hechos indicativos haga el Tribunal para concluír en la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar, es respetable en casación por hallarse contenida esa facultad de deducción dentro de los poderes discrecionales de que goza el juzgador de instancia, salvo el caso extremo de que el ejercicio de tales poderes degenere en arbitrariedad manifiesta frente a la espléndida luz que arrojen las pruebas aportadas al proceso.

"Basta así —ha dicho la Corte— 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 pueda organizar otro análisis de los medios más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aun 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, 289).

Como en el presente caso no aparece que el sentenciador hubiera incurrido en error de derecho o en evidente error de hecho al apreciar las pruebas de los hechos que, según el censor, constituyen otros tantos indicios del contrato oculto de donación; y como la conclusión a que llegó sobre la inexistencia de tal contrato no peca de contraevidencia, puesto que del acervo probatorio no surge como verdad procesal inconcusa la existencia del mismo, la censura que se examina resulta infundada.

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 cinco (5) de diciembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Mélida o Mérides Vallecilla y otra contra María Edna Collazos o Becerra.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE UN REMATE

Litis—consorte necesario.

La nulidad consagrada en el numeral 2º del Art. 451 del C. J. es sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta Nº 43 de 27 de mayo de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Cecilia Ester Alvear González de Rocha y otros contra Alberto de la Espriella Vélez.

Antecedentes

La señora Amira González v. de Alvear, en su condición de representante legal de sus hijos Cecilia Ester, Jaime Arturo y Víctor Hugo Alvear González, todos menores de edad entonces, solicitó en el año de 1953, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, la correspondiente licencia judicial para vender en pública subasta una cuota de nueve décimas partes de propiedad de los citados menores, en un globo de terreno conocido con el nombre de "Sastre", situado en el municipio de Repelón, Departamento del Atlántico, y comprendido por linderos que no es necesario reproducir aquí.

Adelantadas las diligencias pertinentes, con la intervención del correspondiente Agente del Ministerio Público, el Juzgado concedió el 12 de marzo del año mencionado la licencia solicitada, y ordenó que la venta se realizara en pública subasta, conforme a la ley. Fue así como el día 18 de agosto siguiente se llevó a cabo la diligencia de remate, en la cual resultó adjudicatario de la cuota aludida, en la suma de $ 27.000.00, valor de su avalúo, y como único postor, el señor Alberto de la Espriella Vélez. El remate fue aprobado al día siguiente, y luego registrado debidamente en Sabanalarga.

Así las cosas, por libelo de 29 de enero de 1964, Cecilia Ester Alvear G. de Rocha, Jaime Arturo y Víctor Hugo Alvear G., siendo ya mayores de edad los dos primeros y menor adulto el último, demandaron a Alberto de la Espriella Vélez para que por los trámites de un juicio ordinario se declarase nula la actuación surtida dentro del juicio especial de venta de bienes de menores atrás citado, "desde el auto de 17 de julio de 1953..... hasta la conclusión del juicio especial, incluyendo, desde luego, la providencia aprobatoria del remate...", y nulo igualmente, el remate que se llevó a cabo mediante la actuación mencionada, lo mismo que el registro del mismo y el "de la sentencia aprobatoria de dicho remate"; y que se condenase al demandado a restituir la cuota en el inmueble que fue objeto del referido remate, así como también "los frutos civiles y naturales del bien raíz en referencia".

Como fundamento de las nulidades demandadas se invocó la segunda causal del artículo 451 del C. J., esto es, la inobservancia de formalidades exigidas por la ley para hacer un remate, inobservancia que en este caso se hizo consistir en que no se dio cumplimiento al artículo 1.039 del C. J., de

conformidad con el cual debió librarse despacho al Juez de la ubicación del inmueble objeto de la subasta, para que allí fijara carteles anunciadores del remate y ordenara dar un pregón, despacho sin cuya devolución, debidamente diligenciado, no podía efectuarse el remate según el mismo artículo 1.039 lo manda.

Adelantado el juicio con la oposición del demandado, el Juzgado a-quo, Promiscuo Municipal de Repelón, finalizó la primera instancia con sentencia que acogió las peticiones de la demanda. Apelada ésta decisión por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla desató el recurso mediante fallo de 31 de mayo de 1967, en el cual repitió las mismas declaraciones y condena hechas por el a-quo, pero disponiendo además: que los demandantes debían restituir al demandado la suma pagada por éste como precio del remate, con sus intereses a partir de la fecha del pago y hasta cuando la devolución se lleve a cabo; que los mismos demandantes debían pagar al demandado el valor de las mejoras útiles puestas por éste en el inmueble, desde cuando entró en posesión de él; y que la restitución del inmueble por el demandado, a la vez que las que debían hacerse a éste, tendrían lugar una vez ejecutoriado el fallo.

La Sentencia del Tribunal.

Después de relacionar los antecedentes del litigio, el Tribunal entra en materia empezando por examinar la excepción de extemporaneidad de la acción, y a propósito de ello, luego de referirse expresamente a las peticiones de nulidad contenidas en la demanda, dice que según ellas "... la nulidad se guía contra el remate y su aprobación.....De tal petición, sin esfuerzo, se observa que no se ha demandado la nulidad del juicio especial, sino la diligencia de remate con fundamento en la causal alegada. Es de anotar que no se ha impetrado la nulidad de piezas aisladas del juicio especial que no incidan en el acto del remate, sino que como específicamente aparece en la demanda, la nulidad va contra este remate, sin que afecte la actuación anterior a la fecha del acto indicado y sí directamente al remate".

Pasa luego a analizar la nulidad demandada, y concluye en que la acción incoada es viable por concurrir en el caso las condiciones legales según las cuales: a) en los juicios ejecutivos constituye nulidad la falta de las formalidades previstas para hacer el remate; b) esta causal es aplicable a todos los juicios en que haya remate; y, c) la misma nulidad, una vez aprobado el remate "solo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante". Haciendo comentarios acerca de las formalidades previstas por la ley para hacer el remate de bienes, llega al resultado de que está demostrado que en el caso de autos no se le dio cumplimiento a la contemplada por el artículo 1.039 del C. J., por lo cual estima que el remate impugnado está afectado de la causal de nulidad invocada en la demanda, y como consecuencia de ello proceden las restituciones mutuas entre las partes, por concepto de frutos y mejoras, para efecto de las cuales considera al demandado como poseedor de buena fe.

La Demanda de Casación

Como se anunció atrás, contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandada, quien en la demanda respectiva propone contra aquella dos cargos que se pasan a estudiar separadamente, así:

Primer cargo. Se formula por la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y se hace consistir en la violación del artículo 451 del C. J., por aplicación indebida.

Para sustentarlo el recurrente empieza por recordar cómo se adelantó el procedimiento de licencia para vender bienes de los entonces menores Cecilia Ester, Jaime Arturo y Víctor Hugo Alvear González, y cómo se llevó a cabo la respectiva subasta, su aprobación y posterior registro, habiéndole sido adjudicado el bien subastado a Alberto de la Espriella en calidad de rematador.

Agrega luego que nadie niega que ese procedimiento constituye un juicio especial, de jurisdicción voluntaria, y reproduce enseguida el texto de los artículos 809, 805, y 810 del C. J., relativos a dicho juicio, para deducir de éstos que él abarca desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, hasta la aprobación del remate, y que en el mismo son partes el representante del incapaz y dicho Ministerio, que actúa a lo largo de todo el proceso como defensor de incapaces (Art. 172 del C. J.), con todas las prerrogativas de parte e inclusive con la especial de deber serle notificadas personalmente las providencias que se pronuncien (Art. 312, del C .J.), todo lo cual explica que el artículo 169 ibídem diga que en el adelantamiento de los asuntos civiles los Agentes del Ministerio Público se asimilan a los apoderados judiciales.

Recuerda luego el recurso que en el juicio de licencia para vender bienes de menores puede darse la segunda de las causales de nulidad contempladas por el artículo 451 del C. J. para el juicio ejecutivo, pues el artículo 452 la hace extensiva a todo juicio especial en que haya remate de bienes. Causal que, luego de aprobado el remate, debe proponerse en juicio ordinario, con audiencia del rematante, según lo manda el artículo 457 del mismo estatuto, que fue lo que ocurrió en el caso materia del presente juicio.

"Resulta obvio, dice el recurrente, que la acción de nulidad a que vengo refiriéndome solo puede ejercitarla quien fue parte en el juicio (XLII, 621) y con citación de todos los que igualmente fueron parte en él, ya que la anulación de un acto procesal debe ventilarse con la presencia de quienes participaron en su constitución, tal cual ocurre en la pretensa anulación de actos sustanciales", y cita en apoyo de su tesis doctrinas de la Corte (G. J. T.LXV, Pág. 58, y T.XCI, Pág. 94). Pero sucede —agrega— que en la demanda que inició el presente juicio ordinario de nulidad no se demandó al Ministerio Público, "quien fue parte principalísima en el juicio donde el remate se efectuó, ya que se le citó, dio concepto y luego se le notificaron personalmente todas las providencias", habiendo aquella llamado al juicio únicamente al rematante Alberto de la Espriella. De donde concluye: "Debiendo estar la parte demandada compuesta por dicho Ministerio y el rematante, solo fue demandado éste y tratándose de un litisconsorcio necesario, no se podrá proferir fallo de mérito frente a una parte incompleta, de modo que ha debido dictarse sentencia inhibitoria. Y como ello no fue así, pues el fallo es de fondo, se violó por aplicación indebida el artículo 451 del C. J. que consagra la acción de nulidad ejercitada, norma que es de carácter sustancial como lo ha entendido la Corte..... (XCI, 455)".

Se Considera:

I — Como es sabido, la figura procesal del litis consorcio necesario surge cuando la relación de derecho substancial sobre la cual ha de pronunciarse el Juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del Juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquella, sino necesariamente con la de todos. Solo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e integralmente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal, y por lo mismo solo cuando las cosas son así podrá el Juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio.

II — Según se desprende de la interpretación razonable que a la demanda inicial de este juicio le dio la sentencia ahora recurrida en casación, interpretación que por lo demás no fue objeto de cargo alguno en el recurso, mediante aquella no se pretendió la nulidad procesal del juicio especial de licencia para vender bienes de menores

que se adelantó ante el Juzgado Civil del Circuito de Cartagena, sino la del remate voluntario mismo con que culminó tal juicio, o sea del acto en virtud del cual fueron vendidos los derechos de los menores en el inmueble "Sastre" objeto de aquella licencia judicial. Pretensión de nulidad ésta que se apoyó, y con esa base fue declarada por el Tribunal en su sentencia, en la segunda de las causales de nulidad que en relación con el juicio ejecutivo contempla el artículo 451 del C. J., esto es, en "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes" conforme al artículo 452 ibídem.

Ahora bien, en relación con la causal en referencia considera la Corte que la nulidad consagrada en ella no es tanto procesal como sustancial. Desde luego, las formalidades cuya observancia sanciona tal causal tienen la calidad de procesales, mas solo en cuanto deben ser atendidas y satisfechas dentro de un proceso; pero prevalecientemente son sustanciales, porque se refieren a un título de enajenación de bienes, más concretamente, al contrato de venta que, con mayores veras cuando es voluntaria, lleva implícita toda pública subasta. Esta es acto complejo de disposición de bienes, es decir acto integrado por una serie de actividades parciales entre las cuales están comprendidas las formalidades cuya omisión erige en causal de nulidad el numeral 2º del artículo 451 comentado; lo cual significa que tales formalidades constituyen requisitos componentes de aquel acto, necesarios para la validez del mismo, es decir, requisitos ad substantiam, de aquellos cuya omisión vicia de nulidad el acto para el cual la ley los exige, conforme al artículo 1.740 del C. Civil.

Tesis la anterior tanto más sostenible cuanto que la nulidad contemplada en el numeral 2º del artículo 451 en referencia no responde, como ocurre con las nulidades generales de todo proceso, a una defectuosa constitución de la relación procesal que acarrea el desconocimiento de los principios que informan la organización judicial o la violación del derecho de defensa. Simplemente se sanciona con aquella nulidad la inobservancia de medidas exigidas por la ley en salvaguardia y protección inmediatas de intereses patrimoniales del propietario del inmueble objeto de un remate, en cuanto con tales medidas se procura ante todo lograr que en provecho de dicho propietario el remate se haga en las mejores condiciones posibles por lo que al elemento precio se refiere.

III — Viene así a resultar, entonces, que si cuando se demanda la nulidad de un remate por la causal prevista en el numeral 2º del artículo 451 del C. J., se está impugnando dicho acto como se impugna un contrato cualquiera, al juicio respectivo no tienen que comparecer sino quienes fueron partes en el contrato que el remate envuelve, esto es, el ex-propietario del bien rematado y el rematante, y con ellos queda cabalmente integrada y constituida la respectiva relación jurídico-procesal. Que es lo que ocurre en el caso de autos, en el cual figuran como demandantes de la nulidad las mismas personas cuyos derechos en el inmueble "Sastre" fueron objeto de remate en el juicio especial de venta de bienes de menores, y como demandado quien actuó como rematante en esa licitación.

No era, pues, el caso de llamar a este juicio, como litisconsorte necesario, a quien nada tuvo que ver en calidad de parte contratante en el acto jurídico de disposición de bienes constituido por el remate impugnado de nulo, como es el Ministerio Público. Ni la necesidad de ese llamamiento puede deducirse de la circunstancia de que, por mandato legal, dicho Ministerio hubiera intervenido en ejercicio de su función de defensor de incapaces, dentro de las diligencias judiciales de otorgamiento de la licencia, pues esa función quedó agotada en aquellas diligencias, que era donde estaba destinada a ejercerse, y no podía trasplantarse a otro juicio distinto, por lo demás ya no de jurisdicción voluntaria como aquel, sino contenciosa, así versara sobre la validez del remate celebrado en el primero. El Ministerio Público tiene como tal una órbita de acción con atribuciones precisas y concretas que la ley señala, y desde luego no puede intervenir sino en los casos allí determinados. (G.J.T. LXVII, P. 753).

Por lo dicho el cargo no prospera.

Segundo Cargo. Se formula por la causal segunda del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción acerca del pago de frutos, pues incurrió en ultra-petita".

En desarrollo de esta censura se afirma que en la petición e) de la demanda se solicitó que el demandado fuera condenado a restituir a los demandantes las nueve décimas partes de la finca "Sastre", y en la petición f) que "se declare que debe pagar a mis mandantes .....los frutos civiles y naturales del bien raíz en referencia.... desde el día del remate, fecha en que entró en posesión de dicho bien"; y que la sentencia expresó en el punto quinto que por ser el demandado poseedor de buena fe "condénasele al pago a la parte demandante de los frutos naturales y civiles producidos por la finca o potrero mencionado.....".

Agrega el recurrente que de los términos del libelo y de su intención, que solo consistió en pedir la restitución de las nueve décimas partes del inmueble total, que fue lo rematado, "se deduce en sana lógica que los frutos perseguidos no podían ser otros que los correspondientes a dichos derechos y no los de la totalidad del inmueble..... Por eso la demanda inicial habla de restitución de dicha cuota y de pago de frutos del bien..... vale decir los derechos licitados. Parece igualmente que la intención de la sentencia fue hacer condena en frutos proporcionalmente a los derechos materia del juicio, aunque así no se lee en la parte resolutiva". Y luego de citar los artículos 653, 664, 667, y 2.322 del C. C., expresa: "Por tanto, la locución bien para designar derechos en proindiviso es correcta, no así bien raíz que tiene un significado específico de acuerdo con el artículo 656".

Termina el desarrollo del cargo: "Así, pues, la interpretación de la demanda debe ser que ella se limitó a pedir los frutos del bien perseguido, o sean los derechos de comunidad del demandado, mas no los de toda la finca en que se radican; en cambio la sentencia condena a pagar los de la finca o potrero "Sastre", con lo cual fue más allá de lo pedido, incurrio en ultra petita, y por ende el cargo debe prosperar, a fin de limitar los frutos..... a los que correspondan a las nueve décimas partes de ella".

Se Considera:

El cargo es fundado. Efectivamente, como lo sostiene la acusacion, si en la petición e) de la demanda se solicitó se condenase al demandado a restituir una cuota de nueve décimas partes en el inmueble "El Sastre", era forzoso e ineludible entender que cuando en la peticion f) se impetró que el mismo demandado fuese condenado a restituir frutos, éstos no podían ser sino los producidos por el bien principalmente perseguido, es decir, los correspondientes a aquella cuota de nueve décimas partes del inmueble en mención.

No reparó en esa circunstancia el Tribunal, y por eso no obstante haber condenado al demandado a restituir exactamente el mismo inmueble principalmente demandado, o sea, se repite, las nueve décimas partes del inmueble "El Sastre", lo condenó adicionalmente a restituir los frutos producidos "por la finca o potrero mencionado", es decir, por la totalidad del inmueble "El Sastre", en vez de condenarlo solo a la restitución de los correspondientes a dicha cuota de nueve décimas partes. Aparece así claro, entonces, que el Tribunal excedió los términos de lo realmente pretendido por la parte actora en la demanda a propósito de frutos, e incurrió por lo mismo en incongruencia.

La sentencia, pues, habrá de ser casada, pero solo para que la Corte, obrando como Tribunal de instancia, y con fundamento en las mismas razones que acaban de exponerse, adecúe la condena a restituir frutos a lo que verdaderamente corresponde, según lo antes indicado. En tal virtud, habrán de mantenerse en lo sustancial los restantes pronunciamientos de la parte resolutiva de la sentencia acusada, pero con aprovechamiento de la oportunidad para eliminar lo superfluo que hay en ellos y aún para mejorar su presentación.

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 segunda instancia proferida por el Tribunal Superiror del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967), en el juicio ordinario promovido por Cecilia Ester Alvear González de Rocha y otros contra Alberto de la Espriella Vélez, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Declárase nulo el remate celebrado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena con fecha diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953), aprobado por auto de diez y nueve (19) de los mismos mes y año, dentro de las diligencias sobre licencia para vender bienes de sus hijos menores Víctor Hugo, Cecilia Esther y Jaime Alvear González, promovida por la señora Amira González v. de Alvear como madre de dichos menores, remate relativo a las nueve décimas (9/10) parte de un potrero sembrado de pastos naturales y artificiales, conocido con el nombre de "Sastre", ubicado en jurisdicción del municipio de Repelón, departamento del Atlántico, con una extensión aproximada de trescientas (300) hectáreas, comprendido por los siguientes linderos: Por el norte, arroyo "Cien Pesos", inmueble de Carlos Alvear, arroyo "Campo Alegre" y finca o inmueble de la Cooperativa de Agricultores; por el sur, con inmueble de Antonio Utria; por el este, con inmueble de Felicidad E. Fontalvo y arroyo de "Sabanas"; y por el oeste, con inmueble o finca de Atilano Ortega y camino de "Bartolo" de por medio, con finca o inmueble de Antonio Alvear.

Segundo. Condénase al señor Alberto de la Espriella Vélez a restituir a Cecilia Ester Alvear Gónzalez de Rocha, Jaime Arturo Alvear González y Víctor Hugo Alvear González, la cuota de nueve décimas (9/10) partes en el inmueble "Sastre" a que se refiere el numeral anterior, restitución que se hará una vez ejecutoriada esta sentencia.

Tercero. Condénase al señor Alberto de la Espriella Vélez a restituir a los demandantes los frutos naturales y civiles correspondientes a la cuota de nueve décimas (9/10) partes del inmueble "Sastre" en referencia, percibidos por aquél a partir de la contestación de la demanda, frutos que se regularán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

Cuarto. Los demandantes restituirán al demandado Alberto de la Espriella Vélez, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de veintisiete mil pesos moneda corriente ($ 27.000.oo), pagada por éste por concepto de precio del remate aquí declarado nulo, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha en que se efectuó el pago hasta cuando la restitución se realice.

Quinto. Los demandantes abonarán al demandado señor Alberto de la Espriella Vélez el valor de las mejoras útiles puestas por éste en el terreno citado desde el momento en que entró en posesión del mismo.

Costas en la primera instancia a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

IMPUGNACION DEL ESTADO CIVIL

Es acción distinta a la encaminada a rectificar las actas de dicho estado. Término para impugnar; su caducidad produce ipso jure la extinción del derecho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, nueve de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 38 de 13 de mayo de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de marzo de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de María Antonieta Pellicer v. de Vallejo contra Diana Vallejo de Vélez.

El Litigio.

Mediante libelo repartido al juzgado 3º Civil Municipal de Medellín, María Antonieta Pellicer v. de Vallejo llamó a juicio ordinario de mayor cuantía a Diana Vallejo de Vélez, en solicitud de los siguientes pronunciamientos:

a) Que la demandada no es hija suya, pues la actora nunca ha tenido hijos;

b) Que por lo mismo, tampoco puede ser hija del matrimonio que la demandante contrajo con Carlos E. Vallejo, no obstante le daclaración que aparece en la certificación del Notario 4º de Bogotá.

c) Que, en consecuencia, el reconocimiento de la demandada como heredera única de Carlos E. Vallejo, en su condición de hija legítima, hecho por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín en el juicio de sucesión de aquel, le es inoponible a la demandante como cónyuge sobreviviente del causante y su heredera universal; y

d) Que, por haber sido instituida por Carlos E. Vallejo en su testamento como heredera universal, tiene la demandante mejor derecho que la demandada a recoger la herencia de aquel.

Como hechos fundamentales de su pretensión afirma la demandante, en resumen, que contrajo matrimonio católico con Carlos E. Vallejo el 8 de enero de 1926; que en el testamento abierto otorgado mediante la escritura 273 de 12 de febrero de 1959, pasada ante el Notario Segundo de Medellín, su marido la instituyó heredera universal por no haber tenido descendencia y haber fallecido sus ascendientes; que Vallejo falleció el 30 de agosto de 1963, y en su juicio de sucesión se reconoció a la demandante como heredera, al tenor del testamento; que por no haber tenido descendencia en su matrimonio, ella y su marido decidieron recoger y criar como hija a la niña Dolores González Restrepo, la cual había sido llevada a la Casa de Pobres de Belencito el 27 de septiembre de 1934, de un día de nacida, y que el 13 de septiembre de 1938 les fue entregada a ellos con el nombre de Diana, previo acuerdo con el Síndico de ese establecimiento; que, según aparece en el libro de ingresos a la Casa de Pobres de Belencito, los verdaderos padres de la niña eran Pedro Luis González y Ester Restrepo; que el 21 de septiembre de 1942, Carlos E. Vallejo denunció en la Notaría 4ª de Bogotá el nacimiento de Diana como ocurrido el 20 de agosto de 1935, y la hizo figurar como hija

legítima suya y de María Antonieta Pellicer; que en uno de los viajes que en compañía de la niña hicieron aquellos a México, la mandaron bautizar como hija legítima suya, tal como aparece en la partida sentada el 30 de enero de 1943 en la Iglesia Parroquial del Purísimo Corazón de María, de Col. del Valle; que con base en la copia de la partida extendida ante el Notario 4º de Bogotá, Diana Vallejo de Vélez fue reconocida en el juicio de sucesión de Carlos E. Vallejo como única heredera del causante; que la niña que les fue entregada en la Casa de Pobres de Belencito en 1938, es la misma que aparece en las actas mencionadas con el nombre de Diana y como hija legítima del matrimonio Vallejo-Pellicer, pero que este hecho no es suficiente para darle a la demandada un estado civil que por naturaleza no tenía ni podía tener; que Carlos E. Vallejo no aceptó en ningún momento la paternidad legítima que se le atribuye y así se explica su afirmación de que carecía de descendencia legítima, hecha en el testamento; que dadas las condiciones de la demandante y de su marido, y después de haber cuidado esmeradamente de la crianza y educación de Diana por más de veinte años no podrían desconocerle a ésta su condición de hija legítima si realmente lo fuera.

Adelantado el trámite de la primera instancia con oposición de la demandada, el Juzgado desató la litis en sentencia de 4 de julio de 1966. mediante la cual acogió las súplicas del libelo y condenó en costas a la parte demandada, la cual apeló de esa resolución. El Tribunal confirmó el fallo recurrido. adicionándolo en el sentido de declarar infundadas las excepciones propuestas por la demandada, y condenó a ésta en las costas de la segunda instancia. Contra esta decisión interpuso la parte vencida el recurso extraordinario que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia Impugnada.

Nota el sentenciador que la acción ejercitada por la demandante es la de desconocimiento del estado de hija legítima que, según el acta de nacimiento, tiene la demandada; que al tenor de los artículos 392, 393 y 394 del C. C., las actas que pregonen el estado civil pueden impugnarse "ya por la autenticidad y pureza que acreditan ese estado, bien por la identidad de la persona a que se refiere, ora por la verdad de la declaración que contengan"; y que "en el aspecto últimamente citado radica la causa petendi o hecho jurídico de donde proviene el objeto de la demanda".

Se refiere luego a las pruebas que aportó la demandate con el propósito, según el Tribunal, de impugnar las partidas de bautismo y de nacimiento de la demandada, por falta de verdad de su contenido, y observa que "aparece totalmente desprovisto de explicación que un padre de familia, si realmente lo es, declare razonadamente ante un depositario de la fe pública (Notario y testigos), en acto de tanta trascendencia como es su propio testamento, que carece de descendencia; certificaciones expedidas por la Hermana Superior del Hospicio en Medellín, según las cuales el verdadero nombre de Diana Vallejo es el de María Dolores González Restrepo, la cual le fue entregada, de acuerdo con el Síndico, a los esposos Carlos Vallejo y María Antonieta Pellicer, el 27 de septiembre de 1934, por provenir de una entidad de beneficencia pública, "con finalidades nobles y altruistas, obviamente, es muy significativo su contenido y, ontológicamente apreciados, ofrecen mayor credibilidad que las actas de estado civil de la demandada" que este elemento de convicción no fue desvirtuado, y, antes bien, se halla respaldado con el testimonio rendido por Samuel Arango Uribe, quien fue Síndico Municipal de Medellín; que, según el dictamen pericial rendido por dos conocidos ginecólogos, no se encontraron vestigios o huellas de que la señora Pellicer de Vallejo hubiera tenido hijos, aunque, como ellos mismos lo advierten, "el criterio de absoluta seguridad, sin lugar a una posible equivocación en este particular es imposible".

"Del anterior análisis probatorio —dice el Tribunal—, y aún admitiendo que los documentos presentados por Diana Vallejo de Vélez para acreditar calidad de hija legítima de los esposos Vallejo Pellicer son perfectos en cuanto a la forma, así como

también que hay identidad de la persona de que se trata, lógico es concluir que dichos documentos se impugnaron eficazmente por falta de verdad de su contenido. Es esta en términos generales, la doctrina que informa el artículo 394 del C. C., según la cual han de tenerse como ciertas las declaraciones que en las partidas del estado civil hagan los interesados, excepto cuando hay prueba en contrario, habida cuenta de que dichas partidas, aún siendo auténticas, sólo pueden dar fe en cuanto a que las declaraciones correspondientes se hicieron al encargado del Registro Civil o al Párroco, doctrina similar a la que informa el artículo 1759 ibídem, respecto a instrumentos públicos.

"Quizás no sobra agregar que, aunque la prueba de la legitimidad se deriva generalmente de la partida de nacimiento, en el evento de impugnación de esta legitimidad son admisibles toda clase de pruebas reconocidas en derecho, pese a la presunción de verdad respecto a lo certificado en tales partidas".

De donde concluye que "al estimarse ajustada a derecho, como se estima, la decisión del a-quo, la providencia ha de mantenerse, adicionándola en cuanto a la no prosperidad de las acciones propuestas, pronunciamiento que se omitió en la sentencia revisada".

La Demanda de Casación.

Formúlanse en ella tres cargos a la sentencia de segundo grado, todos dentro del ámbito de la causal primera. Mas como la Corte encuentra fundado el primero de ellos, contrae a él su estudio.

Cargo Primero.

Denuncia violación directa de los artículos 335 y 336 del Código Civil, por falta de aplicación; del 406 ibídem, por errónea interpretación, a causa de la cual fue aplicado indebidamente; y de los artículos 392, 393 y 394 del mismo estatuto, por aplicación indebida.

Al desarrollarlo expresa el censor que, de conformidad con el artículo 335 del C. C., son dos los motivos que dan lugar a la acción de impugnación de la maternidad que se ejercita en la demanda: el falso parto y la suplantación del pretendido hijo al verdadero; que de tales motivos la demandante escogió el primero; que al tenor del artículo 336, las personas legitimadas para impugnar la maternidad disponen del plazo de diez años para el ejercicio de la acción, contados desde la fecha del parto, y de un bienio más en el supuesto de que inopinadamente salga a la luz un hecho incompatible con la maternidad putativa.

Observa que en este proceso se hallan acreditados los siguientes hechos: a) el matrimonio de Carlos E. Vallejo y María Antonieta Pellicer, celebrado en México el 8 de enero de 1926; b) el nacimiento de Diana Vallejo como hija legítima de ese matrimonio, el 20 de agosto de 1936, según la partida de origen eclesiástico, o el 20 de agosto de 1935 conforme a la partida de origen civil; y c) la notificación del auto admisorio de la demanda a Diana Vallejo de Vélez, el 24 de noviembre de 1965. Que en la respuesta a la demanda propuso la demandada, entre otras excepciones la de petición de modo indebido y la genérica y que en el alegato de conclusión de segunda instancia invocó aquella, para desconocer el derecho ejercitado por la actora, las normas pertinentes del título 18 del Código Civil, sobre maternidad disputada, y transcribe el texto del artículo 336.

Nota que las alegaciones y defensas de la parte demandada apenas le merecieron al Tribunal esta consideración superficial: "En lo que se deja relacionado la Sala no encuentra asidero para las excepciones propuestas por la parte accionada, pues el petitum de la actora no es ilegal ni indebido"; que no se preocupó el sentenciador por hacer el examen de las normas de derecho sustancial que tutelan la acción debatida, sino que se limitó a decir que esa acción es la de desconocimiento de un estado civil, concretando su estudio al análisis de las pruebas constitutivas de ese estado; que desatendió el orden lógico en la elaboración de la sentencia, según el cual

ha de examinarse, ante todo, si a la demandante le asiste o no el derecho; que como para la fecha de promoción del juicio ya había expirado el plazo señalado en el artículo 336 del C. C. para la impugnación de la maternidad, el derecho a ejercitar esa acción se hallaba extinguido; y que por tratarse de un plazo prefijo, cuyo efecto es la caducidad del derecho, el sentenciador debe declararla de oficio. De donde concluye el recurrente que "el reconocimiento por el Tribunal del derecho debatido, envuelve quebranto directo de los artículos 335 y 336 del C. C., por falta de aplicación, ya que la sentencia estatuye en contra de lo que ellos previenen, ignorando su existencia".

Agrega que al sostener el sentenciador que no es ilegal el petitum de la demanda inicial, está afirmando que la ley sanciona el derecho a la acción deducida en el proceso; que aunque no lo cita, para expresar el anterior concepto debió tomar en cuenta el Tribunal el precepto del artículo 406 del C. C.; que si ello fue así, interpretó mal ese canon, aplicándolo indebidamente, porque la imprescriptibilidad de que habla se refiere a la acción de impugnación del verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce. Respalda su aserto en el comentario que el tratadista Luis Claro Solar hace al artículo 320 del Código Civil Chileno, igual al 406 del nuestro y remata así:

"Si en derecho no era viable la acción, no había para qué investigar si eran verdaderas o falsas las partidas de estado civil que se impugnan, por lo cual resultaron violados. por aplicación indebida, los artículos 392, 393 y 394 del C. C., que no vienen al caso".

La Corte Considera:

De dos clases son las acciones consagradas por el legislador con el fin de proteger el estado civil de las personas: las de impugnación y las de reclamación de un determinado estado civil. Las primeras son esencialmente negativas, pues se encaminan a obtener la declaración de que una persona carece del estado civil que ostenta, por no corresponder a la realidad, como acontece con las de impugnación de la paternidad o de la maternidad. Las segundas, por el contrario, son fundamentalmente positivas, puesto que con ellas se persigue la declaración de que una persona tiene un estado civil distinto del que en apariencia posee, tal como ocurre con las de reclamación de filiación paterna o materna.

Por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de la familia y para la estabilidad y seguridad del grupo familiar entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para el ejercicio de las acciones de impugnación (C. C. Arts. 217 y 336). En cambio, permite que el derecho a reclamar el estado civil que realmente se tiene pueda ejercitarse en cualquier tiempo, y de ahí la imprescriptibilidad que para las acciones de esta índole consagra en el artículo 406 del C. C.: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

Muy distintas de las de reclamación o de impugnación de estado son las acciones encaminadas a rectificar o impugnar las actas de estado civil en razón de los errores en ellas cometidos, pues al paso que las segundas persiguen de modo exclusivo la corrección de tales errores, las primeras buscan producir una mutación en el estado civil de una persona determinada. Resulta, por tanto, inadmisible que mediante una acción de rectificación o de impugnación de un acta de estado civil se produzca un cambio del mismo.

Colin y Capitant, en su "Curso de Derecho Civil" expresan a este propósito: "Sucede con frecuencia que la demanda de rectificación suscita una cuestión de fondo relativa al estado del interesado: por ejemplo, un hijo pretende que el apellido que en el acta se atribuye a su padre o a su madre es inexacto, y aún más, que se ha omitido consignar la calidad de casados, con

relación a sus padres, en una palabra, que el acta que se pretende rectificar le atribuye un estado distinto del que en verdad le corresponde. La prueba de la filiación está sometida por el Código Civil a ciertas condiciones especiales que se indican en el título que se ocupa de la filiación. Por consiguiente, hay que evitar que un individuo se exima de cumplir estas reglas disfrazando su verdadera pretensión bajo una cuestión de rectificación". (Pág. 856).

"La acción de rectificación —dicen Planiol y Ripert—, debe ser cuidadosamente distinguida de las acciones de estado..... La ley impone para las acciones de estado condiciones de fondo severas, a las cuales las partes no pueden escapar presentando insidiosamente su demanda bajo la forma de una acción de rectificación de un acta inexacta". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. I. Pág. 235).

Y Claro Solar enseña "que no debe confundirse una acción sobre reclamación de estado civil con la de rectificación de un acta del estado civil; en ésta la rectificación es el objeto único de la demanda; mientras que, al contrario, no es más que el accesorio de la primera, que mira directamente a la determinación del verdadero estado de una persona". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. III. Pág. 75).

Ahora bien: del contexto de las súplicas de la demanda y de los hechos que les sirven de fundamento, aparece que la acción ejercitada como principal en el libelo es la de impugnación de la maternidad de la actora, María Antonia Pellicer v. de Vallejo, en relación con la demandada Diana Vallejo de Vélez, y no la de impugnación o rectificación de las actas de bautismo y de nacimiento de ésta. La primera de las peticiones formuladas, mediante la cual se impetra la declaración de "que la señora Diana Vallejo de Vélez no es hija mía, porque yo no he tenido hijos", no deja ninguna duda acerca de la naturaleza de la acción ejercitada. Y que es de desconocimiento de la maternidad y no de impugnación de las partidas la deducida en la demanda, lo corrobora la propia parte demandante en el alegato presentado ante el Juzgado, cuando después de negarle credibilidad a la partida de nacimiento de Diana, sentada en la Notaría Cuarta de Bogotá, expresa: "Sin embargo no se trata de discutir aquí, ni se ha planteado la cuestión litigiosa desde este punto de vista, sino de la negación de una maternidad que conlleva el desconocimiento de la paternidad de la cual quiere prevalerse la demandada, para recoger la herencia del doctor Carlos E. Vallejo". (Se subraya).

Siendo ello así, el Tribunal ha debido decidir la controversia a la luz de los preceptos sustanciales que disciplinan la impugnación de la maternidad (C. C. Arts. 335 a 338), y no como lo hizo, en conformidad con los artículos 392 a 394 que regulan supuestos distintos a los de la especie litigada.

Conclúyese, por tanto, que el sentenciador infringió las disposiciones últimamente citadas, por indebida aplicación, y las de los artículos 335 y 336 a que se hizo referencia, por falta de aplicación, razón por la cual ha de casarse el fallo recurrido.

Sentencia de Reemplazo.

A efecto de que se pueda excluír de la familia a quien de conformidad con las respectivas actas del estado civil figura como hijo de determinada mujer, sin serlo en realidad, la ley faculta a las personas que señalan los artículos 335 y 337 del C. C. para impugnar ese estado civil, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Entre tales personas figuran, en primer término, "el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo".

Mas como el estado civil, que según el artículo 346 "es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones", no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de ser modificado o desconocido, por la incertidumbre que tal hecho produciría respecto de los derechos y obligaciones emanados de las relaciones de fa-

milia, y por constituír, como ya se dijo, un atentado inadmisible contra la estabilidad y unidad del núcleo familiar, el legislador estableció plazos perentorios dentro de los cuales ha de ejercitarse la acción de impugnación, so pena de caducidad del derecho respectivo.

"Las personas designadas en el artículo precedente —estatuye el 336— no podrán impugnar la maternidad después de transcurridos diez años, contados desde la fecha del parto. Con todo, en el caso de salir inopinadamente a la luz un hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción anterior por un bienio contado desde la revelación justificada del hecho".

Lo cual significa, obviamente, que transcurrido ese término queda definitivamente consolidado el estado civil de hijo legítimo frente a quienes, según las actas respectivas, tienen la calidad de padres, y, por consiguiente, en la hipótesis de que no lo fueran, ya no podrían, ni el marido de la madre supuesta, ni ésta misma, impugnar ese estado civil alegando falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero.

En el caso sub-lite pretende la demandante María Antonieta Pellicer v. de Vallejo que la demandada Diana Vallejo de Vélez no es hija suya, ni de su marido Carlos E. Vallejo, puesto que aquélla nunca tuvo hijos. Alégase, por tanto, suposición de parto como fundamento de la impugnación formulada.

El estado civil de hija legítima de la demandada respecto de la demandante y su marido se halla plenamente acreditada en el proceso, de una parte, con la partida de matrimonio de éstos y con las de bautismo y nacimiento de aquélla; y de otra, con la posesión notoria que de ese estado civil tuvo la demandada por mucho más de diez años, según aparece de los testimonios de Ernesto Bravo, Emilio Montoya y Jorge Pérez y como la propia actora lo admite en la causa petendi de su demanda. Tiénese, por tanto, que demandante y demandada se hallan legitimadas en la causa, por lo que a la acción de impugnación respecta.

Acontece, empero, que la pretensión de la demandante encuentra, para ser acogida, una valla infranqueable en el artículo 336 del Código Civil, a que se hizo referencia, puesto que habiendo tenido lugar el nacimiento de Diana el 20 de agosto de 1936, según aparece de la partida de bautismo, o el 20 de agosto de 1935, como se expresa en el acta de nacimiento sentada en la Notaría Cuarta de Bogotá y en la cual figura como denunciante Carlos E. Vallejo, es lo cierto que de cualquiera de esas fechas a la en que se instauró la demanda, noviembre 12 de 1965, transcurrió con creces el plazo de diez años, que según esa norma, tenía la supuesta madre para impugnar la legitimidad de quien pasa por hija suya. Y como no se ha demostrado la ocurrencia del supuesto previsto en el inciso segundo del artículo 336, prenombrado, el precepto respectivo no tiene aquí aplicación.

Por sabido se tiene que la caducidad produce ipso-iure la extinción del derecho otorgado por la ley, si no se ejercita dentro del plazo prefijo establecido en ella, para tal efecto, y que el juez no puede admitir su ejercicio, una vez expirado el plazo, aunque el demandado no la alegue. En la prescripción, en cambio, el derecho está paralizado por una excepción, en forma tal que si el demandado no la alega expresamente el juez debe reconocer la existencia de aquel. En la hipótesis del artículo 336 memorado se trata de un plazo prefijo, y por lo mismo, su expiración produce la extinción del derecho de impugnar la maternidad que consagra el 335.

Extinguido como está el derecho de la demandante para impugnar el estado civil de la demandada, la calidad de hija legítima que ésta tiene respecto de aquélla, según las respectivas partidas de estado, queda en pie, y, en consecuencia, ha de negarse la súplica primera de la demanda. Otro tanto ocurre con la segunda, puesto que teniendo la demandante la calidad de madre de Diana, y habiéndose producido el nacimiento de ésta después de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio que aquélla contrajo con Carlos E. Vallejo, queda cobijada por la presunción de ser hija

del marido que consagra el artículo 214 del Código Civil. E igual suerte han de correr las restantes, puesto que en su condición de hija legítima de Carlos E. Vallejo tiene la demandada vocación hereditaria en la sucesión de aquél, y, por consiguiente, el reconocimiento que de su carácter de heredera del causante Vallejo hizo el Juzgado que conoce del respectivo juicio de sucesión, debe surtir todos sus efectos.

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 cuatro (4) de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida en el presente juicio ordinario seguido por María Antonieta Pellicer vda. de Vallejo contra Diana Vallejo de Vélez por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y como juzgador de instancia, revoca la de primer grado pronunciada el cuatro (4) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966) por el Juez Tercero Civil Municipal de esa ciudad, y en su lugar niega las peticiones de la demanda, de cuyos cargos absuelve a la demandada.

Las costas del juicio, con excepción de las del recurso extraordinario, son de cargo de la demandante.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REVISION DEL JUICIO DE VENTA

Error jurídico en la interpretación de los contratos. El artículo 1602 del C. C. es norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, doce de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha dos de los corrientes según acta número 45).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 28 de mayo de 1965 en el juicio ordinario de Emilio Yaar Nasser frente a Concepción Salas de Lombardi y otro.

El Litigio.

Ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Barranquilla, Emilio Yaar Nasser trajo a juicio ordinario a Concepción Salas de Lombardi y a Antonio Cheij para que, por los trámites de la vía ordinaria, se tomasen las siguientes determinaciones: a) que se decrete la revisión del juicio especial de venta o adjudicación de cosa hipotecada que adelantó Concepción Salas de Lombardi frente a Emilio Yaar en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla; b) que se revise y reemplace la sentencia dictada por este Juzgado el 2 de mayo de 1958, en el sentido de declarar que dicho juicio de venta de cosa hipotecada fue prematura e ilegalmente promovido, y de absolver, en consecuencia, a Emilio Yaar; c) que se declare "que son muy numerosas las irregularidades de grave trascendencia que afectaron ese juicio, que lo invalida poderosamente, hasta el punto de que no fueron observados los derechos oportunamente hechos valer por el senor Yaar..."; d) que se declare que el precio de la finca rematada es de $ 180.000.00 y que, en todo caso, sobrepasa el doble del precio del remate; c) que se condene a los demandados a pagar al actor la suma de $ 20.000.00, por concepto de perjuicios materiales, y la suma de $ 15.000.00, a título de perjuicios morales; y f) que se ordene la cancelación de todos los registros que con motivo del juicio de venta por revisar se realizaron, especialmente el de embargo de la casa de Yaar y los relativos al remate de dicho bien por Antonio Cheij,

Los hechos constitutivos de la causa petendi se pueden sintetizar así: por escritura pública 1465 otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla el 22 de junio de 1957, Emilio Yaar se constituyó deudor de Concepción Salas de Lombardi, con garantía hipotecaria sobre una casa distinguida con el número 59-55, junto con el solar en que está edificada, inmueble ubicado en la carrera 53 de Barranquilla y determinado por los linderos que se indican en el hecho segundo del libelo; el plazo para el pago de la deuda se señaló en seis meses contados a partir del 22 de junio de 1957, pero se estipuló que la acreedora podría exigir la deuda en caso de mora de dos meses en el pago de los intereses; "pero la deudora procedió prematuramente a reventar a su deudor cumplidísimo", según escrito de un apoderado de éste, que se transcribe en el hecho tercero; en el petitum del libelo que dio lugar al juicio de venta, la actora solicitó que con el producto

del remate le fueran pagados $ 40.000.00 e intereses a la tasa del 2% mensual desde el día 22 de octubre de 1957 hasta la fecha del pago; dicho libelo fue presentado el 5 de noviembre (sic) subsiguiente, cuando apenas habían transcurrido quince días desde el 22 de octubre, lo que significa que al presentarse la demanda Yaar solo debía esos quince días de intereses, evento que no estaba previsto en la escritura como causante del derecho para solicitar el remate del inmueble hipotecado; la suma de $ 60.000.00 en que fue avaluada la finca en el juicio de venta "constituye un precio vil", pues existía otro avalúo oficial de la misma en $ 120.000.00, a lo que se agrega que la objeción por error grave propuesta contra el primero de tales avalúos fue desestimada por falta de prueba; la sentencia de primer grado dictada en el juicio especial de venta no fue apelada oportunamente, o sea "que se ejecutorió sin ser vista por el Honorable Tribunal, que debió haber examinado esa providencia para decidir... en relación con la no oportuna presentación de la demanda"; el apoderado de Yaar propuso la nulidad del juicio en escrito que el libelo transcribe, pero "ese apoderado después de pelear bravamente resolvió pasarse con armas, pertrechos, máquinas, municiones de boca al enemigo" y presentó un memorial de desistimiento de la nulidad propuesta, según escrito que también se trascribe; así las cosas el 28 de enero de 1959 Antonio Chiej remató el inmueble "por la suma vil de $ 58.100.00 estructurándose así una lesión enorme"; el demandado en ese juicio Emilio Yaar sufrió perjuicios consistentes en los costos y honorarios que tuvo que pagar y en los gastos y honorarios del presente proceso, arreglados estos últimos en $ 10.000.00; el nombrado Yaar y su familia también sufrieron perjuicios morales objetivados: y en fin, el rematante Cheij instauró contra Yaar un juicio de entrega del inmueble, el que también le ha ocasionado a este gastos y "le causa el gran perjuicio de las preocupaciones y de la pérdida de tiempo".

Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor; en general negaron los hechos en que esta se funda, tildándolos de apreciaciones personales de su apoderado, y propusieron las excepciones que denominaron de ineptitud sustantiva de la demanda, carencia de acción y cosa juzgada.

El primer grado del juicio culminó con sentencia en que se desestiman las súplicas de la demanda, se absuelve a los demandados y se condena en costas a la parte vencida. Por apelación interpuesta por esta última, o sea por el actor, se surtió la segunda instancia, al cabo de la cual el Tribunal Superior de Barranquilla, en la sentencia que es materia del presente recurso extraordinario, resolvió:

"1º Revócase la sentencia dictada por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, el día cinco (5) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1963), por la cual no se accedió a las solicitudes formuladas por el señor Emilio Yaar Nasser.

"2º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada en este juicio.

"3º Decrétase la revisión del juicio especial de venta o adjudicación del bien hipotecado, promovido por la señora Concepción Salas Lombardi contra el señor Emilio Yaar Nasser, con fecha 5 de diciembre de 1957 y, consecuencialmente, se declara sin valor legal la sentencia de fecha dos (2) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Barranquilla, por la cual se decretó la venta en pública subasta del bien dado en hipoteca por el señor Emilio Yaar Nasser en favor de la señora Concepción Salas de Lombardi, según escritura pública Nº 1465 de 22 de junio de 1957, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, así como la diligencia de remate y del auto de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, cuyo registro en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla se ordena cancelar, y por el cual se aprobó la diligencia de remate en referencia.

"4º Condénase en abstracto a la señora Concepción Salas de Lombardi a pagar al señor Emilio Yaar Nasser los perjuicios materiales y morales causados en razón de la acción que sobre venta o adjudicación del

bien hipotecado, adelantó contra el señor Emilio Yaar Nasser, ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, con fecha 5 de diciembre de 1957.

"5º Absuélvese a los demandados de los demás cargos formulados en la demanda.

"6º Regístrese esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla".

La Motivación del Tribunal.

Relacionados la litis contestación y el desarrollo del juicio, el fallo acusado se extiende en amplias consideraciones, de las cuales solamente se extractan las que son pertinentes al recurso extraordinario.

Comienza el sentenciador por declarar que la revisión del juicio especial de venta de que se trata es procedente a términos de los artículos 473, 1030 y 1197 del C. Judicial. Y seguidamente entra a examinar la cuestión relativa a la súplica que formula el actor en el sentido de que se declare que el referido juicio especial fue incoado prematuramente y que, por ende, el fallo condenatorio proferido en el mismo debe ser declarado ineficaz y reemplazado por la absolución al demandado.

Verifica, en primer término, que la cláusula tercera de la escritura 1465 de 22 de junio de 1957, aducida por Concepción Salas de Lombardi como título en el juicio especial de venta que adelantó contra Emilio Yaar reza lo siguiente: "...Que sobre la suma que recibe en préstamo el exponente abonará a su acreedora intereses a la tasa del uno y medio por ciento mensual, pagaderos tales intereses por mensualidades anticipadas, siendo convenido que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos dará derecho a la acreedora: a) para cobrar intereses a la tasa del dos por ciento mensual; b) para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes por la vía judicial o de cualquier otro modo legal como si el plazo estuviere vencido"; que la demanda en dicho juicio fue presentada el 5 de diciembre de 1957, y no el 5 de noviembre anterior, según se dice en el libelo; y que la acción hipotecaria se ejercitó con fundamento en la estipulación transcrita, o sea antes del vencimiento del término señalado para el mutuo, que era de seis meses prorrogables, el cual vencía el 22 de diciembre de 1957.

Con tales premisas aboca el fallo la interpretacion de la precitada cláusula tercera de la escritura y para el efecto formula consideraciones del siguiente tenor: "Cabe anotar que en este contrato de hipoteca no se estipuló plazo 'a día', si ello se hubiera pactado, vencido ese día debía cumplirse la obligacion. Pero en el contrato se fijo un 'plazo' dentro del cual debían pagarse los intereses. Se fijó el día en que se inicia el término, es decir, el 22 de junio de 1957, pero no se fijo el día en que se venciera el plazo o término, sino que se acordó el pago 'por mensualidades anticipadas', lo que lógicamente indica que ese pago de intereses debía cumplirse en forma anticipada. Pero anticipada a qué fecha? Aparentemente esta fecha debía ser la del 22 del mes siguiente, porque la mensualidad conlleva el transcurso de los treinta días de cada mes, y 'mensualidad es propio de mensualidad', es decir, que dura un mes. En este caso la obligación se contrajo el 22 de junio de 1957, lo que determinaría que la mensualidad vence el 22 de junio del mismo año y así sucesivamente hasta agotar el término de seis meses fijados para el cumplimiento total de ella... El deudor y actual demandante señor Yaar, venía haciendo hasta el 22 de noviembre de 1957 (sic) el pago de los intereses el mismo día inicial de la obligación, es decir, el día con el cual se inicia el mes. Ello indica que las partes entendieron que al consignarse en el contrato que el pago de los intereses debía cumplirse 'por mensualidades anticipadas', ello significa que el término 'anticipadas' entrañaba la cancelación de intereses con la iniciación de la mensualidad. El diccionario define anticipada así: "acción de anticipar. Anticipar: hacer que ocurra una cosa antes del tiempo. Tratándose de dinero, darlo antes del tiempo señalado' ". Y adelante agrega el fallo en relación con el mismo tema: "Es oportuno observar que esta cláusula tercera en su redacción carece de precisión, ya que no precisa el término allí empleado 'anticipadas'.

Anticipar es pagar antes del vencimiento, el extremo contrario de anticipación es vencimiento. En este sentido interpretan los tratadistas de derecho civil. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento la renta se debe pagar en la forma convenida en el contrato, ya sea por día, meses o años, anticipados o vencidos. Al no fijarse con precisión el término de la anticipación, el pago anticipado podía cumplirse antes del vencimiento de la mensualidad, que en el caso de autos y del contrato de mutuo con hipoteca, eran los 22 del mes siguiente a junio de 1957, para la cancelación del valor de los intereses. Así para eliminar la imprecisión, en los contratos de arrendamiento se acostumbra fijar un término de días, dentro del mes, para que se verifique el pago del canon pactado, cuando este se estipula por mensualidades anticipadas, para que quede sin lugar a dudas cuándo o desde cuándo se produce la mora... Teniendo en cuenta que las dudas que surjan en la interpretación de un contrato deben resolverse en favor del deudor por mandato expreso de la ley civil. Por otra parte, si las leyes y el derecho culminan en el reconocimiento de la justicia, y teniendo presente que 'el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno' como lo prevé el artículo 1620 del C. C., es pertinente preguntar: para qué se adicionó o completó la cláusula tercera del contrato, diciendo... siendo convenido que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos, dará derecho a la acreedora... b) para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes...'? Si el no pago de los intereses al primero o segundo día de iniciado el mes correspondiente permitía a la acreedora 'exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes' esa adición es innocua, no es capaz de producir efecto alguno. Si se estipuló 'que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos dará derecho a la acreedora para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes...', es indudable que se otorgaba al deudor un término de gracia para cumplir la obligación y así se servía a la justicia y el derecho en favor de la parte menos favorecida. Y en tal sentido cabe también preguntar: qué beneficio reportaba la acreedora haciendo uso precipitado de la acción hipotecaria? El mismo resultado en cuanto a la efectividad de su derecho hubiera obtenido con la presentación de la demanda al expirar el término de 'los dos meses consecutivos', sin causar daño al deudor. De las consideraciones acabadas de consignar es de concluír que la demanda sobre venta o adjudicación de la cosa hipotecada instaurada por la señora Concepción Salas de Lombardi contra el señor Emilio Yaar, lo fue cuando no se había cumplido el plazo del contrato celebrado, así como que dicha demanda fue presentada cuando el señor Yaar no estaba en mora de pagar dos meses de intereses a su acreedora, como se estipuló en la cláusula tercera en mención".

Corolario de la anterior conclusión es la siguiente: "No habiendo razón para que no se reprima tal abuso (del derecho de litigar), es pertinente hacer la declaratoria sobre pago de perjuicios tanto materiales como morales, ya que, como es obvio, el acreedor que procede intempestivamente a ejecutar a su deudor, sin examen cauteloso sobre la oportunidad para ejercitar su derecho, lo somete a larga y reñida controversia con su escuela de gastos judiciales, honorarios, etc., que producen daño económico cuantioso".

La Impugnación.

Interpuesto el recurso extraordinario por los demandados, fúndase en escrito que contiene seis cargos, en el ámbito de la causal primera de casación, de los cuales solamente se estudia el primero llamado a prosperar. También se advierte que la parte actora formuló oposición a esta demanda.

El cargo que se despacha denuncia "infracción directa de los arts. 1618 y 1620 del C. C. y por reflejo de los arts. 1627, 2221, 1602, 1603, 1608, 1615, 1617, 1551, 1555, 1139, 2488 y 2442 de la misma obra también por infracción directa proveniente de falta de aplicación; y por aplicación indebida, el art. 1553 ibidem, en cuanto dispone que el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, violación que indujo a la de los arts. 1030 y 1197 del C. J. que autorizan la revisión en juicio ordinario de la sentencia dictada en juicio especial de venta de cosa hipotecada".

Transcribe la censura los mismos pasos del fallo acusado que anteriormente se dejaron relacionados para concluír que "el Tribunal entró en la interpretación del contrato de mutuo en lo relativo a la cláusula tercera, y en este camino concluyó que la obligación cobrada en el juicio de venta no era exigible cuando se adujo la demanda, por lo cual revisó dicho proceso para denegar la acción intentada".

Observa el censor que tal pronunciamiento no se fundó en que la referida demanda se hubiera incoado antes del 22 de diciembre de 1957, por ser esta la fecha en que vencieron los seis meses estipulados como plazo total del mutuo, sino porque al presentarla el 5 de diciembre de 1957 la mutuante Salas de Lombardi hizo uso del derecho que en su favor se había estipulado en el contrato de declarar extinguido dicho plazo y exigir la obligación por mora del mutuario en el pago de dos mensualidades de intereses. "Luego el Tribunal acepta que se podía cobrar el dinero mutuado antes del cumplimiento de los seis meses pactados, siempre que hubiera mora en el pago de dos meses de intereses. Además, admite que el contrato proveía que los intereses debían cubrirse en forma anticipada".

"En realidad, los fundamentos de la sentencia residen: a) en que según recibo que obra en el expediente, el señor Yaar pagó los intereses de la deuda hasta el 22 de octubre de 1957, de modo que para estar en mora se requería que transcurrieran dos meses, los cuales se cumplían el 22 de diciembre de tal año; b) en que si bien se pactó el pago de intereses por mensualidades anticipadas, no habiéndose expresado en qué día del respectivo mes debía hacerse ese pago, puede entenderse que el que hiciera en cualquiera de los treinta días del mes, anteriores al 22 del siguiente, era oportuno; c) en que siendo por lo menos dudosa la estipulación sobre el día en que debían cubrirse los intereses, dentro del mes anterior al 22 del siguiente, dicha cláusula debe interpretarse a favor del deudor; d) en que la adición de la cláusula tercera de la escritura en cuanto expresa que la mora en el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes no produce efecto alguno, pues se había dicho en el mismo instrumento que la mora en el pago de dos meses de intereses daba tal derecho al acreedor, por lo cual se concedió al deudor un término de gracia para cumplir la obligación".

Aceptando que es cierto que obra en los autos un recibo en el cual consta que el 22 de septiembre se hizo un pago de intereses por $ 600.00, o sea el equivalente al 1½% mensual de la suma mutuada, ello no indicaría que el 5 de diciembre subsiguiente el deudor no estuviese en mora de pagar dos meses de intereses, los que según el contrato debía cubrirse anticipadamente, o sea que tal pago correspondía a la mensualidad que venció el 22 de octubre de 1957, fecha en que el deudor debió pagar otros $ 600.00 de la mensualidad que vencía el 22 de noviembre, día este en que debió pagar igual cantidad para cubrir los intereses hasta el 22 de diciembre. De lo dicho se concluye que el día 5 de este mes, fecha de la presentación de la demanda, el mutuario estaba en mora de pagar anticipadamente dos mensualidades y, por tanto, la mutuante estaba legitimada para cobrar el capital y los intereses moratorios debidos, a la tasa estipulada del 2% mensual. Esta interpretación es la que se deduciría del texto del contrato y de la intención de las partes, corroborada por el desarrollo práctico que éstas les dieron a sus estipulaciones.

"Dicha interpretación no fue acogida por la sentencia, la cual ensaya otra que no responde ni al tenor ni al espíritu del contrato, como se infiere al cotejar la cláusula Tercera de la escritura de préstamo que expresa que el deudor pagará intereses 'por mensualidades anticipadas' y que 'la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos dará derecho a la acreedora... b) para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes por la vía judicial o de cualquier otro modo legal como si el plazo estuviera vencido (Cdno. 2., fol. 8)', con el sentido que le asigna el Tribunal, o sea que el pago de intereses podía efectuarse en cualquiera de los treinta días anteriores al 22 del mes siguiente, pues vino a computar 'los días que parcialmente conforman la mensualidad anticipada', como lo apunta muy jurídicamente el salvamento de voto".

Con cita de la jurisprudencia de la Corte, según la cual los preceptos de hermenéutica contractual son de obligatoria observancia para los jueces y que su desconocimiento puede inducir a éstos al quebranto de preceptos sustaciales y a incurrir así en error jurídico el censor afirma que su acusación por la vía directa del error jurídico es procedente y, por ello, pasa a fundarlo en este terreno. El artículo 1618 del C. Civil, que ordena darle prevalencia a la intención conocida de las partes habría sido violado por el sentenciador en el presente caso, ya que éstas expresamente manifestaron que los intereses se pagarían por mensualidades anticipadas, "o sea que con anterioridad al 22 de cada mensualidad debían pagarse los intereses de ella", como también habría violado el artículo 1620 ibidem que dispone que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto prefiere a aquél en que no fuere capaz de producirlo, ya que dicho sentenciador le restó toda eficacia a la cláusula tercera en cuestión, según la cual las mensualidades anticipadas a que esta se refiere imponen el pago de los intereses antes de que las mismas comiencen. A consecuencia de estas violaciones, el sentenciador dejó sin empleo las normas sustanciales que se citan como directamente infringidas y que establecen los derechos del acreedor hipotecario, tanto por principal como por intereses, cuando la obligación es exigible y el deudor está en mora; y aplicó indebidamente el artículo 1553 del C. Civil, pues se partió de la base equivocada de que el plazo no se encontraba vencido. "Esta violación provino de la de las disposiciones procesales que introñizan la acción de revisión en juicio ordinario de la sentencia dictada en juicio de venta".

Consideraciones de la Corte:

I - El error jurídico en la interpretación de los contratos.

1) Importa, ante todo, ventilar por una vez más este tema tocante con la preceptiva del recurso extraordinario, ya que él constituye motivo de controversia planteada por el impugnante y el opositor en el presente caso. El primero, con apoyo en doctrinas de la Corte, recalca que su acusación por indebida apreciación del contrato que sirvió de título en el juicio especial de venta de cuya revisión se trata lo es por yerro jurídico denunciable por la vía directa de la causal primera de casación; y el segundo, fundándose igualmente en jurisprudencia de esta Corporación, estima que el error en la interpretación contractual siempre constituye una cuestión de hecho acusable exclusivamente por la vía indirecta de la citada causal.

2) Sabido es que en algunos países, como Francia, Alemania, España, Italia, Chile y otros, el recurso de casación está circunscrito a averiguar si el fallo acusado ha infringido o no la ley sustancial frente a la situación fáctica sub lite, tal cual esta fue apreciada por el sentenciador y que así constituye un thema decissum intangible en el recurso extraordinario. Por tanto, en los aludidos sistemas sí existe una auténtica soberanía de los juzgadores de instancia para evaluar esa cuestión fáctica, sin que a la Corte en casación le sea dado volver sobre ella para rectificar los errores que se hubieran podido cometer a su respecto. Así, es aforismo corriente entre los comentaristas de dichos sistemas, el de que "la indebida apreciación de los hechos determina un fallo malo, pero no un fallo casable".

3) Dentro de esta concepción del recurso de casación ha surgido el problema de decidir si los errores cometidos en la apreciación de los contratos escapan al control de la Corte de Casación, aún en el caso de que los sentenciadores de instancia hayan adulterado la naturaleza específica de estos y les hayan aplicado régimen legal impertinente o dejado de aplicarles el que les es propio, o aunque de modo manifiesto dichos sentenciadores hayan negado la eficacia especial que los contratantes, en uso de la autonomía de voluntad que la ley les reconoce, quisieron atribuírseles a sus estipulaciones.

4) La solución de tan delicado problema ha sido objeto de extenso debate entre los doctrinantes y ha dado lugar a vacilaciones y a contradictorias decisiones jurisprudenciales. La tesis predominante durante largos años fue la de que la apreciación de los contratos es siempre una cuestión de hecho impertinente en casación, y en apoyo de

la misma se han ofrecido variadas razones, tales como las siguientes: la misión de las Cortes de casación es la de procurar la recta inteligencia y la debida aplicación de la ley general, más no así de los contratos que son leyes particulares llamadas a regir en el ámbito restringido de los contratantes; las normas de interpretación de los contratos, sustancialmente las mismas en las legislaciones modernas, son simples guías trazadas al juzgador para que éste cumpla su labor soberana de desentrañar y hacer prevalecer la real intención de los contratantes, y de precisar el sentido de sus estipulaciones oscuras o dudosas, cuestiones estas que indiscutiblemente son de hecho; los contratos siempre se materializan judicialmente a través de pruebas y la apreciación del contenido de estas en el campo contractual, como en cualquiera otro, está confiada discrecionalmente a los jueces de instancia; permitir la revisión del criterio de éstos en la materia equivale a desnaturalizar el recurso extraordinario y a hacerlo degenerar en un nuevo grado del juicio.

5) Pero, aún en los países donde ha regido el comentado sistema restrictivo del recurso de casación, últimamente se ha venido imponiendo en doctrina y jurisprudencia la tesis contraria a la anteriormente expuesta, o sea aquella que propugna la extensión del control en casación a la interpretación de los contratos por los jueces de instancia, a lo menos cuando los yerros de éstos al respecto conllevan la desnaturalización jurídica de dichos contratos y la aplicación a los mismos de un régimen legal impropio, o cuando manifiestamente han desconocido la ley contractual reflejada en las estipulaciones que están dotadas de pleno vigor normativo según la fórmula lapidaria de Donat consagrada por las legislaciones modernas: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes". Este vigor normativo de los contratos vincula también a los jueces, porque es en las partes y no en éllos en quienes el legislador ha delegado la potestad de regular las relaciones privadas dentro de los límites del orden público.

6) Vése, por lo expuesto, que la cuestión de que se viene haciendo mérito conlleva delicadísimas implicaciones en los sistemas foráneos en que la exclusión de los yerros de hermenéutica contractual del control de las Cortes de casación cohonesta la violación de la autonomía de la voluntad privada y el quebranto consecuencial de la ley. Pero tal cuestión no reviste esa trascendencia frente a nuestro ordenamiento procesal, si es que alguna se le puede encontrar después del examen de los numerosos casos traídos a la Corte en el curso de ochenta años.

7) En efecto, sabido es que nuestra legislación se ha apartado de la concepción clásica del recurso extraordinario intronizada por el derecho francés, como quiera que no solo autoriza la casación de los fallos de los tribunales de instancia cuando éstos, habiendo apreciado con exactitud la situación fáctica, incurren en error jurídico al someterla a un tratamiento legal impropio, sino que también permite tal pronunciamiento infirmatorio del fallo cuando a dicho error jurídico se ha llegado a consecuencia de la indebida apreciación probatoria, bien sea porque a determinados medios se les ha dado mérito que no tienen frente a la ley, o porque se les ha negado el que esta les asigna, o porque de modo manifiesto el sentenciador ha supuesto una prueba inexistente en los autos, o ha preterido la que sí obra en ellos, o ha adulterado el contenido objetivo de esta al agregarle cosas que no están en ella (suposición) o al cercenarle las que sí forman parte de dicho contenido (preterición). Clara es la filosofía de este sistema: reconoce que la meta final a que apunta el recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante el aseguramiento de la recta inteligencia y de la cumplida aplicación de la ley sustancial: pero admite que a los desvíos judiciales en este campo también se puede llegar a consecuencia de la adulteración de los presupuestos fácticos que, a la manera de premisa menor de un silogismo, determinan el funcionamiento de dicha ley sustancial y la producción de los efectos jurídicos en ella previstos: y en fin, así lo tiene exhaustivamente declarado la doctrina, esta ampliación del radio del recurso extraordinario no lo convierte en un tercer grado del juicio donde havan de ventilarse todas las cuestiones de hecho que integraron el temario de las instancias, ya que en punto de tales cues-

tiones el examen en casación está circunscrito a averiguar si respecto a determinadas pruebas se han ofrecido errores de valoración o errores evidentes en cuanto a la presencia de las mismas en el proceso o a su contenido objetivo, pero siempre y cuando que tales errores sean inductivos a un tratamiento sustancial inadecuado a la especie litigada.

8) Dentro de tales filosofía y preceptiva legal, la Corte desde que inició su misión unificadora de la jurisprudencia nacional ha venido controlando holgadamente los errores en la apreciación de los contratos, tanto cuando estos errores son de derecho, o sea de valoración probatoria, como cuando versan sobre la presencia o el contenido objetivo de aquellos. Así, ya en punto de la interpretación de los contratos su jurisprudencia tradicional ofrece los siguientes lineamientos fundamentales: a) tal interpretación consiste en averiguar la real intención de los contratantes; b) esta es una cuestión de hecho como quiera que se refiere al tenor de las estipulaciones aisladamente consideradas o en su contexto, a las circunstancias que han rodeado la celebración del contrato, al desarrollo práctico que las partes le hayan dado al mismo, a los usos y costumbres en el punto de que se trate, etc.; c) en tal labor, el Juez debe consultar las normas legales sobre interpretación, las cuales primeramente fueron consideradas comc simples guías o consejos para el efecto, pero últimamente se ha declarado, con sobrada razón, que ellas son de obligatoria observancia, pues la función de la ley no es la de aconsejar sino la de mandar; d) los errorres de hecho que se le imputan al sentenciador en este terreno han de ser manifiestos o evidentes como los requiere la propia ley; e) tales errores de hecho, por sí solos o en cuanto impliquen quebrantamiento de las referidas normas de interpretación contractual, y aunque incidan en el pronunciamiento del fallo acusado no son bastantes para la infirmación de este, sino que además es indispensable para los fines propios del recurso extraordinario que ellos conlleven a la violación de las leyes sustanciales, o sea de las que en presencia de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes, característica esta que no ofrecen las dichas normas de interpretación. Vese, pues, que estos lineamientos cobijan los errores hermenéuticos cometidos respecto de los contratos, con incidencia en la calificación jurídica de estos y en su régimen legal. (15 (sic) octubre 1898, XIV, 52; 9 diciembre 1900. XIX, 148; 15 diciembre 1911, XX, 36; 18 mayo 1943, LV, 298; 3 junio 1946, LX. 661, 27 junio 1948, LXII, 36.; 25 junio 1951, LXX, 19; 28 enero 1952. LXXII, 42 y ss.; 27 abril 1955, LXXX. 65 y s.: 28 abril 1956, LXXXII, 314; 28 febrero 1958, LXXXVII, 124; 20 octubre 1959, XCI, 786, etc.).

9) Sin embargo, algunos fallos de la Corte, de época reciente, han acogido la doctrina foránea que, con el fin ya declarado de someter al control en casación el error en la interpretación de los contratos, considera que cuando tal error incide en la calificación jurídica de estos y en la determinación de su régimen legal constituye error jurídico y no de hecho (Sic. 24 marzo 1955, LXXIX. 976 y s.: 27 abril 1955, LXXI. 65 y s.; 23 febrero 1961, XCIV, 549). En el fallo últimamente citado se condensa esta doctrina así: "...aparece, pues, que en punto de la interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación en estos tres casos: 1º Por error jurídico: a) Cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos, b) Cuando la infracción se produce por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial; 2º Cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio; 3º Cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo del ordinal primero del citado artículo 520".

10) De esta suerte la doctrina últimamente transcrita ha introducido, a manera de creación jurisprudencial innecesaria, un tertium genus en la preceptiva de la causal

primera de casación y que, por lo visto, se hace consistir en error jurídico directo no ya en el entendimiento y empleo de la ley sustancial, sino a consecuencia de la indebida interpretación de los contratos.

11) Pero, según ya quedó enunciado, esta variación de la doctrina tradicional de la Corte carece de mayor trascendencia, porque siempre que se impugne en casación la interpretación que el sentenciador le haya dado a un contrato, el censor necesariamente tendrá que referirse a las pruebas del mismo, a las estipulaciones que de ellas resulten, a su contexto, a los medios que establezcan las circunstancias de su celebración, a los usos o costumbres al respecto, al desarrollo práctico que las partes le hayan dado, etc.; invocará, cuando haya lugar a ello, las normas de hermenéutica contractual que considere violadas, las que, se repite, son meramente instrumentales y, también ineludiblemente, tendrá que demostrar el consecuencial quebranto de leyes verdaderamente sustanciales. Todo ello para que la censura quede formulada de modo completo, para que resulte viable.

12) Entonces, a pesar de que en recurso extraordinario priven el principio acusatorio y el de la dispositividad de la Corte, en forma tal que la aptitud decisoria de élla está circunscrita por la pauta o guía que le trace la impugnación, no por esto ha de atenerse a las expresiones literales empleadas, como si fueran fórmulas sacramentales, sino que debe interpretar la censura de acuerdo con el contenido real de su fundamentación; de no proceder así sacrificaría su misión unificadora de la jurisprudencia y la propia justicia en aras de un tecnicismo excesivo. Tal ha sido la práctica de la Corte determinada por las deficiencias, por cierto muy frecuentes de que suelen adolecer las demandas de casación. Y con mayor razón ha de proceder así cuando ha sido su propia jurisprudencia la que ha introducido innecesaria dicotomía en el tratamiento de una cuestión fáctica en el recurso extraordinario.

III - La mora debitoria en el caso sub lite.

13) Este tema constituye el eje principal del pronunciamiento del fallo acusado y de su impugnación en el presente recurso, puesto que de la determinación de si Emilio Yaar se encontraba o no en mora de pagar dos meses de intereses el 5 de diciembre de 1957, fecha en la cual Concepción Salas de Lombardi instauró contra él su demanda en el juicio especial de venta, depende que dicha demanda hubiera sido prematura o no, y también las consecuencias que deriven de la conclusión al respecto.

14) Etimológicamente las expresiones mora y retardo son sinónimas; pero jurídicamente la noción de la primera es más compleja que la del segundo porque la mora estructura una institución que apareja consecuencias diferentes y más importantes que las del simple retardo. Así, si el deudor no ejecuta la prestación debida en su oportunidad, incurre en retardo y da lugar, por ejemplo, a la acción de cumplimiento. Pero, el simple hecho del retardo no basta para que el deudor quede constituído en mora y para que se produzcan los efectos propios de esta institución, tales como la acción indemnizatoria de perjuicios, la acción resolutoria del contrato, la acción de responsabilidad por la pérdida fortuíta de la cosa, o también los efectos especiales que los contratantes válidamente le hayan querido atribuír esta figura jurídica, v. gr. la extinción del plazo total en los contratos de crédito por instalamentos cuando el deudor se haya constituído en mora de pagar alguno o algunos de estos o de los intereses remuneratorios periódicos. Además es indispensable, por regla general, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación.

15) Dos son, pues, los elementos ordinarios de la mora: el retardo y la reconvención. Consiste el primero, según se dijo, en que el deudor retrase la ejecución de la prestación debida después del momento en que esta se hace exigible: si es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo desde el vencimiento de este, y si es condicional, desde el cumplirse la condición. Este elemento, por su propia naturaleza, solo puede darse en relación con las obligaciones positivas (de dar y de hacer); en el incumplimiento de las negativas (de no hacer) no puede hablarse de retardo, porque mientras el deudor se abs-

tenga del hecho prohibido está cumpliendo; y cuando lo realice deja de cumplir. La reconvención es el requerimiento o reclamo que el acreedor le hace al deudor para que ejecute la prestación debida. Al tenor del ordinal 3º del artículo 1608 del C. Civil la necesidad de esta reconvención es la regla general y, además, ella debe hacerse judicialmente, o sea que es un acto erigido por la ley en solemne, dadas las graves consecuencias que apareja la mora debitoria.

16) Excepcionalmente la propia ley excusa la reconvención judicial para constituír al deudor en mora. Tal sucede en los casos contemplados en los ordinales 1º y 2º del citado artículo 1608. Refiérese el primero de estos al evento de que entre el acreedor y el deudor se haya pactado término para el cumplimiento de la obligación, lo que hace presumir que aquél necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de ese término y que éste queda advertido de tal circunstancia.

Bien está, entonces, que no se exija una nueva reconvención, porque el deudor ya sabe desde la celebración del contrato que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de las consecuencias que este incumplimiento apareja. El aforismo romano dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, acogido además de la nuestra, por varias legislaciones modernas. La segunda excepción establecida por el ordinal 2º del artículo 1608 contempla la hipótesis de que la prestación no pueda ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir. Aquí también se hace innecesario, como es claro, el requisito de la reconvención. En fin, con fundamento en los presupuestos de esta última excepción que también se encuentra establecida en el Código Napoleón, la doctrina y la jurisprudencia francesa han decidido que la constitución en mora del deudor mediante reconvención tampoco es exigida cuando el incumplimiento es definitivo, como cuando ha perecido la especie debida, o cuando el deudor ha manifestado no estar dispuesto a ejecutar la prestación, como cuando el asegurador niega la indemnización por no considerarse obligado a cubrir el riesgo acaecido. La lógica también impone esta solución en el derecho colombiano con fundamento en los principios que informan la mora debitoria.

17) Mediante escritura 1465 otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla el 22 de junio de 1957, Emilio Yaar se constituyó deudor de Concepción Salas de Lombardi por la suma de $ 40.000.00 recibida a título de mutuo, con intereses a la tasa del 1½% mensual y con plazo de seis meses contados a partir de la fecha del instrumento. En punto de los intereses la cláusula tercera del citado instrumento reza: "Que sobre la suma que recibe en préstamo el exponente abonará a su acreedora intereses a la tasa del uno y medio por ciento (1½%) mensual. pagaderos tales intereses por mensualidades anticipadas, siendo convenido que la mora en el pago de los intereses por dos (2) meses consecutivos dará derecho a la acreedora: a) para cobrar intereses a la tasa del dos por ciento (2%) mensual; b) para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes por la vía judicial o de cualquier otro modo legal como si el plazo estuviere vencido" (subraya la Corte).

18) La primera parte de la cláusula transcrita y subrayada no puede ser más clara ni admite interpretación distinta a la de que el mutuario Yaar se obligó a pagarle a su acreedora la suma de $ 600.00 mensuales por concepto de intereses, determinando el modo temporal de la ejecución de esta prestación en el sentido de que ella debía realizarse anticipadamente, o sea en forma tal que la acreedora recibiera esa precisa suma al comenzar cada una de las seis mensualidades del plazo estipulado para el pago del principal. Así comenzó por entenderlo el sentenciador al decir en su fallo: "En este caso la obligación se contrajo el 22 de junio de 1957, lo que determinaría que la mensualidad vence el 22 de julio del mismo año y así sucesivamente hasta agotar el término de seis meses fijados para el cumplimiento de ella". Y hasta en apoyo de esta interpretación que surge del claro tenor literal del contrato, agrega el fallo: "El deudor y actual demandante señor Yaar, venía haciendo hasta el 22 de noviembre de 1957" (sic) el pago de los intereses el mismo día inicial

de la obligación, es decir, el día con el cual se inicia el mes. Ello indica que las partes entendieron que al consignarse en el contrato que el pago de los intereses debía cumplirse 'por mensualidades anticipadas', ello significa que el término 'anticipadas', entrañaba la cancelación de intereses con la iniciación de la mensualidad. El diccionario define **anticipada así**: Acción de anticipar. **Anticipar**: hacer que ocurra una cosa antes del tiempo. Tratándose de dinero, darlo antes del tiempo señalado' ". De suerte que el Tribunal sentenciador, para reforzar la interpretación que naturalmente surgía de las voces empleadas por las partes en su comentada estipulación contractual, hizo uso de otros dos criterios de hermenéutica: el gramatical que sirve para precisar el uso común de los vocablos y locuciones, y el legal prescrito por el artículo 1618 del C. Civil, en concordancia con el 1622 ibidem. conforme a los cuales debe dársele prevalencia a la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras usadas por éllos, intención que se revela por la aplicación práctica que las mismas les han dado a sus estipulaciones. Pero, las precitadas conclusiones del Tribunal, abonadas por la sana crítica y por la preceptiva legal, resultan contradichas por el mismo cuando éste se extravía en consideraciones que no tienen asidero y resultan contraevidentes e inductivas a errores jurídicos, tales como las siguientes: "Anticipar es pagar antes del vencimiento, el extremo contrario de anticipación es vencimiento. En este sentido interpretan los tratadistas de derecho civil... Al no fijarse con precisión el término de la anticipación, **el pago anticipado podía cumplirse antes del vencimiento de la mensualidad**, que en el caso de autos y del contrato de mutuo con hipoteca, eran los 22 del mes siguiente a junio de 1957 para la cancelación del valor de los intereses. Así para eliminar la imprecisión, en los contratos de arrendamiento se acostumbra fijar un término de días, dentro del mes, para que se verifique el pago del cánon pactado cuando este se sitúa por mensualidades anticipadas..." (subraya la Corte). En primer lugar el extremo contrario de **anticipación** no es **vencimiento**, según lo cree el sentenciador, sino **retraso** o **retardo**, y **anticipar** es, como ya lo había dicho aquél, "hacer que ocurra una cosa antes del tiempo. Tratándose de dinero darlo antes del tiempo señalado". Los intereses son los frutos civiles de los capitales exigibles (C. C. 718) y, para determinar las relaciones entre el acreedor y el deudor, el principio consagrado por la ley es el de que estos se devengan día por día (ibidem, arts. 849, 624 y 813 etc.). Por lo tanto si el deudor se obliga a pagarlos por mensualidades anticipadas, lógica y jurídicamente debe cubrir en tal forma los intereses **de todos los días correspondientes a cada mensualidad** para que el acreedor así los **perciba** (ibidem art. 717), que es lo que busca el pacto en cuestión. Al decir el fallo acusado que "al no fijarse con precisión el término de la anticipación, el pago podía cumplirse antes del vencimiento de la mensualidad, que en el caso de autos y del contrato de mutuo con hipoteca, eran los 22 del mes siguiente a junio de 1957 para la cancelación de los intereses", incurrió en palpable contraevidencia, pues supuso, contra el tenor literal de la estipulación y la real intención de las partes ya averiguada por él, que si el deudor pagaba a los quince o a los veintinueve días después de iniciada la mensualidad estaría pagando **toda esta anticipadamente**, cuando lo palmario es que, de proceder así, estaría pagando los intereses de una quincena o los va devengados en 28 días, y solamente estaría anticipando los de la quincena o los de los dos días subsiguientes, respectivamente.

19) Ahora bien, estos errores manifiestos de hecho, se repite, contradicen la conclusión primeramente deducida por el propio sentenciador al tenor de la escritura y de la intención de los contratantes ratificada por éstos en la aplicación práctica del contrato a saber: que el deudor Yaar tenía que pagarle a su acreedora $ 600.00 el día 22 de cada uno de los meses de junio a noviembre de 1957 para que ésta percibiera así **anticipadamente** el valor de los intereses correspondientes al plazo del mutuo que venció el 22 de diciembre subsiguiente. De otro lado, y por lo ya dicho, tales errores implican violación por falta de aplicación de los artículos 1618, 1620 y 1622 del C. Civil, tocantes con la preceptiva de la interpretación contractual e invocados los dos primeros en la censura. Y corolario de los mismos erro-

res es el quebranto también por falta de aplicación del artículo 1608 ibidem, ya que conforme a éste el mutuario Yar quedó constituído en mora al dejar de pagar el 22 de octubre de 1957 los intereses de la mensualidad subsiguiente que expiró el 22 de noviembre y al no hacer lo propio en esta fecha respecto de los intereses de la mensualidad que venció el 22 de diciembre, conclusión esta a que se llega, bien sea que se considere que al estipularse el pago anticipado de la totalidad de los intereses correspondientes a cada una de esas mensualidades ello implicaba el establecimiento de un plazo necesario que vencía el mismo día de la iniciación de cada mensualidad (art. 1608, ord. 1º, en concordancia con el art. 1551), o bien que dejando pasar el deudor ese día ya no podía ejecutar su prestación en la forma estipulada (art. 1608, ord. 2º).

III - Los efectos de la mora debitoria en el caso sub lite.

20) Como ya quedó dicho, la mora debitoria produce los efectos predeterminados por la ley, como la obligación indemnizatoria de los perjuicios causados al acreedor (art. 1615), la acción resolutoria del contrato (art. 1546), la responsabilidad por el caso fortuito (art. 1604), etc. como también puede aquella producir otros efectos distintos que le asignen los contratantes en ejercicio de la autonomía de voluntad que la ley les reconoce. En el contrato de mutuo celebrado entre las partes en este juicio se encuentran las siguientes previsiones tocantes con la mora; en la cláusula tercera, a vuelta de la estipulación de intereses remuneratorios a la tasa del 1½% mensual pagaderos por mensualidades anticipadas, se expresa: "siendo convenido que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos dará derecho a la acreedora: a) para cobrar intereses a la tasa del 2% mensual; b) para exigir el pago de la suma adeudada y de sus intereses pendientes por la vía judicial o de cualquier otro modo legal como si el plazo estuviere vencido"; y en la cláusula cuarta se dice: "que si hubiere mora en la devolución del capital los intereses se pagarán a la tasa del 2% mensual, como pena por el incumplimiento, sin perjuicio de las acciones legales de la acreedora".

21) Refiriéndose a las precitadas estipulaciones, el fallo acusado formula los siguientes comentarios: "Por otra parte si las leyes y el derecho culminan en el reconocimiento de la justicia, y teniendo presente que 'el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno', como lo prevé el artículo 1620 del C.C., es pertinente preguntar: para qué se adicionó o completó la cláusula tercera del contrato, diciendo... siendo convenido que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos, dará derecho a la acreedora... b) para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes...?' Si el no pago de los intereses al primero o segundo día de iniciado el mes correspondiente permitía a la acreedora 'exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes' esa adición es innocua, no es capaz de producir efecto alguno. Si se estipuló que la mora en el pago de los intereses por dos meses consecutivos dará derecho a la acreedora para exigir el pago de la suma adeudada y sus intereses pendientes...', es indudable que se otorgaba al deudor un término de gracia para cumplir la obligación y así se servía a la justicia y el derecho en favor de la parte menos favorecida. Y en tal sentido cabe también preguntar: qué beneficio reportaba la acreedora haciendo uso precipitado de la acción hipotecaria: El mismo resultado en cuanto a la efectividad de su derecho hubiera obtenido con la presentación de la demanda al expirar el término de 'los dos meses consecutivos', sin causar daño al deudor".

22) Manifiestos son los errores de hecho y jurídicos que implican las precitadas apreciaciones del sentenciador. En primer lugar, es evidentemente inexacto que la estipulación relativa a la forma en que debían pagarse los intereses "por mensualidades anticipadas", consignada en la primera proposición de la mencionada cláusula, hubiera sido reproducida superfluamente por el literal b) con que finaliza dicha cláusula, conforme al cual la mora por dos meses en el pago de los intereses confería a la acreedora el derecho "para exigir el pago de la suma

adeudada y sus intereses pendientes... como si el plazo estuviera vencido". Obvio es que la primera de tales estipulaciones solo determina la forma de pago de los intereses, al paso que la segunda establece uno de los efectos que habrían de seguirse por el incumplimiento de aquella. Por tanto, esta confusión conlleva al quebranto del artículo 1620 del C. Civil en que el fallo dice apoyarse, puesto que su desacertada interpretación deja precisamente sin efecto alguno el pacto referente a la mora contenido en el dicho literal b) de la cláusula tercera del contrato. En segundo lugar, tampoco se entiende cómo encontró el sentenciador en esta cláusula un "plazo de gracia", y una "parte menos favorecida". Si los efectos asignados a la mora en el pago de los intereses agravaban la situación del deudor al aumentar la tasa de los mismos, dentro del plazo del mutuo, del 1½% al 2% mensual y si le permitía a la acreedora dar por vencido anticipadamente dicho plazo, tales previsiones están bien lejos de constituír una "gracia" para el deudor. Tampoco se entiende como en un contrato de mutuo con intereses, que es oneroso por tener utilidad para ambos contratantes, pueda hablarse de "una parte menos favorecida".

23) La cláusula cuarta del contrato antes transcrita, sobre pago de intereses a la tasa del 2% mensual en el caso de mora en el pago del capital, o sea después del vencimiento del plazo total del mutuo, nada agrega al régimen legal pertinente, pues, según el artículo 1615 del C. Civil, la indemnización de perjuicios se causa desde que el deudor se ha constituído en mora de cumplir y respecto de las obligaciones a dinero tales perjuicios traducen principalmente en los intereses moratorios que son, en primer término, los convencionales conforme a la regla primera del artículo 1617 ibídem. Por el contrario, la cláusula tercera del contrato sí estableció dos efectos extralegales de la mora en el cumplimiento de la obligación accesoria tocante con los intereses que debían ser pagados por instalamentos mensuales anticipados, a saber: el aumento de los intereses remuneratorios, o sea de los correspondientes al plazo del mutuo, del 1½% al 2% mensual; y el derecho potestativo otorgado a la acreedora para declarar vencido dicho plazo y para exigir el pago del principal y sus réditos. Dicho está ya que el sentenciador, a consecuencia de su errónea interpretación de estas estipulaciones extralegales, las dejó sin efecto con quebranto del artículo 1620 del Código Civil, a lo que se agrega que tales errores determinaron también la infracción del artículo 1602 ibidem, precepto que consagra la normatividad de la ley contractual.

Por lo tanto, el cargo está llamado a prosperar.

24) En fin, el presente recurso ofrece la oportunidad de rectificar otras doctrinas tocantes con la preceptiva del error jurídico consecuente de la indebida apreciación de los contratos. A ellas ya se había aludido en este fallo; pero su declaración se simplifica después de las consideraciones relativas al despacho concreto de la censura.

25) En primer lugar, no es exacto que al referido error jurídico se llegue solamente en los casos en que la indebida interpretación del contrato determina una desacertada calificación del mismo en punto de su esencia (**essentiali negotii** o de su naturaleza (**naturalia negotii** (c.c. art. 1501), y un tratamiento jurídico inadecuado, bien sea porque se le aplique un régimen legal impertinente, o bien porque se le sustraiga del que le es propio. Además de estos casos a que la ya citada doctrina de la Corte redujo la operancia en casación del referido error, este también se ofrece cuando el sentenciador desconoce los efectos especiales del contrato (**accidentalia negotii**), vale decir cuando le niega eficacia a las estipulaciones en que los contratantes, usando de su legítima autonomía de voluntad, o bien descartan totalmente los efectos que la ley le asigna a dicho contrato en normas supletivas propuestas en consideración a su naturaleza o tipicidad, o bien modifican esas determinaciones legales supletivas; o lo que es más, le introducen al contrato efectos extralegales, o sea extraños a las previsiones de la ley, como sucede en el presente caso o ya que,

según quedó visto, en el mutuo celebrado por las partes éstas le atribuyeron a la obligación del mutuario sobre pago de los intereses remuneratorios por instalamentos consecuencias especiales no previstas por la ley: el aumento de la tasa de dichos intereses aún antes de hacerse exigible el capital, y el derecho potestativo de la acreedora para declarar extinguido el plazo del mutuo.

26) De otro lado, la referida restricción jurisprudencial del error jurídico proveniente de la indebida interpretación de los contratos a los casos de la desnaturalización de los mismos y del empleo impropio de la preceptiva legal según su tipo respectivo ha conducido a conclusiones que también deben ser rectificadas, tales como la siguiente: refiriéndose al artículo 1602 del C. Civil ya había dicho la Corte que este contiene un precepto sustancial (Cas. 28 agosto de 1965 aún no publicada). Pero, posteriormente declaró que "esta disposición consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados, pero en sí misma tampoco establece ningún derecho de orden subjetivo y no es por tanto una norma sustancial cuya violación sea por sí sola suficiente para infirmar un fallo" (casación 10 de octubre de 1967, aún no publicada). Pues bien, el referido texto es eminentemente sustancial, según la jurisprudencia de la Corte primeramente citada, porque al consagrar el postulado de la autonomía de la voluntad privada, ciertamente les confiere a los particulares el derecho subjetivo de regular sus relaciones, a la vez que consagra el postulado de la normatividad de los contratos, en cuya virtud se les impone a los contratantes la obligación de cumplir sus estipulaciones como si estas emanasen de la propia ley. Y, de otro lado, resulta también evidente que el citado artículo constituye por sí solo una proposición jurídica completa, cual la exige la disciplina del recurso de casación, como quiera que cuando el sentenciador desconoce la eficacia de las estipulaciones extralegales: mal se le puede exigir al recurrente que a la invocación de dicho artículo agregue la cita de otros preceptos que se hayan dejado de emplear o que se hayan aplicado indebidamente, por la razón palmaria de que, siendo extralegales, esas estipulaciones, su desconocimiento por el sentenciador no vulnera el régimen particular de ningún contrato típico, sino que quebranta la ley contractual y el artículo 1602 que la consagra, a diferencia de aquellos otros casos en que el error jurídico radica en la calificación equivocada de un contrato típico y en su consiguiente tratamiento legal inadecuado. Cabalmente si la tesis foránea del error jurídico en la interpretación de los contratos directamente acusable en casación se ha montado principalmente para evitar que los jueces de instancia nieguen el valor normativo de las estipulaciones meramente contractuales (**accidentalia negotii**), las que no solamente vinculan a las partes, sino también a éllos mismos.

La Sentencia Sustitutiva

Del despacho del cargo que prospera se concluye que el día 5 de diciembre de 1957, fecha en que Concepción Salas de Lombardi instauró contra Emilio Yaar el juicio especial de venta de cuya revisión se trata en el presente, dicho demandado sí se encontraba en mora de pagar dos mensualidades anticipadas de los intereses pactados en el contrato de mutuo celebrado entre los mismos y que, por lo tanto y de conformidad con lo estipulado para tal evento en dicho contrato, la demanda de aquélla no fue prematura. Las razones expuestas imponen la confirmación del fallo absoluto proferido por el Juez de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 26 de mayo de 1965 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Emilio Yaar Nasser frente a Concepción Salas de Lombardi y otro, y, procediendo como juzgador de instancia, CONFIRMA la dictada por el Juez 4º Civil del Circuito de Barranquilla el 5 de marzo de 1963.

Las costas de la segunda instancia son de

cargo de la parte actora y sin ellas en el recurso extraordinario.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M.; Secretario.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA DEL AGENTE DE LA ADMINISTRACION

La Administración y el agente son solidariamente responsables. Se puede exigir del agente sin demandar a la Administración

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado: Acta Nº 48 junio 12 de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación que el demandante interpuso contra la sentencia que, el 26 de febrero de 1965, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del juicio ordinario que Jorge Collazos Ll., promovió contra Hernando Bueno Delgado.

El Litigio.

Ante el Juez primero del circuito civil de Cali pidió el demandante que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ºSe condena al señor Hernando Bueno Delgado a restituír a favor del Sr. Jorge Collazos Lloreda el lote de terreno ocupado con calle o callejón que ordenó abrir en el predio de propiedad del señor Jorge Collazos Lloreda y cuya extensión es de 279, 02 metros cuadrados y hace parte del predio discriminado en el hecho primero de la demanda.

"2 En caso de ser imposible la restitución a favor del señor Jorge Collazos Lloreda del lote a que se refiere la condena anterior, se condena, en subsidio, al señor Hernando Bueno Delgado a pagar al señor Jorge Collazos Lloreda el valor correspondiente al área de terreno ocupado con la calle o callejón y cuya extensión es de 279,02 metros cuadrados.

"3º Se condena al señor Hernando Bueno Delgado a pagar los perjuicios económicos causados en el lote de propiedad, del señor Jorge Collazos Lloreda y a que se refiere el hecho primero de la demanda, perjuicio que comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante.

"4º El valor del área ocupada con la calle o callejón como los perjuicios ocasionados en el resto del lote de propiedad de Jorge Collazos Lloreda, se liquidará en conformidad con el art. 553 del C. J., para el caso de no establecerse su cuantía dentro del juicio".

Al citar los fundamentos jurídicos, dice el demandante: "El título 34 del Libro IV del Código Civil en sus artículos 2341 y 2342 contiene los principios informativos de la responsabilidad culposa o delictual por motivo de los hechos personales...".

Los sucesos constitutivos de la causa petendi, están narrados así:

1º El señor Jorge Collazos Lloreda es propietario y poseedor inscrito y material de una casa de habitación de paredes de bahareque y techo de tejas de barro, con el lote de terreno en que está edificada y solar adyacente, que tiene una cabida total de 1.144,22 metros cuadrados, inmueble ubicado en el corregimiento de "Cañaveralejo", distrito de Cali, comprendido dentro de los siguientes linderos especiales, según escritura de adquisición: Norte, con predio de Gonzalo Jordán; sur, con predio de María Luisa Galindo viuda de Ortiz; oriente, con predio de Gonzalo Jordán, y occidente, con la carretera a Meléndez.

"2º El lote de terreno discriminado en el punto anterior, quedó reducido a un área de 865,20 metros cuadrados en razón de una calle o callejón que se abrió por uno de sus costados y que ocupó un área de 279,02 metros cuadrados .

3º Esa superficie de 865,20 metros cuadrados, en que vino a quedar en definitiva en posesión del señor Jorge Collazos Lloreda, está representada en un irregular lote de 14,60 metros de frente por un fondo de 69,85 metros, es decir en un lote completamente largo, a la manera de una carretera, cuyo valor, por su forma, no ofrece ningún interés comercial.

"4º El causante de la apertura de la calle o callejon que ocupó 279,02 metros cuadrados de propiedad del senor Jorge Collazos Lloreda y que causó grandes perjuicios en el resto de su predio, es el senor Hernando Bueno Delgado, quien desempeñaba en el mes de agosto de 1952 el cargo oficial de Jefe de valorización del municipio de Cali. Estos daños y perjuicios serán liquidados por peritos dentro del respectivo juicio...

"5º El señor Hernando Bueno Delgado, tomándose el nombre de la oficina de valorización del municipio de Cali, ordenó abrir la calle o callejón que destruyó la propiedad de don Jorge Collazos Lloreda, con el único y exclusivo fin de valorizar sus tierras aledañas, desembotellándolas, y lograr con ello un mayor valor comercial.

"6º Entre la oficina de valorización y el señor Jorge Collazos Lloreda y su apoderado de entonces Dr. Alcides Ocampo Avendaño, se cruzaron nueve (9) cartas cuyas copias y originales acompaño, en las cuales consta el no haberse podido lograr ningún acuerdo sobre el pago de los perjuicios a mi poderdante. Por último, la oficina de valorización en atento oficio Nº 235 hace constar que en esa dependencia "no existe costancia de haberse ordenado por la Jefatura o la Junta de valorización la ocupación del lote de terreno de que Ud. habla (el mismo de propiedad de Jorge Collazos Lloreda), para una vía pública'.

Con oposición del demandado, quien no aceptó ninguno de los hechos de la demanda, se adelantó la primera instancia que remató con el fallo que, el 4 de junio de 1964, pronunció el Juez primero civil del circuito de Cali y por el cual se resolvió: "denegar las pretensiones de la demanda presentada por el señor Jorge Collazos Lloreda, mayor y vecino de Cali; es decir, absolver a la persona demandada señor Hernando Bueno Delgado, igualmente mayor y vecino de Cali, de todos los cargos formulados en la demanda".

Por apelación de la parte vencida conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que desató la segunda instancia con sentencia calendada el 26 de febrero de 1965 por medio de la cual confirmó la del inferior.

Fundamentos del Fallo del Tribunal.

Después de transcribir las peticiones del libelo y los hechos que constituyen la causa petendi, y luego de historiar lo sucedido en la primera instancia, el Tribunal dice que este juicio se promovió porque "el demandado, aprovechando su condición de Jefe de la Oficina de valorización del municipio de Cali y simulando el ejercicio de tales funciones, abrió una calle o callejón de acceso a la carretera Cali-Meléndez, cuya mitad de área longitudinal la tomó del predio que tiene el actor en el sector de Cañaveralejo, para desembotellar los terrenos que tenía o tiene al fondo", "con lo que al par que valorizó su propiedad, disminuyó, desvalorizándola, la del actor señor Jorge Collazos Lloreda".

Que el Juzgado de instancia vio faltar la legitimación en la causa del demandado, porque la demanda debió dirigirse contra el Municipio de Cali.

Cita los artículos 1494 y 2341 del C. Civil para decir que "los delitos y cuasidelitos también son fuente de obligaciones". Afirma que la responsabilidad directa de las entidades de derecho público por los hechos de sus agentes, no excluye "de responsabilidad al agente si el acto se consumó en virtud de actividad exclusivamente personal del empleado o el hecho fue enteramente ajeno a sus funciones". Dice que en este caso, la

"equívoca conducta del funcionario o agente de la administración, consistente en la ejecución de una obra para fin de exclusiva conveniencia particular y no del interés general que podría haberla estimulado", permite presumir, porque no se obró en ejercicio de funciones públicas, la personal responsabilidad. Que "el damnificado por el daño intencional o doloso" puede hacer valer la responsabilidad del empleado" en cambio de aquella de la respectiva entidad de derecho publico que el demandado "simulaba representar para sus fines de conveniencia particular, como es el caso de autos". "Mas si por este aspecto enjuiciado el caso no haya lugar a deducir la 'ilegitimidad de la personería del demandado o falta de legitimación en la causa del señor Hernando Bueno Delgado, sí cabe reconocerla en atención a las razones que van a expresarse".

Afirma que "en realidad el perjuicio se causó"; que el demandante, desde un principio, ha dicho que la calle "la abrió o hizo abrir el señor Hernando Bueno Delgado cuando desempeñaba las funciones de Jefe de la Oficina de valorización"; que este hecho está corroborando por las notas que se cruzaron demandado y demandante, presentadas con el libelo, en especial la que obra a fl. 6 vto. del cuaderno Nº 5, Que cuando el demandado salió de la. Jefatura de valorización, el nuevo Jefe, Tulio Echeverri Ruiz, en notas que obran a fs. 13 del cuaderno principal y 7 del Nº 5, dice que "no existe constancia" de que la Jefatura de valorización o la respectiva junta hubieran ordenado la construcción de la calle citada y la ocupación del terreno del demandante. Que, "en tratándose de vías de hecho de la administración por la ocupación arbitraria de un inmueble", "no se puede eludir la gestión administrativa si las circunstancias en que se llevó a cabo la ocupación hacen suponer la intervención de la entidad pública"; que solo cuando se ha llegado a la conclusión de que "esas circunstancias eran apenas la apariencia tras la que se ocultaba un acto ajeno a la Administración o no imputable a su responsabilidad, sino a la personal y exclusiva del autor del daño, puede acudirse a la justicia ordinaria en demanda de indemnización contra éste".

Que como se hizo constar en el acta de la diligencia de inspeccion ocular, la faja de terreno del demandante Collazos Lloreda que se ocupó sin su autorizacion, está hoy destinada al servicio público, como calle; que el municipio de Cali, tácitamente autorizó la construcción de la obra "por el hecho de estar incorporada al sistema vial de la ciudad o de la jurisdicción municipal". Que la circunstancia de que no aparezca constancia de que la citada obra fue ordenada por la Junta de valorización o por el distrito, "no alcanza a enervar la presunción de responsabilidad contra el municipio de Cali, como para desplazarla contra el demandado, siendo así que las órdenes o constancias que echa de menos el demandante, no excluyen la vía de hecho de la administración".

Concluye el sentenciador diciendo que "tampoco se demostró en el plenario el dolo, elemento específico del daño, dado que el mero hecho de que el predio del señor Bueno Delgado colindante con la faja de terreno de autos, no induce una intención dañina, aún supuesta la valorización de aquél".

El Recurso.

Dos cargos se esgrimen contra la sentencia. Tanto el uno como el otro dentro del ámbito del motivo primero de casación señalado en el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, no obstante que, con quebranto de la técnica, no se indicó cuál era la causal invocada. Sin embargo, concluyóse ciertamente cual es ésta por los términos del recurso. Adviértese que ambos cargos se enfilaron exclusivamente a atacar las sentencias del Tribunal en cuanto éste rechazó que el demandado fuera responsable directamente por culpa aquiliana. Ninguno de los cargos hace mención del primer pedimento encaminado a obtener la restitución del lote de terreno, circunstancia que delimita el campo en que la Corte podrá actuar.

El primer cargo, que ha de prosperar, se formuló así:

"Violación directa e interpretación errónea del art. 2344 del C. C. Errónea interpretación de los arts. 2343, 2352 ibídem. Consecuencial transgresión del art. 2341 c. c., indirecta, por falta de aplicación".

Desarrollándolo dice el recurrente que Hernando Bueno Delgado fue citado a juicio como "directo autor de la obra nociva y como destinatario del provecho resultante de élla". Que "la reivindicación se contempló solo para el evento de que la zona estuviera en manos del demandado". Que tanto la obra o actividad individual como la colectiva, es "susceptible de ser dañina y comprometer la responsabilidad de quien la emprende" o de aquel bajo cuya subordinación o dependencia obra el autor del daño. Que en los casos en que hay "participación directa de varios sujetos, se predica, exceptuados los dos eventos explícitamente indicados en la ley, la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes". Que tratándose de "responsabilidad indirecta, a la víctima se le abre la posibilidad de reclamar indemnización al dueño, guardián o empresario, como un derecho complementario del que de suyo tiene contra quien lo ha injuriado, quien mal pudiera exonerarse alegando que no obstante su intervención y su capacidad y actividad nocivas, es el guardián quien por él ha de pagar". Que estos planteamientos son aplicables tanto cuando se trata de empleados de personas jurídicas privadas, como de las de derecho público, y tanto cuando el daño se causa por un particular como cuando se ocasiona por un funcionario público.

Que predíquese la responsabilidad directa o la indirecta, "la víctima puede cobrar tanto a la Administaración como al funcionario, siempre que aparezca que el comportamiento de éste tiene características propias que comprometen su personal esfera, independientemente de la responsabilidad que puede caber al ente público". Que no puede afirmarse "inimputabilidad del inmediato autor del daño o su responsabilidad apenas subsidiaria" deduciéndola del hecho que "el indirecto responsable" puede repetir contra "su subordinado" lo que ha pagado por los daños causados por éste. Que, en el caso debatido, y de acuerdo con el art. 2344 C. C. la indemnización se puede demandar solidariamente al autor directo del daño y a la entidad pública de la que es funcionario ;que "es inteligencia desacertada de este precepto, cuando no una trangresión directa del mismo", entender que el empleado no tenga responsabilidad o que la tenga apenas subsidiaria. Que "si de responsabilidad indirecta se trata, los artículos 2347 y 2352, prescriben en su orden la vinculación del guardián por los actos del dependiente", mas nunca "la impunidad" o "la responsabilidad apenas subsidiaria" del directo autor del daño, "o la necesidad para la víctima de deducir la del empresario en juicio previo al que haya de instaurar contra el agente dañino". Que "una absolución basada en tales presupuestos implica una descarriada interpretación de los artículos en cita, para no decir que un quebranto directo". Que "el acto perjudicial por el que se demanda a Bueno no es un acto ajeno a él, sino uno propio, como que fue él quien determinó la apertura del callejón y procedió a ello". Que "no se le demanda por la ventaja que derivó de tal proceder, cuanto por la incorrección del mismo y por la consecuencia nociva que de allí se siguió para Collazos", lo que determina errónea interpretación y hasta podría pensarse en "indebida aplicación a un caso extraño" del artículo 2343 del c. c. Que las deficiencias apuntadas llevaron a la falta de aplicación del artículo 2341 del Código Civil.

La Corte Considera:

1º Es injurídico sostener, como lo hizo el Tribunal sentenciador, que a las personas naturales o físicas, que tienen la calidad de agentes de la Administración, solamente se les puede imputar responsabilidad aquiliana "cuando el acto se consumó en virtud de actividad exclusivamente personal del empleado o el hecho fue enteramente ajeno a sus funciones'. Y del mismo modo es errada su afirmación de que "solo puede acudirse a la justicia ordinaria en demanda de indemnización contra" el autor del daño, que es funcionario público, cuando el perjuicio se originó únicamente en la personal y exclu-

siva actividad de aquel, es decir, cuando obró por fuera de la órbita de sus funciones como empleado público y no lo hizo excediéndolas o con ocasión de éllas. Y tampoco tiene sostén jurídico aseverar que, necesariamente, es obligatorio demandar primero a la Administración y que solo en el evento de descartarse judicialmente la responsabilidad de ésta, procede demandar al empleado autor del daño.

2º Con base en lo estatuído en el Título 34 del Libro 4º del C. C., nunca se ha discutido la responsabilidad autónoma de las personas físicas o naturales, proveniente de un delito o culpa que ha inferido daño a otro. La obligación de indemnizar es clara, y élla compete no solo al autor del daño, con excepción de los menores de 10 años y los dementes (art. 2346 ibídem), sino también a las personas físicas, que deban responder de la conducta del autor del daño.

3º La discusión radicó en determinar si las personas jurídicas, y en especial las de derecho público, eran responsables por los hechos de sus subordinados o agentes, en atención a que el citado título 34 parecía no comprenderlas.

4º Los distintos pasos que dio la Corte, iniciados en el pasado siglo, en orden a afirmar la responsabilidad de las personas jurídicas, ya de derecho privado, ya de derecho público, por los delitos o culpas de sus agentes, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éllas, están compendiados en las dos sentencias uniformes, pronunciadas el 30 de junio de 1962, una por la Sala de Casación Civil y la otra por la de Negocios Generales. Tales pasos se pueden resumir así:

A. Cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, repercusión del concepto que en el siglo XIX se tuvo de la soberanía, fue cediendo al influjo de la moral llamada a participar en las relaciones del Poder Público con los miembros de la comunidad, se interpretó que eran aplicables a las personas jurídicas privadas primero, y luego a las de derecho público, las normas que les eran atinentes del C. Civil respecto a culpa aquiliana. Se derivó, entonces, con fundamento en los artículos 2347 y 2349, una responsabilidad indirecta de las personas morales, basada en el deber de diligencia que tienen en la elección y en la vigilancia de sus subordinados o agentes. Se hizo una clara distinción, desde entonces, entre la falta del empleado o agente, regulada por el artículo 2341 del C. C., que le genera una responsabilidad directa, y la falta de la persona jurídica, regulada por los artículos 2347 y 2349 ibídem por faltas "in eligendo" o "in vigilando" a su dependiente que le genera una responsabilidad indirecta. La culpa personal del empleado repercutía en la persona moral que lo había tomado a su servicio. Tal fue la posición de la Corte desde fines del siglo último.

Nunca se puso en duda la responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima, y, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2344, se dedujo que responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último.

B. A partir de la sentencia de 21 de agosto de 1939, se inició la revaluación de la tesis de la responsabilidad indirecta y el problema fue desplazado hacia una responsabilidad directa, solución que tomó apoyo en la disposición del artículo 2341 del C. C. y que partió de la tesis de que la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata o directa a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa. En esta elaboración jurisprudencial, la tesis de la responsabilidad directa sufrió dos modificaciones importantes, la una, con la tesis llamada organicista, que hizo la distinción entre la culpa de los directores y representates de la persona jurídica, es decir, de sus órganos, que son los depositarios de la voluntad de aquella, culpa que determina la responsabilidad directa del ente colectivo, y la culpa de los auxiliares o dependientes, que ni dirigen ni representan a la persona moral, por lo cual la responsabilidad de ésta es indirecta. La otra modificación, que mira solo a las personas jurídicas de derecho público, se operó con el acogimiento de la tesis de "las fallas del servi-

cio público", originada en el deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos debe ser satisfecha por la Administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado o determinado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.

En ninguna de estas tesis tampoco se puso en duda que los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de sus funciones como tal o fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo y que si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla.

C. A partir de estos dos fallos citados de 30 de junio de 1962, la jurisprudencia se ha definido, en el campo de la Administración pública, por la tesis de "las fallas del servicio", fundada en el artículo 2341 del C. Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa.

5º La persona natural que, por su delito o por su culpa, ha causado un daño a otro, es obligada a resarcirlo, y no puede redimirse de responsabilidad amparándose en que es funcionario del Estado y que "en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo" lo cometió. Cuando el autor del perjuicio es un agente de una entidad de derecho público o privado, no existe un desplazamiento de su responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación o extensión de esa responsabilidad, como se vio. En ese caso, tanto la persona natural como la jurídica responden del daño causado con el delito o la culpa. Se establece entre éllas una solidaridad legal, erigida en beneficio exclusivo de la víctima, que, en consecuencia, puede demandar la totalidad de la indemnización de la persona natural o de la jurídica, o de ambas conjuntamente, a su elección.

Quien demanda a una persona física autora de un delito o culpa que le ha inferido daño, no está obligado a demostrar que el demandado sea o no funcionario público, ni tiene que comprobar que el acto u omisión de éste, se realizó en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éllas, o por fuera de éste ámbito, pues, en todos los casos, el autor debe responder por su obrar. Que también se pueda demandar a la persona moral, es otra cosa; la víctima tiene, entonces, la facultad de elegir: si quiere demanda a la persona moral, o conjuntamente a ésta y a la persona natural que es su agente, mas, si es su deseo, también puede demandar exclusivamente al funcionario, persona física, autora del daño, pues en virtud del precepto contenido en el artículo 2341, ésta responde de sus propios actos, sea que los ejecute en su esfera personal o en ejercicio o con ocasión de las funciones de agente de una persona moral de derecho privado o público.

6º El sentenciador entendió erradamente que cuando a un ente de derecho público se le puede imputar responsabilidad aquiliana, la víctima solo puede demandar el resarcimiento de perjuicios de dicho ente con exclusión del funcionario o agente de éste que haya cometido el delito o culpa generador del daño.

7º Tiénese entonces que, a consecuencia de este error jurídico, el fallador violó directamente el artículo 2341 que hace directamente responsable a toda persona de la obligación de indemnizar el daño causado a otra, con intención o por culpa.

Fallo Sustantivo:

Hernando Bueno Delgado, parte demandada, como aparece de su confesión judicial en posiciones rendidas extrajuicio (fl. 16 y 17 del cuaderno 1º) y del escrito de contestación a la demanda (fl. 35, cuaderno 1º), con el fin de dotar de salida a la vía pública terrenos de su propiedad, abrió un callejón o calle de 7 metros de frente por 69,20 metros de fondo, tomando, de un inmueble que el demandante Jorge Collazos Lloreda posee en el pasaje Cañaveralejo del municipio de Cali, una faja de 3,50 metros de frente por 69, 20 metros de fondo. Por tanto, la propiedad del demandante, singulari-

zada en la demanda, fue cercenada en 242,20 metros cuadrados, área que tomó el demandado con la destinación antes dicha.

Las preguntas tercera y cuarta del pliego de posiciones, de donde se infiere la autoría del demandado, fueron formuladas y contestadas así: "TERCERA PREGUNTA: Diga si es cierto o no, que los lotes de terreno a que se refiere la pregunta anterior, (los del absolvente Bueno Delgado) quedaron desembotellados y de un mayor valor comercial por razón de la calle o callejón que abrió en tierra de propiedad del señor Jorge Collazos Lloreda? CONTESTO: Sí es cierto. Leída su respuesta la aprobó. CUARTA PREGUNTA: Diga si es cierto que al ordenar Ud. abrir el callejón en tierra de propiedad del señor Jorge Collazos Lloreda lo hizo Ud. tomándose el nombre de la jefatura del Departamento de Valorización del municipio de Cali sin estar autorizado para ello? CONTESTO: No es cierto. Leída su respuesta la aprobó. Esas obras fueron ordenadas por mí con absoluto derecho y obrando en mi carácter no solamente de jefe de valorización sino de secretario de obras públicas del municipio de Cali. Esto último fue agregado por el absolvente, quien leída su respuesta la aprobó también".

Y al contestar la demanda, su apoderado general dijo: "...mi mandante no actuó personalmente en los actos de que habla el actor, sino cumpliendo órdenes del municipio de Cali, como mandatario de éste (fl. 35 vto. del cuaderno primero).

Con su título de propiedad, debidamente registrado (fl. 1 y 2 del C. 1.) comprobó el demandante que es dueño del inmueble sobre el cual recayó el daño; de consiguiente, está legitimado para demandar la correspondiente indemnización (art. 2342 del C. C.). En la diligencia de inspección ocular (fl. 9 a 10 del cuaderno 5.) se comprobó la identidad del inmueble del demandante, (al que se refiere la escritura de compraventa número 2.497, corrida ante el Notario 1º de Cali el 17 de julio de 1952), con el bien raíz de donde se tomó por el demandado un área de 242,20 metros cuadrados para destinarla a callejón que debía servir a los inmuebles que el demandado tenía enclavados, como vía de acceso a la calle pública o carretera que de Meléndez conduce a Cali.

Después de hacerse la identificación del terreno, se consignó lo siguiente en la vista ocular: "Pudo constatar el juzgado la existencia de un callejón público, transitado por vehículos y peatones, situado entre el lote materia de la inspección y la propiedad de la sucesión de la señora María Gregoria Moreno, callejón éste que tiene un ancho de siete metros y una longitud de sesenta y nueve metros con veinte centímetros (69,20), que corre paralelo con el predio materia de la inspección, o sea que el callejón ocupa una área total de cuatrocientos ochenta y cuatro metros con cuarenta centímetros cuadrados (484,40 mts2.), habiéndose establecido que de dicha área se tomó la mitad del predio del señor Collazos Lloreda, o sea 3,50 metros de frente por el fondo total".

Conforme al dictamen pericial anexo a la vista ocular, el demandado no solo causó un daño al demandante por el cercenamiento del inmueble que lo redujo en tamaño, sino también por la depreciación de la parte restante del mismo, originada en que su forma, por haber quedado con un frente pequeño en relación con su fondo, "la hace menos comercial".

De común acuerdo, los peritos fijaron un valor de $ 19.376.00 a los 484.40 metros cuadrados ocupados por todo el callejón, teniendo como base un precio de $ 40.00 el metro cuadrado; mas como del terreno del demandante sólo se tomó la mitad del callejón, la faja de terreno de que quedó privado, tiene un valor de $ 9.688.00. Y agregan los peritos: "En cuanto al menor precio que ha sufrido en su valor comercial el lote de terreno de propiedad del señor Jorge Collazos Lloreda, se dictamina de la siguiente manera: valor de los 242,20 metros cuadrados desmembrados por la apertura del callejón a razón de $ 40.00 por metro cuadrado, $ 9.688.00; y depreciación o menor valor sufrido por la propiedad o lote de terreno que actualmente ocupa el señor Collazos Lloreda, por razón de la desmembración del lote para el callejón público, que es de $ 10.00 por metro cuadrado, en 902,02

metros cuadrados, asciende a la cantidad de $ 9.020.20". Rematan diciendo que el menor valor del lote de terreno de propiedad del señor Jorge Collazos Lloreda, lo fijan en la suma de $ 18.706.20 que proviene de sumar las dos cantidades anteriores.

Existe clara relación de causalidad entre el daño apuntado y la actividad del demandado que llega a los lindes de lo doloso. Su responsabilidad personal es evidente y no está legitimado para trasladarla a la persona moral o de derecho público en nombre de la cual simuló actuar.

Para determinar el lucro cesante se averiguará cuánto podría producir el inmueble íntegro del demandante desde la época del daño a la fecha de la regulación y cuánto debió producir ya cercenado en el mismo tiempo. La diferencia lo constituirá.

No aparecen demostradas las excepciones perentorias que, en el escrito de contestación propuso el demandado (fl. 35 vto.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cali el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), y como Tribunal de instancia REVOCA el fallo que dictó el cuatro (4) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) el Juzgado primero civil del circuito de Cali y, en su lugar, RESUELVE:

1º) Decláranse no probadas las excepciones que, como perentorias, propuso el demandado en el escrito de contestación a la demanda.

2º Condénase a Hernando Bueno Delgado a pagar a Jorge Collazos Lloreda, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a título de responsabilidad extracontractual y por concepto de daño emergente, las siguientes cantidades:

a) La suma de nueve mil seiscientos ochenta y ocho pesos ($ 9.688,00), valor del lote de terreno, con área de doscientos cuarenta y dos metros cuadrados con veinte centímetros cuadrados (242,20 mts.2), que fue segregado del inmueblee de propiedad del demandante.

b) La suma de nueve mil veinte pesos con veinte centavos ($ 9.020.20) por concepto de la depreciación del inmueble de propiedad del actor del cual fue segregado el lote de terreno al que se hizo referencia bajo la letra a).

3º) Condénase, en abstracto, y a título igual, al mismo Hernando Bueno Delgado a pagar a Jorge Collazos Lloreda el valor del lucro cesante que será determinado con fundamento en las bases dadas en la parte motiva de esta providencia y que se regulará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. Judicial.

4º) No se hacen las demás declaraciones impetradas en la demanda.

5º) Las costas de la primera y de la segunda instancia corren a cargo del demandado Hernando Bueno Delgado.

6º) Como de los hechos de que da cuenta este juicio aparece la posible comisión de un delito perseguible de oficio, ordénase sacar copia de los escritos de demanda y respuesta, de esta sentencia y de las de primera y segunda instancia, con destino al Juez competente para conocer de esa posible infracción.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

En segunda instancia el Tribunal decreta las nulidades en Sala de Decisión.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta Nº 50 de 19 de junio de 1970).

Se decide el recurso de casación, interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario de Manuel José Henao Bonilla contra Rubén Godoy G.

El Litigio.

Ante el Juzgado Primero Civil Municipal de La Dorada, Manuel José Henao Bonilla llamó a juicio a Rubén Godoy Guzmán en solicitud de que previos los trámites de un juicio ordinario se declarase:

a) que entre demandante y demandado se formó una sociedad de hecho que se inició el 4 de junio de 1957, cuyo objeto social es la explotación económica de una finca rural conocida con el nombre de "La Esperanza"; b) que la posesión material del inmueble "La esperanza", con todo lo que la integra, y el derecho a obtener la adjudicación de los terrenos que lo constituyen, pertenecen en su totalidad a la sociedad de hecho en referencia; c) que se decrete la liquidación y partición de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad aludida, para que cada uno de los socios Henao Bonilla y Godoy Guzmán obtenga la cuota que le corresponde en el haber social, "en la proporción que se pruebe dentro del juicio"; y, d) que si los socios "no liquidan en forma directa la sociedad en referencia,... para la liquidación, partición y adjudicación... se aplicarán las reglas relacionadas con la liquidación, partición y adjudicación de bienes sucesorales".

En apoyo de las anteriores peticiones afirmó en la demanda el actor los siguientes hechos, que se sintetizan en lo pertinente: que el 4 de junio de 1957 el actor y el demandado incorporaron sus esfuerzos y su recíproca colaboración en una sociedad de hecho para la explotación de un fundo rural ubicado en el municipio de Puerto Salgar, conocido con el nombre de "La Esperanza" y encerrado por los linderos que la demanda relaciona; que en esa fecha el actor recibió el fundo en cuestión de manos del demandado, cuando se encontraba cubierto de rastrojos y montaña casi en su totalidad; que el 22 de agosto de 1957 el demandado Godoy Guzmán adquirió unas mejoras contigüas al fundo antes relacionado, mejoras conocidas con el nombre de "La Tesalia" y que en su mayoría eran rastrojeras y montaña, las cuales fueron adquiridas por Godoy G. "con el fin de aumentar los fundos materia de la explotación común; que los dos predios dichos pasaron a formar una sola unidad de explotación económica, y constituyeron el aporte inicial de Godoy Guzmán a la sociedad de hecho mencionada; que desde la fecha primeramente indicada el actor ha venido dedicando todo su trabajo, su industria y su actividad a fundar, mejorar y ensanchar los predios aludidos para aumentar así el patrimonio social; que inicialmente los socios derribaron selva para cultivar maíz, arroz y otras sementeras, habiéndose distribuído los frutos por partes iguales, y que luego sembraron los

pastos artificiales que hoy componen el inmueble "La Esperanza"; que el actor pagó los trabajadores y la alimentación de éstos, y ha ocupado directamente el inmueble objeto de la asociación de esfuerzos, pero que la posesión de éste ha sido ejercida por los dos consocios en los términos de los artículos 981 y 1º de la ley 200 de 1936; que las mejoras de "La Esperanza" y la "Tesalia" aportadas inicialmente a la sociedad por Godoy, tuvieron entonces un valor de $ 31.000.00, pero que como resultado de los esfuerzos combinados de los dos socios, y del trabajo, industria y aportes del actor, su valor era a la fecha de la demanda de más de $ 500.000.00, o sea que han existido utilidades "que tienen que beneficiar por iguales partes a los consocios".

El demandado contestó la demanda negando los hechos y oponiéndose a lo pedido. Expresó que el actor entró a trabajar con él en la fecha a que alude la demanda, pero en calidad de administrador y devengando sueldo; que le permitió "hacer cosechas en compañía en las cuales Godoy Guzmán hacía todos los gastos, los que deducían de la cosecha y se partían las ganancias... compañías que terminaban al finalizar cada cosecha".

Oportunamente formuló el demandado demanda de reconvención, solicitando en élla que el demandante fuera condenado a pagarle $ 100.000.00 por concepto de los perjuicios que "le está ocasionando y le ocasionará con la demanda temeraria que ha presentado". Para sustentar esta petición afirmó que con la sola presentación de la demanda ha quedado en condición de no poder administrar la finca, pues el actor se niega a entregarla a un nuevo administrador; que en tal virtud el inmueble se está desvalorizando, y disminuirá en su producción.

Adelantado debidamente el trámite de la primera instancia, el Juzgado a-quo finalizó ésta con sentencia de fecha 24 de agosto de 1966, pronunciándose únicamente sobre las pretensiones de la demanda, las cuales acogió en su totalidad y tal como fueron formuladas por el actor.

Por apelación interpuesta por la parte demandada, el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Adelantado el trámite respectivo, y cuando el negocio había pasado a despacho para sentencia, el Magistrado Ponente profirió en Sala Unitaria el auto de fecha 1º de febrero de 1967, mediante el cual dispuso devolver el negocio al Juzgado a-quo "para que resuelva lo correspondiente a la primera instancia sobre la demanda de reconvención".

Devuelto el negocio para los fines indicados por el Tribunal, el Juzgado, desempeñado ya por un Juez distinto al que profirió la sentencia antes mencionada, dictó el 13 de abril de 1967 nueva sentencia en la cual consideró, interpretando pasajes del auto de 1º de febrero proferido por el Tribunal, que en virtud de tal providencia la sentencia de 24 de agosto de 1966 debía tenerse como inexistente, y que en consecuencia el Juzgado se encontraba en absoluta libertad para pronunciarse sobre la demanda en sentido opuesto al adoptado en la sentencia anterior. Fue así como la nueva sentencia decidió absolver al demandado de todos los cargos de la demanda. En cuanto a la contrademanda, también se absolvió al demandante de los cargos contra él formulados en ella.

Recurrida en apelación esta sentencia, el Tribunal ya mencionado la confirmó en todas sus partes mediante la suya de 11 de diciembre de 1967, objeto hoy del recurso de casación que se decide.

La Sentencia del Tribunal.

Luego de un capítulo preliminar en el cual el Tribunal hace una memoración de la jurisprudencia de la Corte en torno al fenómeno de la sociedad de hecho, para destacar los requisitos que, según esa doctrina deben reunirse a fin de que una sociedad de esa clase pueda ser reconocida, pasa a examinar el caso concreto de autos a la luz de dichos planteamientos teóricos, y procede en primer término al análisis de la prueba producida por la parte actora. Es así como transcribe apartes de las declaraciones testimoniales de Campo Elías Caballero, Mi-

guel Villegas Murcia, Isidoro Marín, Héctor Jaramillo Arias y Juan Santofimio Lugo, para concluír desechándolos por falla de diverso orden que encuentra en ellos. Y agrega luego:

"En forma similar a la anterior, con pequeñas variaciones de carácter secundario, deponen un buen número de testigos, de los cuales, sin lugar a dudas, se puede concluír que entre Rubén Godoy y Manuel José Henao Bonilla se iniciaron en el año de 1957, unas relaciones de carácter contractual y que en desarrollo de éllas... intervinieron inicialmente en la explotación de la finca denominada "La Esperanza", pero que después de algún tiempo Manuel José Henao continuó trabajando sin la intervención de Godoy y que quien daba órdenes y se entendía con su administración y manejo, como si fuera dueño, era el demandante Henao. Ni de lo expuesto por el conjunto de testigos, ni de lo declarado individualmente por cada uno de éllos, puede deducirse cosa distinta de lo dicho, lo que equivale a decir que no se demuestra con ello ni el 'ánimus contrahendi societatis' ni el aporte común, ni la relación jurídica de igualdad entre los socios a que se hace referencia en las jurisprudencias transcritas de la Corte. De tales testimonios podría deducirse, a lo sumo, que entre las partes existió en un principio, quizás un contrato de aparcería, o de administración, o de algo semejante, y que posteriormente por razones que los testigos no aducen y que se desconocen en el juicio, Henao continuó al frente de la finca "La Esperanza" actuando como señor y dueño, pero en parte alguna comprueban que hayan existido aportes comunes, ni actividades paralelas, ni relaciones igualitarias que permitan presumir un animus societatis".

Y más adelante, luego de observar que del pliego de posiciones sometido a la absolución del demandado, de las diligencias de inspección ocular practicadas al inmueble "La Esperanza" y de las escrituras por las cuales adquirió Rubén Godoy G. las mejoras de que habla la demanda, nada resulta probatoriamente en beneficio del actor, remata diciendo que "es preciso concluír que de las pruebas aportadas por la parte actora no puede deducirse la existencia de la sociedad cuyo reconocimiento se pretende".

No contento con lo anterior, el Tribunal entra luego a examinar la prueba traída al juicio por la parte demandada. Es así como se refiere a las declaraciones de Miguel Rincón, Jesús Betancourt, Luis Angel Rojas y Tiberio Parra, para decir que "todos coinciden en afirmar que Rubén Godoy tenía, respecto a la finca "La Esperanza" continuas intervenciones de carácter económico y que las labores de Henao Bonilla se desarrollaban por cuenta del demandado Godoy. Aunque ninguno de los declarantes hace referencia expresa a la clase de contrato existente entre los dos contendientes, sí están acordes en designar a Henao Bonilla con el nombre de mayordomo, y además, presentan datos que permiten reforzar la conclusión de que entre éllos no existe, en forma alguna, una sociedad de hecho. Todos estos declarantes dan la razón de su dicho, y por la forma como deponen merecen mayor credibilidad que los presentados por la otra parte.

Remata el Tribunal la motivación de su fallo con un capítulo en el cual manifiesta y explica su desacuerdo con la tesis, sustentada por el apoderado de la parte actora en su alegato de segunda instancia, de que el 'ánimus contrahendi societatis' no es elemento esencial de las sociedades formadas por los hechos.

El Recurso de Casación.

Tres cargos formula la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal que se deja sintetizada, el primero de ellos por la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y el segundo y el tercero por la primera de tales causales. Se pasa al estudio de esos cargos, en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo.—Se enuncia diciéndose que la sentencia acusada se dictó dentro de un juicio afectado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, a partir del auto de 1º de febrero de 1967 dictado por el Tribunal.

Para sustentarlo empieza el recurrente por recordar cómo el Juzgado a-quo dictó

una primera sentencia, el 24 de agosto de 1966, acogiendo todas las peticiones de la demanda; cómo, apelada dicha sentencia, en el Tribunal se adelantó el trámite propio de la segunda instancia, hasta pasar el negocio a despacho para sentencia; y cómo por auto de 1º de febrero se dispuso que el juicio volviera al Juzgado a-quo para que se resolviera sobre la demanda de reconvención, no tenida en cuenta en la sentencia en esa ocasión recurrida.

Comentado el auto de 1º de febrero en referencia, dice el censor que es ilegal y carente de todo sentido jurídico, "porque establece un trámite no previsto en la ley procesal que es de orden público. Desvió el procedimiento, pues el proceso se devolvió únicamente para que el a-quo resolviera sobre la demanda de reconvención", y una actuación procesal "solo se puede retrotraer hasta el momento de dictar sentencia de primer grado, revocando esta, o decretando la nulidad de todo lo actuado, la cual solo la podría decretar la Sala de decisión". En el presente caso, dice, en el auto de 1º de febrero no se revocó la sentencia de primer grado, ni se decretó la nulidad de lo actuado a partir de la expedición de esa misma sentencia, lo que significa que tal sentencia "es una pieza vigente en el proceso", y el Juzgado a-quo "no podía declararla de oficio inexistente, por prohibición expresa del artículo 482 del C. J.".

Expresa luego que para la solución del problema creado cuando una sentencia es incompleta por no hacer pronunciamiento alguno sobre la demanda de reconvención, se recomiendan dos tesis: una según la cual en esa hipótesis hay una pretermisión de instancia que ocasiona nulidad por incompetencia y permite en segunda instancia anular lo actuado a partir de la sentencia incompleta misma; y otra que sostiene que lo que debe hacerse es dictar sentencia que revoque la del inferior, a fin de que éste proceda a dictar una nueva que abarque la totalidad de la cuestión litigiosa. Ataca la primera de estas tesis y defiende la segunda. Y volviendo al caso concreto de que aquí se trata, dice que el Tribunal no siguió ninguna de las dos tesis aludidas, pues ni revocó la sentencia de primera instancia, ni la anuló, "procedimiento desviado, no autorizado en la ley procesal, y por consiguiente, injurídico, antitécnico. Por ello carece de eficacia: es ilegal, y los autos ilegales no vinculan ni al juez, ni a las partes".

Repite que el Juez a-quo no podía declarar inexistente, como lo hizo, la sentencia de 24 de agosto de 1966, "sin haber sido declarado nulo lo actuado, ni revocada por el superior, y sin percatarse del mandato del artículo 482 del C. J.".

Contempla a continuación el recurso la posibilidad de que pueda entenderse que el citado auto de 1º de febrero declaró la nulidad de lo actuado desde la sentencia inclusive, pero la rechaza con el argumento de que el auto lo dictó el magistrado ponente solo, y que esa supuesta nulidad solo podía ser declarada por la Sala de Decisión competente para resolver la apelación de la sentencia, no por la sala unitaria del magistrado ponente, pues el negocio había entrado a despacho para sentencia, y en esas circunstancias la competencia para declarar la nulidad radicaba en la Sala de decisión, conforme al artículo 455 del C. J.

Reitera que hubo desviación del procedimiento, con violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 26 de la Constitución, y alteración de las instancias del juicio. "Sin agotarse legalmente la segunda instancia, el Juez de primer grado no podía dictar una nueva sentencia, reformando o revocando la anterior. Sucede que la única sentencia que tiene validez formal en este juicio, es la que el Juez declaró 'inexistente' en la parte motiva de su fallo. El Tribunal, sin haber revocado el primer fallo, no tenía competencia para confirmar el que dictó el a-quo (el segundo) sin competencia para ello", todo lo cual induce nulidad que radica' en falta de competencia por desviación de las instancias procesales", ya que las normas reguladoras de la marcha de los procesos son de orden público, y es de conformidad con ellas como debe ejercerse la competencia (artículo 146 del C. J.).

Se Considera:

Como se desprende de la exposición que

estructura el cargo, la nulidad en él invocada se hace consistir en suma en que a consecuencia del auto de 1º de febrero de 1967, proferido por el Tribunal, se alteró el curso del juicio por desviación del procedimiento, pues en virtud de él no llegó a culminar normalmente la segunda instancia entonces en curso, dado que sin anular la sentencia recurrida, ni revocarla, se devolvió el expediente al Juzgado a-quo tan solo para que se resolviera sobre la demanda de reconvención, y ese Juzgado resolvió declarar inexistente dicha sentencia, sin ser competente para ello y con violación del artículo 482 del C. J.

Todo el razonamiento del recurrente supone como punto de partida, y en eso aquél es particularmente enfático, que el mencionado auto de 1º de febrero no tocó para nada la sentencia de primera instancia dentro de cuya apelación él se profirió, pues ni la revocó, ni la anuló. Y es por ello precisamente que el cargo sostiene que la aludida sentencia se encuentra viva, más aún, que es la única sentencia válida de las varias dictadas dentro del juicio, y que de allí resulta en este caso la alteración por desviación del orden en el procedimiento, y consiguientemente la nulidad por incompetencia del Juez a-quo invocada en el cargo.

Mas por el aspecto en referencia el planteamiento del cargo no corresponde a la realidad, porque si el auto de 1º de febrero, se considera integralmente, y no únicamente en la literalidad de su parte resolutiva, se ve a las claras que lo que con esa providencia se hizo fue anular lo actuado a partir del momento en que se expidió la sentencia de marras, pues no otra cosa cabe deducir del siguiente pasaje de aquella pieza, ostensiblemente inspirada, por lo demás, en la tesis doctrinaria, a que el recurrente se refiere en la censura, según la cual cuando se profiere una sentencia incompleta, y ésta es apelada, habría una pretermisión de instancia implicativa de nulidad por falta de competencia: "Para subsanar la irregularidad anotada se enviará el expediente al Juez de primera instancia con el fin de que en la misma sentencia se haga el pronunciamiento correspondiente a la demanda de reconvención. para el efecto anterior se retrotraerá la actuación hasta el momento de dictar sentencia de primer grado" (DESTACADO de la Corte).

Fue este mismo el alcance que en la sentencia que sustituyó la incompleta le asignó a dicho auto el Juez a-quo, alcance que, no obstante su trascendencia, ningún reparo le mereció al Tribunal cuando conoció en segunda instancia de esa misma sentencia. Siendo de observarse que tampoco a las partes, durante las instancias, les causó esa interpretación motivo alguno de reproche, pues nada observaron sobre el particular, lo que denota conformidad con ella.

Quiere decir, entonces, que si no puede remitirse a duda que el Tribunal, al dictar el tan citado auto de 1º de febrero de 1967, anuló la actuación a partir inclusive de la sentencia de 23 de agosto de 1966, la consecuencia obvia frente al cargo que se examina es la de que toda la argumentación aducida en éste cae por su base. En efecto, no puede decirse que haya dejado de culminar el trámite de la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta contra aquélla; ni que el proceso hubiera regresado al Juzgado a-quo solo para resolver sobre le demanda de reconvención, pues en las condiciones dichas, apremiado el Juez para proferir nuevo fallo, le era forzoso dictarlo abarcando las pretensiones de las partes relativas tanto a la demanda inicial como a las de reconvención; ni que el Juzgado a-quo hubiera procedido infringiendo el artículo 482 del C. J. al estimar en la nueva sentencia que la anterior de 23 de agosto, por haber el Tribunal decretado una nulidad que la comprendía, era inexistente; ni,, en fin, que subsista dentro del proceso la vigencia de la tantas veces citada sentencia de 23 de agosto, ni que por razón de ello la actuación posterior al auto de 1º de febrero envuelve una nulidad.

Comparte la Corte la opinión del recurrente de que, conforme al art. 455 del C. J., cuando pasa a despacho para sentencia un negocio de que conoce en segunda instancia un Tribunal, no puede el magistrado ponente por sí solo decretar nulidad de la actuación, pues conforme a la disposición antes citada esa facultad radica en la Sala de

Decisión. Por eso estimá que fue expedido irregularmente el auto de 1º de febrero de 1967 de que se viene hablando, al haber sido él proferido únicamente por el magistrado ponente y nó por la Sala de Decisión que conocía del juicio.

Ninguna consecuencia, empero, puede ahora deducirse de tal defecto. En primer lugar, porque no lo permitiría la estricta sujeción del recurso de casación al principio dispositivo inclusive en materia como la nulidad en que este no suele operar, dado que el cargo en examen no estructura la nulidad que invoca con apoyo en aquella circunstancia, según resulta de estar él enderezo a sostener que tal nulidad se originó en actuaciones del Juzgado, no del Tribunal. Y en segundo lugar, porque si fuera el caso de estudiar esa cuestión a fondo, se encontraría que las partes se conformaron con la irregularidad comentada, por no haber hecho valer los remedios procesales que tenían para enmendarla, de suerte que permitieron que se produjera el efecto de que el Juez a-quo quedara colocado en la situación forzosa de tener que volver a dictar sentencia, como tenía que hacerlo, pues otra cosa hubiera significado incurrir en rebeldía contra decisión ejecutoriada del superior. Así las cosas, no se ve entonces cómo podría ahora sostenerse que por haber acatado lo que el superior ordenó, hubiera el Juez a-quo dado lugar a que se generara la nulidad por usurpación que se alega.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.—Se formula por interpretación errónea del artículo 2.083 del C. C., y se hace consistir en que el Tribunal expresó en la sentencia acusada que el animus contrahendi societatis es elemento esencial de las sociedades formadas por los hechos. Concepto que el recurrente estima equivocado, pues, dice, el animus contrahendi societatis no puede darse como elemento esencial de las sociedades sino cuando ésta se constituye mediante consentimiento expreso "en el cual el móvil fin determinante, fuera la voluntad de asociarse"; la sociedad de hecho, o mejor asociación como la llama la doctrina moderna, no exige ningún acuerdo de voluntades, sino que surge de meros hechos, y por ello no es posible que el elemento que se viene mencionando sea esencial a ella. Si la doctrina moderna pone en duda la existencia de ese elemento en sociedades regulares de capital, con mayor razón es difícil aceptarlo como esencial en las de hecho, pues el mismo artículo 2.083 del C. C. supone que una asociación de esta clase "no puede subsistir como sociedad"; ese ánimus podrá aceptarse a lo sumo como elemento de la naturaleza de la sociedad de hecho, pero nunca como de la esencia de ella. Transcribe la opinión de un autor que rechaza la affectio societatis como elemento de las sociedades regulares, para decir luego que es necesario determinar los supuestos de la sociedad regular, en forma distinta a como se determinan en la de hecho, pues en aquélla se trata de un contrato tipo, y que mal puede pretenderse entonces que los hechos generadores de las asociaciones amorfas "se perfilen de modo idéntico a las formas de expresión de las sociedades que integran una persona jurídica.

Se refiere al caso concreto de este juicio, para decir que cuando una persona entrega un terreno a otra y ésta consagra todos sus esfuerzos a mejorarlo hasta convertirlo en un fundo de importancia, "hay cooperación y esfuerzo común, resultado de una serie coordinada de operaciones de contenido económico". Y concluye afirmando que como el ánimus contrahendi societatis no es elemento esencial de las sociedades de hecho, el haber sostenido el Tribunal lo contrario en la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 2.083 del C. C., y que en consecuencia se "impone la infirmación del fallo acusado, para que se restaure el derecho violado por la sentencia censurada".

Se Considera:

El planteamiento de este cargo por la vía directa, como tenía que serlo ya que el error jurídico que se invoca consiste en interpretación errónea de ley sustancial, supone necesariamente, al menos para los efectos propios del mismo cargo, que se acepta en su integridad la apreciación que de la cuestión de hecho, a la luz de las pruebas obrantes en

el juicio, hizo el Tribunal en la sentencia acusada.

Ahora bien, en la aludida sentencia llegó el Tribunal a la conclusión, derivada del examen de la prueba del actor, de que de ésta a lo sumo resultaba establecido que entre las partes existió en un principio "quizás un contrato de aparcería, o de administración, o de algo semejante... pero en parte alguna. ...que hayan existido aportes comunes, ni actividades paralelas, ni relaciones igualitarias que permitan presumir un ánimus societatis". Conclusión en que insiste luego al decir que "es preciso concluír, que de las pruebas aportadas por la parte actora no puede deducirse la existencia de la sociedad cuyo reconocimiento se pretende", y que considera además reforzada con la prueba traída a los autos por la parte demandada.

Si, pues, el Tribunal no encontró acreditados en el proceso hechos de los que de acuerdo con la jurisprudencia relativa a las sociedades de hecho constituyen este tipo de asociaciones, y en consecuencia dedujo de ello que no estaba establecida la existencia de la sociedad de hecho cuyo reconocimiento se solicitó en la demanda, premisa ésta que en el presente cargo no se controvierte, salta a la vista que la acusación cae en el vacío pues ante el resultado obtenido por el Tribunal del examen de la prueba vino a ser totalmente indiferente, y a conservar solo un interés puramente académico, irrelevante en casación, el que en la sentencia se hubiera sostenido la tesis de que el ánimus contrahendi societatis es elemento esencial de las sociedades de hecho.

En otras palabras, desechado por el Tribunal que con la prueba obrante en autos se hubiera establecido la existencia de una sociedad de hecho entre actor y demandado, al haberse ocupado posteriormente, sin necesidad, del tema de la affectio societatis, no fue para hacer de su concepto sobre el mismo una premisa dotada de fuerza determinante de la decisión que adoptó en el fallo. Ese concepto superfluo y accesorio, no juega ningún papel dentro de la estructuración lógica de la sentencia acusada; su trascendencia queda reducida a la que le corresponde en el campo meramente especulativo, y ésta no es suficiente para legitimar la formulación de un cargo en casación, pues dicha legitimación no se satisface por el simple vencimiento de quien recurre, sino que requiera además que el error concreto que se le impute al sentenciador sea causa necesaria y suficiente de aquel vencimiento.

En consecuencia, el cargo es inadmisible.

Tercer cargo.—Se formula por error "en la valoración y ponderación de los medios de prueba aportados a los autos", así:

a) Erró de hecho el Tribunal "al no percatarse de las confesiones contenidas en la respuesta a la demanda", pues al contestar los hechos 2º y 6º se reconoció plenamente "la asociación inicial";

b) "Erró de hecho el Tribunal al no percatarse de la declaración del señor Lino Moscoso Molina, quien declaró dentro de la diligencia de inspección ocular" en los términos que la censura reproduce;

c) "Erró de hecho el Tribunal al no tomar nota de la declaración del señor Leonidas Cardona Giraldo", quien depuso sobre la confesión que, según el recurrente, le hizo el demandado Rubén Godoy de que le había entregado la finca al demandante Henao para que la mejorara en compañía;

d) "Erró de hecho el Tribunal al no percatarse de la existencia de la declaración del señor Samuel Espejo Robayo". Dice el censor que éste testigo declaró sobre la colaboración que existio entre las partes, y que su testimonio es exacto, responsivo y completo, no obstante lo cual la sentencia no lo tuvo en cuenta;

e) "Erró de hecho el Tribunal al no percatarse de los testimonios válidamente aportados al proceso, y que precisan los elementos integrantes de la asociación de hecho", de José Bedel Ortiz, Martín Luna, Antonio Falla Calderón, Benjamín Londoño, Jorge Mahecha, Miguel Gómez Contreras, Aristides Gómez, Leonicas Bustos Riaño y Joaquín Emilio Betancurt.

Sobre los medios de prueba que se dejan relacionados dice el recurrente que acreditan plenamente los hechos constitutivos de la sociedad de hecho afirmados en la demanda, es decir la colaboración entre las partes en el montaje de la finca "La Esperanza", en particular la actividad desplegada al respecto por el actor, la autonomía con que éste procedía, tanta que fue considerado por los vecinos como dueño de ese inmueble, y la distribución de utilidades; que si esos medios de pruebas hubieran sido tenidos en cuenta por el sentenciador, y valorados conforme a los artículos 472. 593, 602, 661, y ss., 688 y 697 del C. J., sin duda alguna habría encontrado probados los elementos integrantes de una asociación formada por los hechos.

Transcribe a continuación el recurso apartes de la sentencia recurrida en que se alude globalmente al mérito de la prueba testimonial aportada por la parte diciéndose que esa prueba no acredita los elementos de una sociedad de hecho, sino solo quizás relaciones de otra naturaleza, y critica tales consideraciones expresando que "para desnaturalizar la fidelidad objetiva de los medios de prueba, se acude a la pura ideación, al margen de los hechos comprobados en los autos". Agrega que el Tribunal solo menciona en su sentencia las declaraciones de Campo Elías Caballero, Miguel Villegas M., Isidoro Marín, Héctor Jaramillo Arias y Juan Santofimio Lugo "para analizarlas en forma negativa y tratar de desarticularlas para inferir que no demuestran nada, que no son idóneas para demostrar la existencia de la sociedad de hecho. El Tribunal busca analizar aisladamente unos pasajes de las declaraciones, para de ahí inferir que no tienen eficacia probatoria.... Los testimonios deben examinarse en su integridad, para inferir las consecuencias", y termina esta parte del cargo diciendo que en la apreciación de los citados testimonios incurrió el Tribunal en error de derecho" al negarles valor probatorio. violando los artículos 688 y 697 del C. J., Ellos acreditan los elementos de las asociaciones de hecho. No los examinó en función de los demás medios de prueba. Buscó aislarse para desarticular su contenido"; y que incurrió también en error de hecho "al desnaturalizarlos en su fidelidad objetiva y atribuírles consecuencias, contradicciones, que no tienen. Desnaturalizó los hechos relatados por éllos".

Apunta en seguida que es muy significativo que el Tribunal le hubiera asignado mayor credibilidad a los testigos presentados por la parte demandada que a los de la actora, no obstante que aquéllos "no merecen el más mínimo examen crítico"; que "existió cierto favoritismo del Tribunal al examinar la ineficaz prueba de la parte demandada"; y que al ponderar las declaraciones de los testigos Miguel Rincón M., Luis Angel Rojas y Tiberio Pava, aducidas por el demandado, cometió "error de derecho al darles eficacia probatoria, en detrimento de los artículos 688 y 697 del C. J.; y error de hecho en cuanto les atribuye afirmaciones que no contienen tales testimonios".

Remata el cargo diciendo que como consecuencia de los errores indicados el Tribunal quebrantó los artículos 472, 593, 594, 604, 607, 609, 663, 668, 696, y 697 del C. J., y que como resultados de la violación de estas normas medio quebrantó indirectamente los artículos 2.079, 2.081 y 2.083 del C. C., por falta de aplicación.

Se Considera:

I. - Encuentra en primer lugar el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al haber pasado por alto las respuestas dadas por la parte demandada a los hechos 2º y 6º de la demanda, las cuales según él constituyen confesión de que entre las partes existió inicialmente una asociación.

Al contestar el hecho 2º de la demanda, en el que se afirmó que Henao Bonilla había recibido el inmueble "La Esperanza" de manos de Godoy Guzmán "para la explotación común", dijo el demandado: "No es cierto. Desde un principio Henao Bonilla tuvo garantías por parte de su patrón Godoy, permitiéndole hacer cosechas en compañía en las cuales mi mandante hacía todos los gastos. los que se deducían de la cosecha y se partían las ganancias". Y al contestar el hecho 6º, en el cual se afirmó que "inicialmente los consocios derribaron selva para cultivar maíz, arroz y otras sementeras de

corto rendimiento, cuyos frutos distribuyeron por iguales partes para luego sembrar los pastos artificiales que hoy componen la aludida finca", expresó el mismo demandado: "No es cierto en la forma como está redactado este hecho. Rubén Godoy le permitió a Manuel José Henao Bonilla, aparte de su sueldo, hacer cultivos de poco rendimiento, pagando Godoy solo todos los gastos y partiendo utilidades, compañías que terminaban al finalizar cada cosecha".

No se advierte de las respuestas transcritas que en ellas aparezcan configurados hechos constitutivos de la sociedad irregular que el actor pretende haber formado con el opositor. Y que ello es así resulta con solo advertir que en la primera respuesta se alude a que el demandado Godoy era patrono del actor Henao Bonilla en el manejo del inmueble "La Esperanza", y que en la segunda se habla también de que Godoy Guzmán pagaba a Henao Bonilla un sueldo por la administración del mismo inmueble, circunstancias ambas incompatibles con cualquier estado de posible sociedad, relativa a dicho inmueble, entre el uno y el otro.

Pero es que, además, si la contestación a la demanda se considera en su conjunto, mayormente se evidencia que allí no se reconoce o confiesa factor alguno constitutivo de la sociedad de hecho pretendida, pues en ella campea la idea constante de que el demandante Henao Bonilla fue apenas un asalariado de Godoy Guzmán en la administración del inmueble en mención, y que solo esporádicamente se celebraron entre éllos contratos que implicaran participación de utilidades, pero que serían de aparcería y como tales de naturaleza muy diversa a la sociedad de hecho cuyo reconocimiento persigue el actor en este juicio.

Lo dicho es suficiente para desechar el ataque por error de hecho que se deja examinado.

II. - Estima también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las declaraciones testimoniales de Lino Moscoso Molina, Leonidas Cardona Giraldo, Samuel Espejo Robayo, José Bedel Ortiz, Martín Luna, Antonio Falla Calderón, Benjamín Londoño, Jorge Mahecha, Miguel Gómez Contreras, Aristides Gómez, Leonidas Bustos Riaño y Joaquín Emilio Betancurt, todas traídas al juicio a solicitud de la parte actora. Error de hecho que se hace consistir en que el Tribunal no se percató de la existencia en el proceso de dichas declaraciones, es decir, que las pasó por alto y omitió tenerlas en cuenta al decidir, no obstante que ellas demuestran la existencia de la sociedad de hecho pretendida en la demanda.

Conviene advertir que las dos primeras de las declaraciones aludidas, o sean las de Lino Moscoso Molina y Leonidas Giraldo, fueron pedidas, decretadas y practicadas dentro de una diligencia de inspección ocular realizada en la primera instancia. Y que las declaraciones restantes, ceñidas todas a un mismo interrogatorio, se solicitaron en el primer memorial petitorio de pruebas.

Pues bien, consistiendo concretamente el error de hecho imputado al Tribunal en que, como se dejó dicho, éste omitió en absoluto la apreciación de las declaraciones citadas, no se remite a duda, si se lee la sentencia acusada, que el Tribunal no cometió ese error. En efecto, aparte de que las sentencias sujetas a casación acceden al recurso amparadas por la presunción de que el sentenciador acertó en todos y cada uno de sus juicios, presunción en la cual va implícita la de que el fallador percibió con exactitud y valoró debidamente todas y cada una de las pruebas aportadas al proceso; aparte de tal presunción, se repite, es decir, sin necesidad de acudir a ella, en el caso de autos resulta directamente establecido que en la sentencia acusada el Tribunal sí tuvo en cuenta todas y cada una de las declaraciones que el cargo hace objeto del error de hecho en estudio, a lo cual no obsta el que las haya considerado en forma general y sin individualizarlas por los nombres de los respectivos declarantes.

Así, por lo que respecta a las dos primeras de las declaraciones señaladas, o sea las que se decretaron y recibieron en inspección ocular, según se explicó atrás, a ellas hizo clara y expresa alusión el Tribunal cuando, comentando la inspección ocular dicha,

agregó lo que en seguida se transcribe:

"Igualmente se recibieron declaraciones de varios testigos, algunos de los cuales deponen sobre hechos que conocen de oídas, y aunque también hacen referencia a las labores desarrolladas por el demandante Hénao Bonilla, de ninguna de tales declaraciones se puede deducir la existencia de un contrato de sociedad, verificado entre las partes".

Y por lo que respecta a las demás declaraciones que se dice ignoradas por el Tribunal, éste, luego de transcribir y comentar apartes de otras del mismo grupo, y de concluír desestimándolas por fallas que les encuentra, agrega lo siguiente, que indudablemente, se refiere a las declaraciones de dicho grupo no examinadas individualmente, y por lo tanto a las de que trata el aspecto en estudio de este tercer cargo:

"En forma similar a la anterior, o con pequeñas variaciones de carácter secundario, deponen un buen número de testigos, de los cuales sin lugar a dudas se puede concluír que entre Rubén Godoy y Manuel José Henao Bonilla se iniciaron en el año de 1957, unas relaciones de carácter contractual y que en desarrollo de ellas los dos citados intervinieron inicialmente en la explotación de la finca denominada "La Esperanza", pero que después de algún tiempo Manuel José Henao continuó trabajando sin la intervención de Godoy y que quien daba órdenes y se entendía con su administración y manejo, como si fuera dueño, era el demandante Henao. Ni de lo expuesto por el conjunto de testigos, ni de lo declarado individualmente por cada uno de éllos, puede deducirse cosa distinta de lo dicho, lo que equivale a decir que no se demuestra con ello ni el ánimus contrahendi societatis, ni el aporte común, ni la relación jurídica de igualdad entre los socios a que se hace referencia en las jurisprudencias transcritas de la Corte. De tales testimonios podría deducirse, a lo sumo, que entre las partes existió en un principio, quizás un contrato de aparcería, o de administración, o de algo semejante, y que posteriormente por razones que los testigos no aducen y que se desconocen en el juicio, Henao continuó al frente de la finca actuando como señor y dueño, pero en parte alguna prueban que hayan existido aportes comunes, ni actividades paralelas, ni relaciones igualitarias que permitan presumir animus societatis".

Las anteriores transcripciones tomadas de la sentencia acusada ponen en evidencia, entonces, que no es exacta la afirmación del recurrente de que el Tribunal hubiera ignorado en absoluto las declaraciones testimoniales a que se ha venido haciendo referencia, y que hubiera incurrido en el consiguiente error de hecho alegable en casación. No se podía, pues, imputar error de hecho en ese sentido, porque él no existió, y por lo mismo este aspecto del cargo carece en absoluto de fundamento.

III - Se refiere también el recurso a la apreciación que hizo el Tribunal de las declaraciones de Campo Elías Caballero, Miguel Villegas M., Isidoro Marín, Héctor Jaramillo Arias y Juan Santofimio Lugo, aducidas por la parte actora, y de las de Miguel Rincón M., Luis Angel Rojas y Jesús Betancurt, aducidas por la parte demandada, para criticar que las primeras hubieran sido repudiadas, y que en cambio hubieran sido acogidas las segundas. Y concretamente le atribuye al Tribunal, en relación con ellas, los errores de hecho y de derecho a que se hizo referencia atrás al extractar el cargo.

Sobre lo cual se observa:

a) Que la técnica del recurso de casación enseña, en lo tocante con la variante de la causal primera constituída por la violación indirecta de ley sustancial, que son incompatibles, y por consiguiente de acumulación imposible dentro de un mismo cargo y en relación con un mismo medio de prueba, los conceptos de error de hecho y error de derecho. Defecto este de que claramente adolece el cargo en examen, por el aspecto que ahora se considera; y,

b) Que, por otra parte, el recurrente se limita a aludir en forma imprecisa, vaga e inconsistente a los errores de hecho y de derecho que le imputa al Tribunal, sin intentar esfuerzo alguno por demostrarlos. Como es sabido, la índole del recurso de casación exige que, tratándose de la causal primera, a la Corte se le demuestren por el censor los errores que le atribuya al sentenciador de se-

gunda instancia. Si la censura es por violación indirecta, entonces, pesa sobre el censor la carga procesal de demostrar, como presupuesto de procedibilidad de aquélla, el error manifiesto de hecho o el error de derecho a consecuencia de los cuales haya sido llevado el Tribunal a aplicar indebidamente o a dejar de aplicar determinadas normas sustanciales. Dicha carga aparece claramente establecida en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

No procede, pues, el estudio de este último aspecto del cargo en examen.

Por todo lo dicho y expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario promovido por Manuel José Henao Bonilla contra Rubén Godoy Guzmán.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO

Litis consorcio necesario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 19 de los corrientes, según número 50 de esa fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de enero de 1965 en el juicio ordinario de Ignacio Pulido Campo y otros frente a Leonor Díaz de González y otros.

El Litigio.

Ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá y en el libelo corregido, Ignacio, Fernando, Daniel, Lucía y Rosa Pulido Campo, María Teresa León, Elvira León v. de Ospina, Soledad y Cecilia Valencia Pulido citaron a juicio a Leonor Díaz de González, como heredera de Soledad Pulido de Díaz, y a Manuel J. González C., como cesionario de Isaac Pulido Jiménez para que, por los trámites de la vía ordinaria se tomasen las siguientes determinaciones:

"PRIMERA.—Que es nulo en su totalidad, por falta de citación o emplazamiento legal de la parte demandada el juicio ordinario seguido por la señora Soledad Pulido de Díaz ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, contra mis poderdantes y otros demandados sobre reforma del testamento cerrado otorgado por el señor Isaac Pulido Jiménez el seis (6) de mayo de mil novecientos cuarenta y tres (1943), ante el Notario Quinto del mismo Circuito, protocolizado por escritura pública número 2.035 de seis de junio de 1945 en dicha Notaría, registrada en el libro segundo el 2 de julio del mismo año, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá.

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de la anterior nulidad procedimental, carecen de todo valor legal y eficacia jurídica las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el referido juicio por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá y el Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial con fecha 10 de diciembre de 1947 y 24 de febrero de 1950, respectivamente, por las cuales se reconoce a la señora Soledad Pulido de Díaz la calidad de hija natural del señor Isaac Pulido Jiménez y se ordena reformar el testamento que él otorgara el 6 de mayo de 1943 en el sentido de excluír al heredero testamentario señor Ignacio Pulido Campo y reducir los legados.

"TERCERA.—Que en virtud de las anteriores declaraciones, el testamento cerrado que el señor Isaac Pulido Jiménez otorgó con fecha seis de mayo de 1943 ante el señor Notario Quinto de este Circuito, no está anulado ni reformado en ninguna de sus disposiciones, por las sentencias de que se ha hecho mérito en el numeral anterior.

"CUARTA.—Que se ordene cancelar en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, la inscripción de hijuelas correspondientes a bienes de la sucesión del señor Isaac Pulido Jiménez que hubieren podido hacerse a favor de la señora Soledad Pulido de Díaz, o a quien sus derechos represente.

"QUINTA.—Que en razón de las anterio-

res declaraciones procedese hacer la partición de los bienes relictos del Sr. Isaac Pulido Jiménez con base en las ordenaciones contenidas en el mencionado testamento otorgado el 6 de mayo de 1943 ante el señor Notario Quinto del Circuito de Bogotá.

"SEXTA.—Que se haga la correspondiente condenación en costas.

Petición Subsidiaria.

"Subsidiariamente pido que la nulidad del proceso sea decretada desde el auto de 26 de julio de 1948, por el cual se decretó su reconstrucción".

Los hechos fundamentales de la causa petendi se sintetizan así: el señor Isaac Pulido Jiménez falleció en Bogotá, en estado de viudez, el 28 de marzo de 1945, habiendo otorgado testamento ante el Notario 5º de la misma ciudad, en el cual declaró no tener legitimarios e instituyó como su heredero a Ignacio Pulido Campo, y como legatarios a Clementina Pulido de Benítez, Carmen Benítez, María Josefa Campo v. de Pulido, Fernando, Ignacio, Daniel, Lucía y Rosa Pulido Campo, Soledad Pulido v. de Valencia, Nicolás, Soledad y Cecilia Valencia Pulido, José Vicente y María Teresa León, Elvira León de Ospina, Paulina Pulido de Rojas, Manuel Antonio Perea Sanclemente, Matilde Gutiérrez de Peña, María Moreno Naranjo, Ana Maldonado y la "Obra Pontificia de la Propagación de la Fé" (de la comunidad de Padres Franciscanos e Iglesia Parroquial de Madrid, Cundinamarca); además designó como albacea con tenencia y administración de bienes a Eduardo de Narváez. El heredero Ignacio Pulido Campo inició el respectivo juicio de sucesión en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, juicio en el cual fue reconocido como tal heredero y también lo fueron los legatarios y el albacea testamentario. Ya practicada la diligencia de inventario y avalúo de los bienes relictos, Soledad de Díaz se hizo presente en la causa mortuoria y adujo los fallos dictados en otro juicio sobre filiación natural, en el cual se le reconoció tal condición respecto de Isaac Pulido y se ordenó la reforma del testamento otorgado por éste. El Juzgado de la sucesión aceptó la personería de la nombrada Soledad de Díaz y la autorizó para hacer, por intermedio de su apoderado, la partición de los bienes relictos, trabajo en que élla "se adjudicó una porción herencial superior a la legítima efectiva, excluyó al heredero testamentario no solo de la cuota de libre (sic), sino también de la asignación universal y se dejó una ínfima cantidad para cubrir las asignaciones singulares". El auto admisorio de la demanda en el juicio de filiación natural y reforma del testamento, sólamente fue notificado al Excelentísimo señor Arzobispo de Bogotá, en representación de la Obra Pontificia de la Propagación de la Fé, al Reverendo Padre Superior de los P. P. Franciscanos de Bogotá, como representante de esta comunidad, a Clementina Pulido v. de Benítez, Carmen Benítez, Matilde Gutiérrez de Peña, Manuel Antonio Perea Sanclemente, Paulina Pulido de Rojas, Cecilia Valencia de Pulido, Eduardo de Narváez e Ignacio Pulido Campo. Los primeros ocho de tales demandados no contestaron el libelo y los dos últimos se opusieron a las pretensiones de la actora y tacharon de falso el documento privado presentado por élla como única prueba de la acción. La notificación a la Parroquia de Madrid se surtió en persona distinta del Cura Párroco, quien era su representante legal. Al resto de los demandados, María J. Campo v. de Pulido, Fernando, Daniel, Lucía y Rosa Pulido Campo, Soledad Pulido v. de Valencia, Nicolás y Soledad Valencia Pulido, José Vicente y María Teresa León Pulido, Elvira León de Ospina, María Moreno de Naranjo y Ana Maldonado se les nombró curador ad litem, no obstante ser suficientemente conocidas sus residencias y no haberse acreditado su ocultamiento. El juicio continuó sin la intervención del curador ad litem, a quien no se le discernió el cargo ni le suministró la parte demandante lo necesario para gastos. Tampoco tramitó el Juzgado el aludido incidente de nulidad propuesto. Posteriormente la demanda original fue adicionada y corregida en el sentido de agregar nuevas peticiones y de rectificar la denominación de la persona jurídica eclesiástica allí demandada; admitida la corrección, el auto admisorio no fue notificado a ninguno de los demandados y, por ende, no se surtieron los respectivos traslados. El demandado Ignacio Pulido Campo fue notificado personalmente del fallo de primera instancia y, re-

querido para que manifestase si lo consentía, interpuso recurso de apelación, por considerarlo "lesivo de sus derechos y pronunciado en un juicio viciado de nulidad por falta de notificación de los demandados". Tal recurso fue denegado por no ser el apelante abogado inscrito, con la advertencia de que éste había designado apoderado, quien también lo interpuso oportunamente. En el incendio del Palacio de Justicia el 9 de abril de 1948 fue destruído el mencionado juicio, por lo cual la actora solicitó su reconstrucción a lo que accedió el Juzgado mediante auto del 26 de julio del mismo año, en el que se ordenó emplazar a los demandados en la forma prevenida por los artículos 2º y 4º del decreto 1683 de 1948; así: esta providencia no fue notificada personalmente a ninguno de los demandados, pese a ser suficientemente conocidas sus direcciones,, como tampoco se fijaron los avisos de que trata el ordinal b) del artículo 5º del mencionado decreto. Declarada la reconstrucción del proceso, subió este al Tribunal por apelación interpuesta por el albacea, "quien sin el concurso de los asignatarios no podía ejercitar debidamente la defensa del testamento del señor Isaac Pulido Jiménez", y como dichos asignatarios tampoco fueron oídos en la segunda instancia del juicio, la sentencia les fue desfavorable. Interpuesto el recurso de casación por el albacea "ya que a los asignatarios no se les dio oportunidad de intervenir en el juicio", la Corte no lo admitió por carecer el ejecutor testamentario de personería para el efecto. El demandado Manuel Antonio Perea Sanclemente falleció durante el juicio y este continuó tramitándose sin el emplazamiento de sus herederos. En fin, afirma el libelo que Soledad de Díaz falleció en esta ciudad y que la representan su hija Leonor Díaz de González y Manuel J. González C., éste último cesionario de aquélla en los derechos sucesorales que le correspondían en la mortuoria de Isaac Pulido.

Notificados los demandados, Leonor Díaz de González y Manuel J. González, solamente éste último contestó el libelo oponiéndose a las súplicas en él contenidas y negando los hechos en que se funda.

El primer grado del juicio finalizó con sentencia inhibitoria, la que apelada por la parte actora dio lugar al fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de enero de 1965, materia del recurso extraordinario que aquí se decide.

El Fallo del Tribunal.

Refórmase en este el dictado por el Juez del conocimiento, en el sentido de declarar que la inhibición, que se confirma, se funda en la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

Verifica al Tribunal que la demanda inicialmente instaurada en este juicio lo fue por Ignacio Pulido Campo contra Leonor Díaz de González y Alicia e Isabel Díaz, como herederas de Soledad de Díaz, al paso que en el libelo de corrección de dicha demanda comparecieron como actores Ignacio, Fernando, Daniel, Lucía y Rosa Pulido Campo, María Teresa León y Elvira León v. de Ospina, y se citaron como demandados a Leonor Díaz de González, en su calidad de heredera de Soledad Pulido v. de Díaz, y al doctor Manuel J. González, como cesionario de los derechos que a la nombrada viuda de Díaz le correspondieron en la sucesión de Isaac Pulido Jiménez.

De otro lado observa el Tribunal que la sentencia del 10 de diciembre de 1947 proferida por el Juzgado 4º Civil de este Circuito en el juicio cuya nulidad se impetra da cuenta de que la acción que a este dio lugar fue ejercitada contra Ignacio Campo Pulido, en su carácter de heredero universal instituído por Isaac Pulido; contra los legatarios de éste, Clementina Pulido v. de Benítez, Carmen Benítez Pulido, José Vicente León Pulido, María Teresa León Pulido, Elvira León Pulido de Ospina, Soledad Pulido de Valencia, Cecilia Valencia Pulido, Nicolás Valencia Pulido, Paulina Pulido de Rojas, Manuel A. Perea Sanclemente, el Arzobispo Primado de Colombia, doctor Ismael Perdomo, María Josefa Campo de Pulido, Fernando Pulido Campo, Daniel Pulido Campo. Lucía Pulido Campo, Rosa Pulido Campo, Matilde Gutiérrez de Peña, María Moreno Naranjo, Ana

Maldonado Moreno, Reverendo Padre Marcos Puyo, Superior de la Comunidad de los Padres Franciscanos de Bogotá, y contra Eduardo de Narváez, albacea testamentario de Isaac Pulido.

De lo anteriormente dicho concluye el sentenciador que no habiendo sido citadas todas aquellas personas contra las cuales se ventiló la acción de filiación natural y la de reforma del testamento de Isaac Pulido Jiménez, instaurada por Soledad de Díaz, es evidente "que la relación jurídico-procesal en este juicio no quedó integrada de manera normal que permita o autorice un pronunciamiento de mérito o de fondo sobre las pretensiones deducidas por quienes formularon la demanda y su corrección, pues debe advertirse que las personas que no fueron citadas en este juicio tampoco han hecho una manifestación de coadyuvar a la parte actora o a la opositora, o cumplido algún acto que sanee, valga la expresión, la deficiencia que se observa".

En apoyo de lo expuesto, formula el fallo acusado las siguientes consideraciones: "Tratándose de acción ordinaria polarizada en el sentido de obtener un pronunciamiento de nulidad de un proceso ya fenecido, en el que obra fallo ejecutoriado, resulta indispensable la intervención de todas las personas que, integrando la parte actora o la opositora, hayan figurado en dicho proceso (Art. 202 C. J.). Es que se presenta el fenómeno procesal de litis consorcio necesario, a fin de no dar ocasión a múltiples actuaciones sobre una misma cuestión jurídica con sus naturales inconvenientes y de amparar sobre todo aquello que precisamente da razón de ser a la cosa juzgada (Art. 473 ss. C.J.). En ello ocurre algo similar en el fondo a lo que se presenta cuando se trata de obtener un pronunciamiento acerca de la extinción por uno u otro concepto, de relaciones contractuales (G. J. Nº 1941 pág. 242) etc. etc., a pesar de que el señor mandatario de los actores en su alegación de esta instancia argumenta en contrario (Fls. 8 ss. C. Nº 5), pues sostiene que no se configura en el caso en cuestión litisconsorcio necesario sino 'útil o facultativo'... Incuestionable es que el juicio cuya nulidad fue impetrada íntegra una verdadera unidad que no es posible, en el plano de lo jurídico, de división o fraccionamiento y precisamente tal unidad se refleja de modo directo en la conclusión de que no quedó integrada de manera propia normal la relación jurídico-procesal, lo que es condición natural para proferir decisiones judiciales de mérito. Así como fue indispensable que el juicio primitivo se avanzara contra todas las personas que a él fueron citadas, de la misma manera lo es que la acción de los demandantes requiere la citación de éllas, conforme a la sana lógica jurídica, a fin de no propiciar la creación de situaciones anómalas y contradictorias en el plano del derecho y que sustancialmente contraría, por su contenido contradictorio el principio de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales y el de su propia autoridad, con el consiguiente menoscabo del interés social. ...Por lo común el heredero puede accionar para la sucesión, como el comunero para la comunidad, sin que los comparecientes sufran lesión a causa del insuceso de las correspondientes acciones, más para el caso en examen ello no es acogible; en otros términos, no basta para llegar a la revocatoria de la resolución recurrida, precisamente en atención a que se persigue por los demandantes declaratoria de nulidad de un juicio, y esa pretensión corresponde debatirla forzosamente con todos los intervinientes en el mismo".

Los precitados pasos del fallo acusado estructuran el fundamento capital de su pronunciamiento, a la vez que le sirven al sentenciador para rectificar la motivación de la providencia apelada en el sentido de que la inhibición que se impone en el caso sub lite obedece a la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma y no a una supuesta ilegitimación pasiva en la causa, que encontrara el inferior.

La Impugnación.

Interpuesto el recurso extraordinario por la parte actora fúndase en demanda que contiene tres cargos en la órbita de la causal primera de casación y que, por su conexidad intrínseca, se despachan conjuntamente.

Primer Cargo.

Denuncia infracción directa del artículo 448, numeral 3º del C. Judicial, y del parágrafo del artículo 3º y del artículo 5º del Decreto Legislativo 1683 de 1948, con proyección en el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Transcribe el censor el citado artículo 26 de la Carta para recalcar que este consagra el derecho individual de defensa en juicio, desarrollado por el artículo 448 del C. Judicial, especialmente por su numeral 3º que erige en causal de nulidad de los procesos la falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas a ellos. En el mismo orden de ideas, se refiere al decreto 1689 (sic) sobre reconstrucción de los juicios destruídos en los incendios del 9 de abril de 1948, el que manda citar para el efecto indicado a todos los demandados, si estos fueren varios, y que en su artículo 5º señala los requisitos que han de observarse en las notificaciones a que hubiere lugar cuando estas no pudieren surtirse personalmente.

Insiste el recurso en las varias fallas tocantes con la citación a los demandados en el juicio sobre filiación natural de Soledad Pulido de Díaz y de reforma del testamento de Isaac Pulido cuya nulidad se invoca en el presente, fallas que, como se recuerda, se refieren tanto a la iniciación de dicho juicio como a su reconstrucción, pero que en el sentir de aquél no fueron tenidas en cuenta allí por los juzgadores de instancia, quienes así pronunciaron fallos condenatorios entre dichos demandados con lesión de sus intereses comprometidos en el litigio y su derecho individual de defensa.

Censúrasele también en este cargo al fallo acusado el no haber enunciado las normas que determinaron la inhibición, requisito exigido por el artículo 471 del C. Judicial, al paso que dicho fallo sí trae a colación el artículo 202 y alude al 457 ibidem que "no constituyen el fundamento de la acción", según ofrece demostrarlo el recurrente en capítulo distinto. En fin, afirma que el artículo 473 ibidem "es del todo extraño a la cuestión propuesta".

Segundo cargo.

Acusa el fallo por interpretación errónea de los artículos 202 y 457 del C. Judicial, con la advertencia de que el primero de estos textos puede no ser sustancial, pero sí forma proposición jurídica completa con el segundo de ellos.

Considera el recurso que toda la fundamentación del Tribunal se concreta en las siguientes tesis: "1ª. Que según el art. 202 del Código Judicial en la litisconsorcio (sic) cada uno de los litigantes individualmente considerado no es 'parte' procesal, sino que esta calidad solamente corresponde al conjunto de los demandados o de los demandantes, en su caso.

"2ª—Que para ejercitar la acción de nulidad consagrada en el artículo 457 del Código en mención, deben demandar todas las personas que, a su vez, fueron demandadas en el juicio que se intenta invalidar, por configurarse en tal caso una litis-consorcio (sic), y que cuando así no se hiciere falta el presupuesto de demanda en forma, lo que lleva al pronunciamiento de un fallo inhibitorio.

"3ª—Que los principios legales que gobiernan las nulidades sustantivas, son aplicables a las nulidades adjetivas o de procedimiento".

Seguidamente, se procede a impugnar dichas tesis en su orden.

En cuanto a la primera, se dice que cuando los sujetos de la relación jurídico-procesal son singulares, es evidentemente que solo hay dos partes: el demandante y el demandado. Pero que en el litis-consorcio, hay tantas partes cuanto sean los litigantes ya que cada uno de éllos es titular del derecho pretendido; que la definición que trae el artículo 202 del C. Judicial, según la cual "se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones", atribuye la calidad de parte a cada uno de los litis-consortes, por separado y también al conjunto de éllos, con la condición de que sostengan unas mismas pretensiones. En apoyo de esta interpretación,

se citan los artículos 205, 310, numeral 1º y 471 que hablan de los nombres de las partes, su vecindad o residencia, como también algunos fallos y opiniones de tratadistas, todo ello para concluír: "De modo que el artículo 457 al establecer que 'la parte que no fue legalmente notificada o emplazada' puede ejercitar la acción de nulidad procesal, se refiere a cada una de las personas que se encuentren en esas condiciones y no al conjunto de éllas. Por consiguiente, es notorio el error de interpretación en que incurrió el Tribunal al sostener la tesis contraria".

Refiriéndose a la segunda de las tesis en que se pretende concretar la motivación del Tribunal, el recurrente parte del principio de que "las nulidades procesales deben ser alegadas por el litigante con ellas afectado, y no por sus litis-consortes. En consecuencia, no es necesaria la intervención de éstos, en las acciones que consagra el artículo 457 del Código Judicial". Tales principio y conclusión estarían abonados por el artículo 26 de la Constitución y los artículos 448, 456 y 457 del C. Judicial, como también por la doctrina de la Corte y de tratadistas.

Rematan el pensamiento del impugnante los siguientes pasos de su demanda:

"La litis consorcio necesario activa (sic) no tiene cabida en las acciones de nulidad procesal, sino solamente en las que versan sobre un derecho sustancial indivisible. Esto se funda en que el derecho de defensa que la Constitución y la ley reconcen a toda persona para no ser juzgada y condenada sin haber sido oída y vencida en juicio, no puede estar subordinado al que otras pudieran tener por encontrarse en condiciones similares, pero prescinden de ejercitar en su defensa las correspondientes acciones que les brinda la ley.

"La tesis sostenida por el Tribunal lleva a resultados absurdos. En efecto: si sucediere que en un juicio ya fenecido varios de los demandados no fueron notificados del auto admisorio de la demanda, pero alguno de éllos fallece, como aconteció en el caso que nos ocupa, o se ausentan o no desean instaurar nueva acción, los demás estarían incapacitados para defenderse. Y si unos fueron notificados y otros no, los primeros que carecen de interés jurídico, tendrían que demandar con los segundos, a fin de que estos pudieran ejercitar la acción de nulidad".

Y respecto de la asimilación que se le atribuye al sentenciador entre las nulidades sustantivas de los actos y contratos y las nulidades procesales, considera el recurrente que ella es errónea, pues las primeras se dan en el campo del derecho privado y las segundas son de orden público. Advierte que en el caso sub lite no se discute la validez del testamento otorgado por Isaac Pulido, sino la de un juicio en que se incurrió en falta de citación o emplazamiento de los demandados. Así, el Tribunal habría interpretado erróneamente el artículo 457 del C. Judicial al requerir para su aplicación la existencia de un litisconsorcio activo necesario, cuando la economía procesal solamente aconseja el litis-consorcio útil o facultativo.

Tercer cargo.

Lo es por aplicación indebida del artículo 473 del C. Judicial.

No encuentra razón la censura para que el Tribunal haya aplicado o mencionado la norma en cita, que trata de la cosa juzgada, como quiera que en el juicio cuya declaración de nulidad se impetra, tuvo "como causa la calidad de hijo natural y tiene por objeto la reforma de un testamento"; y en el presente juicio se alega la falta de citación o emplazamiento a un proceso y tiene por objeto la anulación del mismo.

Al decir del censor, conforme a opiniones autorizadas, la cosa juzgada solo puede predicarse respecto de procesos y fallos válidos, ya que ella únicamente existiría en apariencia cuando en un nuevo juicio o en el incidente de ejecución del fallo se demuestra que este fue pronunciado en un proceso nulo.

Consideraciones de la Corte:

I - Visto está que el Tribunal sentenciador con vista en el fallo dictado en el juicio cuya nulidad se impetra y en el libelo corregido del presente, verifica que varias de las per-

sonas que participaron en aquel no fueron citadas en este. En efecto, de tal confrontación resulta que en el referido libelo dejaron de citarse: La Obra Pontificia de la Propagacion de la Fé, la Comunidad Franciscana de Bogotá, La Iglesia Parroquial de Madrid, Soledad Pulido de Valencia, Clementina Pulido v. de Benítez, Carmen Benítez Pulido, José Vicente León Pulido, Nicolás Valencia Pulido, Paulina Pulido de Rojas, Manuel A. Perea Sanclemente, María Joseta Campo de Pulido, Matilde Gutiérrez de Peña, María Moreno de Naranjo y Ana Maldonado Moreno, todos los cuales sí figuraron como demandados y quedaron vinculados por el fallo proferido en el juicio de filiación y reforma del testamento de Isaac Pulido, instaurado por Soledad de Díaz.

II - Visto está, igualmente, que la precitada situación establecida en los autos determinó el pronunciamiento inhibitorio del fallo acusado, pues el sentenciador consideró que, habiéndose ejercitado en este juicio una acción de nulidad de otro ya fenecido, era indispensable la citación de todas las personas que en él participaron, a fin de que con su audiencia pudiese dictarse una decisión de mérito para mantener o invalidar esa unidad jurídica procesal cuyo fallo, amparado con la presunción de la cosa juzgada, las había afectado a todas éllas. Estima el Tribunal que así como un contrato no puede ser declarado inválido respecto de alguno o algunos de sus partícipes y considerado válido respecto de otro u otros, por lo cual todos ellos deben ser citados a la causa en que tal cuestión se debata, de la propia manera el juicio que ha vinculado a un número plural de personas y cuya decisión les ha sido favorable o adversa, tampoco puede ser invalidado sin la audiencia de todas ellas. De esta suerte concluye dicho sentenciador que el pronunciamiento de mérito sobre la cuestión debatida en el presente juicio presupone un litis-consorio necesario que no se formó por haber estado ausentes en el proceso, por falta de citación, numerosos de los partícipes en aquel otro cuya anulación se impetra.

IV - Esta motivación del fallo inhibitorio acusado consulta las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia. Quien pretenda que el órgano jurisdiccional haga actuar una ley de cuya aplicación pueda resultar afectada una relación jurídica que vincula a varias personas, necesariamente debe pedir la citación de las mismas al proceso, pues de no ser esto así, o bien se violaría el derecho individual de defensa o bien se llegaría al exabrupto jurídico de que, rota la continencia de la causa por no serles oponibles a éllas el fallo proferido sin su audiencia, se crease una situación contradictoria, como sería precisamente la de que un acto jurídico único fuese válido y eficaz respecto de alguno o algunos de sus partícipes, y sin valor o inoperante respecto de otro u otros. Así ha dicho la Corte y con ella concuerda el fallo acusado al rectificar el criterio del Juez a quo que "cuando en la demanda se deja de citar a alguno de los que deban comparecer como demadados, no falta el presupuesto de la legitimación en causa, sino que el presupuesto ausente en el juicio es el de demanda en debida forma, porque entonces no es que la demanda haya sido dirigida contra personas contra las cuales no puede ejercitarse la acción, caso este en que sí habría falta de legitimación en causa, que es bien distinta del listis-consorcio necesario". (G. J. T. LXXVIII pág. 564).

V - De los cargos que contiene el recurso, en realidad solamente el segundo pretende desvirtuar el preciso fundamento del fallo que se viene de puntualizar. Solo que tal intento resulta inane, pues las censuras que allí se formulan están basadas en supuestas interpretaciones erróneas de los artículos 202 y 457 del C. Judicial, que sin razón se le imputa al sentenciador. No es cierto que el Tribunal haya entendido, como lo afirma el recurrente, que la definición de parte en un juicio que trae el citado artículo 202 signifique que cuando el sujeto activo o el pasivo de la relación jurídico-procesal esté integrado por dos o más personas o litis-consortes, el interés individual de cada uno de éllos se confunda con el de los demás, creándose así una especie de universalidad jurídica o de hecho sobre la cual cada uno de aquéllos pase a tener algo así como una cuota para cuya tutela sea indispensable la actuación conjunta de todos los demás litis-consortes. Ni es cierto que el sentenciador haya afirmado que esa supuesta comunidad litisconsorcial

sobreviviría al juicio fenecido en que élla se hubiera formado, de modo tal que para impugnar la validez de dicho juicio, con fundamento en el artículo 457, fuese necesario que el demandado no citado allí en legal forma, tuviese que contar con el concurso de todos sus litis-consortes de entonces, en forma tal que no prestándose cualquiera de éstos a colaborar con aquél, la acción impugnatoria sería impróspera. En fin, tampoco es cierto que el fallo hubiese identificado el régimen de las nulidades sustantivas con el de las procesales. En efecto, en éste se reconoce expresamente la independencia de los derechos y facultades de los litis-consortes reiteradamente declarada por la jurisprudencia. Refiriéndose a los asignatarios instituídos en el testamento de Isaac Pulido, expresa el fallo: "En efecto, la independencia jurídica de cada asignatario no basta para desestructurar o fraccionar la estructura del proceso que se avanzó y terminó.... Es que mal puede tomarse en forma aislada el interés de cada legatario, como si antes no hubiera estado vinculado al juicio que finalizó y ha sido objeto de definición o concreción en la sentencia pronunciada en él. Ciertamente, la ocurrencia que se menciona patentiza lo impropio que sería hacer pronunciamiento sobre la nulidad solicitada, a pesar de no haber comparecido o sido citados todos los legatarios del de cujus, mejor dicho, aquellas personas cuyos intereses quedaron vinculados a ese proceso" (se subraya). Una cosa, es, pues, según lo supone el recurrente, que el fallo acusado hubiera exigido que el litis-consorcio pasivo en el juicio de filiación y reforma del testamento se trasladara a este otro proceso transformado en un litis-consorcio activo, sin el cual los actores o cualquiera de éllos no podrían ejercitar la acción consagrada en el art. 457, y otra cosa bien distinta es la realmente propuesta por el sentenciador, cual es la de que esos actores estando individualmente legitimados para incoar dicha acción debieron citar a todos los otros partícipes en el juicio cuya nulidad se impetra, ya que sin tal requisito el fallo estimatorio que se pronunciaría conduciría al absurdo jurídico de que el juicio impugnado por nulidad desapareciera respecto de uno de éllos y subsistiera en relación con los demás. Otro tanto sucede con la interpretación que el censor le da a este paso del fallo: "En ello ocurre algo similar en el fondo a lo que se presenta cuando se trata de obtener un pronunciamiento acerca de la extinción, por uno u otro concepto, de relaciones contractuales". Obviamente, dentro de la motivación del fallo la frase transcrita solo significa que así como no se puede declarar la ineficacia de un contrato sin la citación de quienes en él intervinieron, tampoco se puede invalidar un juicio sin el llamamiento de quienes participaron en él, lo que es bien distinto al aserto que se le atribuye de que los principios que gobiernan la nulidad de los actos jurídicos sean los mismos que determinan las nulidades procesales.

En suma: no incurrió el sentenciador en los yerros hermenéuticos que se le imputan y, por tanto, el segundo cargo de la demanda es inane.

VI. — El tercer cargo por aplicación indebida del artículo 473 de C. Judicial es manifiestamente inocuo. El fallo acusado es inhibitorio y, por consiguiente, no aplica el citado texto legal que determina los efectos de la cosa juzgada, como tampoco aplica ninguna otra norma sustancial pertinente, o no a la cuestión de fondo litigada. Ahora si lo que el censor pretende es que la alusión incidental en la motivación de un fallo a un precepto cuyos efectos no se imponen en la resolución del mismo sea motivo de casación, basta simplemente recordarle para rechazar semejante pretensión que la causal primera que se invoca en la censura está limitada en su operancia a los eventos de empleo indebido, interpretación errónea y falta de aplicación de los preceptos sustanciales, quedando así excluídas las consideraciones del sentenciador, acertadas o desacertadas, que no incidan en una decisión viciada por alguno de estos tres precisos conceptos.

VII - En fin, si los cargos segundo y tercero ya examinados son ineptos para destruír el fundamento del fallo inhibitorio que, se repite, estriba en la falta de citación de algunos de los partícipes en el juicio cuya nulidad se ventila, igualmente inepto y por las mismas razones lo es el primer cargo que, soslayando este fundamento, bastante para apuntalar la decisión, enfila su ataque a de-

batir la cuestión de fondo eludida por el sentenciador al inhibirse, o sea a reiterar la tesis de la parte actora acerca de los motivos de nulidad de que adolecería el juicio de filiación de Soledad de Díaz y de reforma del testamento de Isaac Pulido y el posible quebranto del artículo 26 de la Constitución, del artículo 448 del C. Judicial y de los artículos 3º y 5º del decreto 1683 de 1948, cometidos por los juzgadores que conocieron de ese juicio. Salta así a la vista que el referido primer cargo degenera en alegato de instancia o, a lo menos, es inepto por no referirse al fundamento único del fallo acusado en este recurso.

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 autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de enero de 1965 en el juicio ordinario de Ignacio Pulido Campo y otros frente a Leonor Díaz de González y otros.

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

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE LA VENTA DEL BIEN EMBARGADO

Los artículos 1521, 1523, 1857 y 1502 del C. C. no son normas sustanciales. — Cuándo se viola el artículo 26 de la Constitución.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta Nº 51 de 22 de junio de 1970).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario promovido por Libia Marín de Salazar contra Camilo A. Salazar y otros.

El Litigio.

Libia Marín de Salazar demandó a Camilo A. Salazar, Blanca Ramírez Londoño y Emma Prieto Rodríguez solicitando se declarase: a) la nulidad absoluta, por objeto ilícito, de la venta contenida en la escritura 981 de 12 de abril de 1962, de la Notaría 3ª de Cali, "por cuanto cuando se corrió y/o registró dicha escritura estaba embargado y por lo tanto fuera del comercio el inmueble materia de la compraventa..."; b) que el dominio del inmueble aludido "vuelva al patrimonio de Camilo A. Salazar"; c) que se ordene la cancelación del registro de la escritura en referencia; d) que es absolutamente nulo, por objeto ilícito, el contrato de hipoteca de que da cuenta la escritura 1.217 de 27 de abril de 1962, de la Notaría 3ª de Cali, "por cuanto cuando se corrió y/o registró dicha escritura estaba embargado y por lo tanto fuera del comercio el inmueble materia de la hipoteca, y por cuanto cuando se corrió y/o registró dicha escritura la señora Blanca Ramírez Londoño no era dueña de dicho inmueble"; y, e) que se ordene la cancelación del registro de la citada escritura 1.217 de 27 de abril de 1962, de la Notaría 3ª de Cali.

Como hechos sustentatorios de las peticiones anteriores se afirmaron en la demanda los que a continuación se sintetizan en lo pertinente:

A) Que Libia Marín Vergara y Camilo A. Salazar contrajeron matrimonio católico el 8 de mayo de 1938; B) que como medida precautelativa tomada dentro de juicio de separación de bienes promovido por la primera contra el segundo, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali decretó por auto de 17 de enero de 1962 el embargo preventivo, entre otros, de un lote de terreno con sus correspondientes edificaciones, situado en el área urbana de la ciudad de Cali, en la carrera 7ª con calle 19 y comprendido por los linderos que la demanda relaciona; C) que el inmueble en referencia se encontraba hipotecado a favor de Alfonso Arboleda, según escritura 3.534 de 3 de agosto de 1960, de la Notaría 2ª de Cali; D) que el acreedor Alfonso Arboleda promovió juicio hipotecario contra Camilo A. Salazar para hacer efectivo el crédito aludido, habiendo pedido en la respectiva demanda que se cancelara el embargo que con acción personal se había decretado dentro del juicio de separación de bienes, solicitud que el Juzgado que conoció de ese juicio acogió luego de decretar el embargo del inmueble hipotecado, todo lo cual fue comunicado al Registrador de Instrumentos Públicos el

10 de abril de 1962; E) que el 12 de abril siguiente Camilo A. Salazar, ya notificado de la demanda en el juicio de separación de bienes, pero todavía no de la del hipotecario, otorgó escritura de venta del inmueble en referencia en favor de Blanca Ramírez Londoño, mediante la escritura 981 de 12 de abril de 1962, de la Notaría 3ª de Cali; F) que el día siguiente, o sea el 13 de abril, Camilo A. Salazar se notificó de la demanda hipotecaria, y el mismo día presentó junto con el demandante y el apoderado de éste un memorial en el que se pidió declarar terminado por pago efectivo el juicio hipotecario y ordenar "el desembargo del inmueble embargado"; G) que la petición anterior apenas fue acogida por el Juzgado mediante auto de 24 de abril de 1962, y comunicada al Registrador la orden de cancelación del embargo por oficio de 26 de los mismos; no obstante lo cual, el 13 de ese mes, o sea el día en que fue presentado el memorial pidiendo se declarara terminado el juicio y se decretara la cancelación del embargo, el Juzgado que conocía del juicio se había dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos, mediante oficio 207 de la fecha aludida, comunicándole que "...'por auto de fecha de hoy se decretó la cancelación del embargo que le fue comunicado a Ud. por oficio 199 de 10 de los corrientes. En consecuencia, ruégole cancelar....". Cancelación la así autorizada que el Registrador llevó a efecto el siguiente día, o sea el 14 de abril; H) que el oficio 207 a que se refiere el hecho anterior "es falso, como contrario a la verdad, y como tal no produce o no puede producir efecto jurídico alguno", ya que el auto a que en él se hace alusión no fue proferido el 13 de abril, como allí se expresa, sino mucho después, el 24 de ese mes; e, I) que por escritura 1.217 de 27 de abril de 1962, de la Notaría 3ª de Cali, Camilo A. Salazar y Blanca Ramírez Londoño se declararon deudores solidarios de Emma Prieto Rodríguez por suma de pesos, y para garantizar la deuda la nombrada Ramírez Londoño constituyó hipoteca sobre el inmueble a que se viene haciendo mención.

La demanda fue contestada por Camilo A. Salazar y Blanca Ramírez Londoño oponiéndose a sus peticiones y negando los hechos propiamente sustanciales invocados por la actora. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado a-quo, Sexto Civil Municipal de Cali, la finalizó con sentencia totalmente absolutoria de los demandados. Apelada dicha sentencia por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la confirmó mediante la suya de 17 de noviembre de 1967, materia del presente recurso de casación.

La Sentencia del Tribunal.

Al entrar en materia, el fallador de segunda instancia empieza por sintetizar las peticiones de la demanda, y refiriéndose al conjunto de éllas observa que de lo que se trata, entonces, es "...de analizar... si la actividad del Juez del conocimiento en el juicio hipotecario tiene las consecuencias legales que produjo con la cancelación del embargo y el registro de la venta del inmueble sin haberse producido efectivamente el auto respectivo y si en realidad tal proceder encaja dentro de la nulidad absoluta suplicada por el actor en su demanda".

Dentro de este planteamiento, el Tribunal trae a cita los artículos 1.740 y 1.741 del C. C., en cuanto señala las causas que pueden dar lugar a la nulidad de los actos jurídicos, y transcribe luego el 1.501 ibidem, para concluír que armonizando esas disposiciones entre sí "podría pensarse que el caso sub-judice encaja allí, pero un examen meditado del problema determina a la Sala deducir lo contrario". En efecto, expresa a continuación, el problema consiste en que "el Juez ordenó la cancelación de un embargo sin haberse producido el auto respectivo y que desde luego tuvo las consecuencias legales a que alude la demanda; pero esta irregularidad, muy grave por cierto del Juez de instancia no invalida lo actuado y si el señor Registrador ...obró conforme a la orden dada por el Juez en el oficio 207 de fecha 13 de abril de 1962, no se puede afirmar con ello que hubo objeto ilícito en la enajenación, ni mucho menos que la propiedad estaba embargada porque el registro de la escritura Nº 981... obedeció precisamente al desembargo comunicado por el Juez, aunque en forma irregular, como ya se anotó. Este aspecto antiprocesal del funcionario también fue apreciado por este mismo Tribunal en la

sentencia producida entre las mismas partes aunque con acción diferente y que en copia obra en autos... Dijo así el Tribunal: 'Esta actuación irregular del Juzgado, no puede imputarse a las partes. Son errores graves que cometen los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes y por los cuales deben responder. Por supuesto que tal medida no causó agravio a ninguno de los interesados en el juicio hipotecario, pues se limitó a ejecutar su voluntad y ni en esa oportunidad ni en otra posterior manifestaron su inconformidad". Remata el Tribunal la sentencia aquí acusada diciendo que en el presente caso no existió el objeto ilícito invocado en la demanda "porque en dicha compraventa se observaron todos los requisitos legales que prescribe la ley en esos casos. Tampoco puede decirse que esta venta se efectuó estando el bien embargado porque el Juez lo autorizó por medio del oficio Nº 207 tantas veces citado aunque sin dictar el auto que era lo procedimental pero que en todo caso no invalida dicha venta con la ostensible irregularidad del funcionario".

La Demanda de Casación.

Cuatro cargos se formulan en la demanda de casación contra la sentencia acusada, todos éllos con apoyo en la causal primera, los cuales pasan a examinarse en su orden:

Primer cargo:—Se enuncia por violación directa de ley sustancial, consistente en falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Nacional, de los artículos 1.740, 1.741, 1.521 y 1.523 del C.C. y del artículo 2º de la ley 50 de 1936.

En sustentación de este cargo empieza por decir el recurrente que en el juicio hipotecario de Alonso Arboleda contra Camilo A. Salazar se decretó la cancelación del embargo que respecto del mismo inmueble hipotecado se había decretado en el juicio de separación de bienes de Libia Marín de Salazar contra Camilo A. Salazar. Ahora bien, considera el recurrente que ese desembargo constituye un acto jurídico absolutamente nulo, ya que conforme a los arts. 1.740 y 1741 del C. C. careció de uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, sin atender a la calidad o estado de las personas, aparte de que contrarió, el mandato del artículo 26 de la Constitución.

En efecto, dice el recurrente, conforme al artículo 1.198 del C.J. el embargo y el secuestro decretado en juicio hipotecario o prendario, pone fin a los efectuados en juicio ejecutivo con acción personal. Pero sucede que en el caso de autos el embargo y secuestro que se cancelaron no tuvieron origen en un juicio ejecutivo con acción personal, "sino en juicio de separación de bienes, nacido de una acción real y no procesal, por lo que su cancelación en el juicio hipotecario... no podía ser válida ni aún aplicando por analogía el artículo 1.198 del C. J.".

Repite en seguida que como el primer embargo no había sido decretado en juicio ejecutivo con acción personal, faltó al acto jurídico del desembargo un requisito exigido por la ley para la validez de la cancelación de embargos anteriores al juicio hipotecario, por lo cual la cancelación de aquél fue nula, de nulidad absoluta, y no debe producir efecto alguno. Nulidad absoluta que debió ser declarada de oficio por el Tribunal, puesto que aparecía de manifiesto en los autos, de conformidad con el artículo 2º de la ley 50 de 1936.

El Tribunal, pues, dejó de aplicar las normas civiles que dicen cuándo un acto jurídico, —y la cancelación de un embargo lo es—, está afectada de nulidad. Y omitió aplicar también el artículo 2º de la ley 50 de 1936, porque dejó de declarar de oficio la nulidad de la orden de cancelar el embargo practicado en el juicio de separación de bienes, no obstante aparecer probados manifiestamente en los autos los hechos constitutivos de esa nulidad absoluta. Fuera de que al no hacer esa declaratoria, como era su obligación, declaratoria "que se relacionaba directamente con las formas propias del juicio", violó igualmente el Tribunal, por no haberlo aplicado, el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Como de acuerdo con las consideraciones anteriores el bien vendido mediante la escritura 981 atrás citada, se encontraba embargado en el juicio de separación de bienes cuando se otorgó dicha escritura, "puesto

que el desembargo practicado en el hipotecario era nulo absolutamente", el Tribunal violó también el artículo 1.521 del C. C. al haberse abstenido de declarar que esa enajenación estaba afectada de objeto ilícito. Y dejó de aplicar además el artículo 1.523 del C. C., porque prohibida como está por la ley la enajenación de cosas embargadas, el Tribunal se abstuvo de declarar que "la enajenación del bien vendido por medio de la escritura atrás dicha lo era de objeto ilícito". Subsistente como estaba el embargo practicado en el juicio de separación de bienes, pues no podía ser válidamente cancelado en el juicio hipotecario, todos los actos de enajenación relativo al inmueble de que se viene hablando, que quedó comprendido por dicho embargo, como son los contenidos en las escrituras impugnadas en el presente juicio, quedaron viciados por ilicitud del objetivo, y por ende de nulidad absoluta.

Se Considera:

I - Según se advierte del libelo de demanda que encabeza el presente juicio, la cuestión litigiosa allí planteada se refiere a la nulidad absoluta de los contratos de venta y de hipoteca contenidos respectivamente en las escrituras 981 de 12 de abril de 1962, y 1.217 de 27 de los mismos mes y año, ambas de la Notaría 3ª de Cali, nulidad absoluta que se hizo consistir en que la cancelación en el registro del embargo del inmueble objeto de los aludidos contratos, ordenada dentro del juicio hipotecario que en persecución de ese mismo inmueble promovió Alfonso Arboleda contra Camilo A. Salazar, se produjo irregularmente y en virtud de de acto afectado de falsedad, pues el oficio por el cual el Juzgado que conocía de ese juicio comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos de Cali que por haberse decretado el embargo debía proceder a la cancelación de la inscripción correspondiente, no se ajustó a la verdad ya que el auto que ordenó ese desembargo se dictó en fecha muy posterior a la del citado oficio.

Aparece claro, pues, que no fue planteada en la demanda cuestión alguna litigiosa relacionada con la cancelación decretada, dentro del juicio hipotecario antes aludido, del embargo anterior que del mismo bien se había dispuesto en juicio de separación de bienes promovido por Libia Marín de Salazar contra Camilo A. Salazar. Si en aquella demanda se alude a la cancelación de que se acaba de tratar, es solo en forma puramente accidental y con el fin de hacer más completo el relato de los antecedentes que condujeron a la situación que se señala como la constitutiva de la causa petendi de las pretensiones de la actora: haberse cancelado, como ya se dijo, el embargo decretado en el juicio hipotecario, antes de que se dictara el auto que así lo dispuso, y en virtud de orden que se dijo estar fundada en auto que aun no había sido proferido.

II - El cargo que ahora se examina viene montado en torno a una presunta ineficacia de la cancelación ordenada dentro del juicio hipotecario, del embargo del inmueble en mención decretado en el juicio de separación de bienes; es decir, en torno a una cuestión de hecho que, como se viene de ver, no quedó comprendida por la relación jurídico-procesal trabada en el presente juicio, cuestión que por lo mismo no podía ser tenida aquí como motivo de conflicto, sino, por el contrario, como punto en el cual no mediaba desacuerdo entre las partes o por lo menos como asunto carente de relevancia jurídica en este proceso.

III - Por donde se llega a la conclusión de que, con el cargo que ahora se estudia, lo que la parte actora y recurrente en casación persigue es tratar de llegar a los resultados que pretendió alcanzar con el libelo inicial de demanda, mediante la invocación de razones de hecho, y consiguientemente de derecho, que por no haber aducido entonces, que era la oportunidad de hacerlo, no pueden ahora ser tenidos en cuenta. O sea, en otras palabras, que con el cargo de que se habla lo que en realidad pretende la parte recurrente en casación es alterar los términos en que quedó constituída la relación procesal que este juicio contiene, introduciendo en ella factores de tanta novedad que, por configurar una causa petendi adicional y distinta a la alegada en la demanda, implican en el fondo el ejercicio de acciones de nulidad ajenas al juicio. Con decir lo cual es suficiente para deducir que el cargo es totalmente impertinente a la cuestión debatida, y que cons

tituye agudo y ostensible ejemplo de lo que en la terminología del recurso de casación se denomina medio nuevo, como tal inadmisible por contrario a la naturaleza y a los fines de dicho recurso. Sin que obste a esto la circunstancia de que la censura venga propuesta por violación directa, pues la verdad es que reposando la violación de ley sustancial invocada sobre hechos que no fueron considerados por el sentenciador de segunda instancia, es claro que el error jurídico imputado no pudo producirse por la vía directa, sino por la indirecta. En lo cual se hallaría una razón adicional para quitarle todo poder acusatorio al cargo en referencia.

Se rechaza el cargo.

Cargo segundo y tercero.—Por admitir despacho conjunto estos dos cargos, como más adelante se verá, se examinan simultáneamente.

El segundo cargo se formula por violación indirecta de los artículos 1.521, 1.523, 1.867 y 1.857 del C. C., a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas y en la errónea interpretación de la demanda. Lo sustenta el recurrente diciendo que el sentenciador de segunda instancia no tomó en cuenta la existencia en autos de la prueba según la cual a tiempo de correrse la escritura que contiene el contrato de venta impugnado de nulidad, el inmueble objeto de ella estaba embargado, por lo cual dicho contrato estaba afectado de objeto ilícito y era nulo, prueba aquélla consistente en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali de fs. 18 y 19 del cuaderno Nº 4 del expediente, y en la escritura misma de compraventa.

Según el recurrente, el Tribunal hizo caso omiso de estas pruebas, y se limitó en su sentencia a analizar solo uno de los dos extremos afirmados en la demanda como constitutivos de las nulidades invocadas, o sea el extremo consistente en que cuando se registró la escritura 981 el inmueble objeto de ella se hallaba embargado. Incurriendo también con ello en errónea interpretación de la demanda, porque en ésta claramente se afirmó la nulidad con base no solo en que al momento de registrarse la escritura de venta el inmueble se hallaba embargado, sino también en que éste se encontraba en igual situación en el momento de otorgarse ese instrumento, de modo que si el Tribunal hizo girar su decisión solo en torno al primer aspecto, dejando de hacerlo por el segundo, fue porque como consecuencia de haber interpretado mal la demanda omitió considerar el hecho, probado en autos, de que al momento de celebrarse el contrato el bien se encontraba embargado. Errores que lo llevaron a violar, por falta de aplicación, las disposiciones atrás relacionadas que el recurso cita como de derecho sustancial, y respecto de las cuales el cargo intenta demostrar por qué fueron infringidas en la sentencia acusada.

En el tercer cargo se le imputa al Tribunal violación directa de los mismos preceptos citados como indirectamente infringidos en el segundo, pero además del 1.502 del C. C. Para sustentarlo reitera el recurrente que el Tribunal solo consideró la nulidad demandada en relación con el momento en que fue registrada la escritura que contiene el contrato de venta impugnado, actitud del Tribunal que implica que para él el registro perfecciona el contrato, o que es independiente del contrato pero de manera que la licitud del objeto y su comerciabilidad se determinan por el momento en que se hace el registro, todo lo cual configura violación directa por falta de aplicación de los preceptos señalados como infringidos, pues la doctrina de estos enseña que la compraventa de inmuebles requiere dos actos distintos pero complementarios, que son el título y el modo, y que es en relación con el primero de estos actos, o sea el título, con el que el contrato debe reunir los requisitos que la ley exige para su validez, en particular el del objeto lícito, postulado este que el Tribunal desatendió cuando consideró que era en el momento del registro de la escritura de venta cuando tenía importancia que el inmueble tuviera o no el carácter de embargado.

Se Considera:

I - Los cargos en referencia no vienen

formulados con sujeción a la exigente disciplina técnica del recurso de casación, y por lo tanto son ineptos para estimular el ejercicio de la función que a la Corte le corresponde en virtud del aludido recurso. En efecto, propuesto dentro del marco de la causal primera de casación, para que pudiera tenerse como aducidos en debida forma y permitieran dar paso al examen de las cuestiones de fondo que plantean, era indispensable que el recurrente, conforme a la dispuesto en el texto que describe la causal, o sea en el numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y con mayor vigor todavía en el artículo 63 de ese mismo estatuto, señalara como infringidas normas que tuvieran el carácter de sustanciales, pero no solo que tuvieran tal carácter sino que, como es obvio, formaran parte del complejo legal susceptible de ser aplicado a la cuestión fáctica objeto del juicio, pues desde luego no podría haber cargo por la violación de normas que, aunque sustanciales, fueran ostensiblemente ajenas a dicha cuestión.

Ahora bien, en el caso de los cargos de que aquí se trata sucede que de las disposiciones citadas como sustanciales e infringidas por falta de aplicación, no tienen aquélla calidad las de los artículos 1.521, 1.523, 1.857 y 1.502 del C. C.; y la otra de esas disposiciones, o sea la del artículo 1.867 ibidem, si bien puede ser sustancial, es protuberante su falta absoluta de relación con el asunto debatido en este proceso.

En efecto, por lo que respecta a lo primero, y si se tiene en cuenta que conforme a la doctrina de la Corte son sustanciales las normas que consagran derechos y obligaciones de las personas, o los modifican o extinguen, de la sola lectura de los artículos 1.521, 1.523, 1.857 y 1.502 citados, resalta cómo ninguno de éllos tiene tales alcances, pues el 1.521 apenas indica casos en que una enajenación versa sobre objeto ilícito; el 1.523, dispone que hay objeto ilícito en los contratos prohibidos por la ley; el 1.857, se limita a disponer cuándo se reputa perfeccionado el contrato de venta; y el 1.502, únicamente relaciona los elementos que debe reunir todo acto o declaración de voluntad para que produzca efectos. Es notorio, pues, que ninguna de esas disposiciones declara o atribuye derechos, los modifica o los extingue, y que por lo tanto no son sutanciales.

Y por lo que respecta a lo segundo, es flagrante y manifiesto que versando el asunto materia del debate de que da cuenta este juicio sobre la nulidad de un contrato de venta relativo a un determinado inmueble, entre él y la norma del artículo 1.867 del C. C. no existe la menor relación de aproximación, ningún nexo que permita imaginar evento alguno en que dicha norma pudiera llegar a ser aplicable a aquella situación, pues aquí no se trata de la hipótesis de hecho que la referida disposición regula, esto es, de la venta en abstracto de todos los bienes presentes y futuros de una persona, ni de todos sus bienes singularizados, presentes o que espere adquirir, sino simple y llanamente, como ya se dijo, de la venta común y corriente de un bien. Siendo ello así, como indudablemente lo es, se descarta entonces de antemano que el Tribunal hubiera podido infringir en el presente caso el mencionado precepto, por falta de aplicación, que es como el censor indica que fue infringido.

II - Aunque lo anterior sería suficiente para desechar los cargos en examen, no quiere la Corte desaprovechar la oportunidad que la cuestión de fondo en éllos planteada le ofrece para divulgar la doctrina hoy acogida por ella en materia de nulidad por objeto ilícito de la enajenación de cosas embargadas, de que trata el numeral 3º del artículo 1.521, tesis según la cual el mencionado motivo de nulidad requiere que el bien enajenado se encuentre embargado en el momento de realizarse el modo de la tradición, no siendo suficiente a ese efecto, por lo tanto, que el embargo exista simplemente en el momento de otorgarse el respectivo título traslaticio. Como se ve, dicha tesis es opuesta a la sostenida por el recurrente en los cargos que ahora se despachan, de modo que si hubiera habido ocasión de estudiarlos a fondo, tampoco

habrían podido prosperar.

En efecto, dijo la Corte en sentencia de 13 de mayo de 1968, juicio de José Vicente Fajardo Téllez contra Policarpo Ulloa C. y otro, no publicado aún:

"En conclusión: para 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 puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1.521 C. C. y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla".

Tesis que se reiteró posteriormente en sentencia de 7 de mayo de 1969, juicio de Pablo Neira Piraquive contra Alfredo Forero Bernal en la cual se dijo:

"La Corte encuentra que la tesis legítima en el punto es la acogida por el Tribunal. Las razones, para sostenerlo así, son de carácter vario:

"a) Primeramente, la simple razón formular, pues el artículo 1521 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 2637 inc. 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, permaneciendo 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 literal del precepto que se contempla.

"b) Luego, desde el punto de vista teleológico, en que se impone como criterio de entendimiento de la ley el de su finalidad, ya explícita, ya virtual, y que determina, por lo tanto, el que la práxis de una norma dada haya de situarse dentro de las exigencias del fin para que fue dictada, tiénese que, auscultando el pensamiento del ordinal 3º del artículo 1521 del C. civ., no se encuentra, ni se podría encontrar en la prohibición que él consagra, otro designio que el de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor que mermasen o hiciesen desaparecer la prenda, ya especial, ya general, de sus obligaciones, según los casos. Y si resulta bastante al logro de ese objetivo, en el ámbito del precepto que se contempla, el impedir, hiriendo de ilicitud, la tradición 'de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en éllo', no se palpa cómo el término 'enajenación' empleado en el encabezamiento del artículo, pudiera, en su proyección del ordinal 3º, referirse a algo más de la tradición en que se realiza el desposeimiento castigado por la ley. Ir más allá, hasta anular el mero título que de por sí no consuma enajenación alguna del bien embargado, según se dijo inmediatamente antes, equivaldría, sin utilidad ninguna para el acreedor embargante, a coartar la libertad de contratación en el campo del deudor, con olvido de la regla que predica "summum ius summs iniuria".

"c) Consecuencialmente, desde el ángulo de la conveniencia. la solución que se acoge conduce a facilitar al deudor la posibilidad de procurarse un modo de pago de la deuda para cuyo cobro el bien se en-

cuentra embargado, y que desde luego sería el de que, a través del contrato, su acreedor fuese satisfecho.

"d) Finalmente, la equidad en las relaciones con terceros pondría su peso en favor de la solución propugnada. Ciertamente, suele ocurrir que en la expedición de certificados de propiedad y libertad de bienes raíces, los registradores no den cuenta sino de los gravámenes, limitaciones y prohibiciones vigentes, pero no de los que habiendo existido en otro tiempo ya fueron cancelados. Así que en el estudio de títulos sobre propiedad raíz, no se podría en tales condiciones establecer, a la vista de una cadena de títulos y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos con que se acompaña, si un determinado título que figura registrado —y que desde luego se inscribió porque no había traba judicial que en el momento de hacerlo lo impidiese—, fue otorgado cuando sobre el bien pendía, sí o no, un embargo o prohibición judicial. Entonces, la seguridad de las partes en los negocios sobre fincas, y la consecuencial expansión de los mismos, están por la tesis de que la prohibición del ordinal 3º del artículo 1521 se refiere a la tradición y no al título, con lo que ningún derecho se sacrifica, ni se desconoce mandamiento alguno de la ley.

"Y es en este pensamiento en el que se inspiran las sentencias de la Corte en su Sala de Casación Civil, de fecha 12 de mayo de 1938 (XLVI, págns. 434 y 435), 24 de marzo de 1943 (LV, pág. 245) y 13 de mayo de 1968, esta última dictada en el juicio de José Vicente Fajardo contra Policarpo Ulloa Caicedo, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

"También el calificado tratadista chileno señor Claro Solar, refiriéndose a la venta de bienes embargados, sostiene la tesis, en exposición que concluye así: 'Por consiguiente, la prohibición de enajenar no importa prohibición de vender, porque quien vende no enajena, sino que se obliga a enajenar. Tendríamos así que el contrato de compraventa de cosas embargadas por decreto judicial podría celebrarse; pero la tradición de las cosas embargadas no podría realizarse válidamente por el objeto ilícito que existe en su enajenación". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XI, De las Obligaciones II, pág. 272)".

Lo dicho es bastante, pues, para que sean rechazados los cargos.

Cuarto cargo.—Se formula por violación directa, en razón de no haber sido aplicado el artículo 26 de la Constitución Nacional. Y se hace consistir, en sustancia, en que el Tribunal encontró establecido que el oficio que ordenó cancelar el embargo, afirma un hecho falso; que esa irregularidad fue ostensible y afectó las formas de procedimiento; y que solo por la existencia de ese oficio consideró el Tribunal que el bien vendido no se hallaba embargado. No obstante lo cual, y contrariando el artículo 26 de la Constitución Nacional, el Tribunal se negó a acceder a las peticiones de la demanda, pasando así por alto la ostensible irregularidad de una de las formas del juicio.

Se considera:

En relación con la posibilidad de sustentar un cargo en casación por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que es la norma que en el caso que ahora se considera se señala como infringida, **ha dicho la Corte:**

"El artículo 26 de la Constitución, incluído en el título preliminar del C. C., de acuerdo con el artículo 52 de la Carta y 4º de la Ley 57 de 1887, contiene tres principios normativos que constituyen al mismo tiempo garantías para los asociados, es a saber: a) que todo juzgamiento debe hacerse por Juez competente; b) que en aquél debe cumplirse la plenitud de las formas propias de cada juicio; y, c) que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le impute.

"Dicho precepto, por naturaleza, ha requerido un desarrollo legal, de manera que es la ley la que determina generalmente la competencia de cada Juez o Tribunal, la

que señala el trámite de los diversos juicios... y la que regula lo relativo a la norma sustancial concreta y aplicable en los procesos.

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

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

"Pero por lo expuesto, la violación de la norma comentada solo puede ser indirecta, ya que para llegar a ella es necesario primero transgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse. O sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto a la violación fin, que es siempre la de la norma sustancial". (G. J. T. XCI, pág. 831).

Bien se ve que el cargo en examen, mirado a la luz de la doctrina que se acaba de transcribir, no puede prosperar, pues conforme ella bien lo explica a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional solo puede llegarse por el camino de la violación medio de las normas legales en las cuales aquél está desarrollado, y en el caso de que aquí se trata no se citó como violada sino esa disposición constitucional.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

Con base en lo que se deja expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de Libia Marín de Salazar contra Camilo A. Salazar y otros.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Penal

Extractos de Jurisprudencia a cargo del Relator: doctor José Sarmiento Mantilla

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

El artículo 382 del C. P., faculta al juez de derecho en forma excepcional, para conceder el perdón judicial y aún eximir de responsabilidad al sindicado del delito de homicidio o lesiones cometidos en estado de ira o de intenso dolor, a que alude la norma citada y se halle dentro de las previsiones en ella contenida. La exención de responsabilidad excluye no solo la sanción penal, sino el pago de perjuicios y puede hacerla el juez, al calificar el mérito del sumario o al dictar sentencia, cuando el jurado haya reconocido la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, siete de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 12, abril 7 de 1970).

Vistos:

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra la sentencia de 11 de junio de 1969, mediante la cual el nombrado Tribunal confirmó la proferida por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá en 5 de diciembre de 1968 y que declaró exenta de responsabilidad a la señora Carmen Mora Peña de Melo por el delito de homicidio.

Con el objeto de dar cumplimiento a las formalidades legales que exige esta clase de recursos, oportunamente fue presentada la correspondiente demanda de casación, de la cual habrá de tratar esta Sala.

Hechos:

El resumen más completo de los hechos que aparece en autos es el contenido en el de proceder del Juzgado Quinto Superior de Bogotá, a folios 168 y 169, y que a continuación se transcribe:

"Marco Aurelio Melo y Carmen Mora Peña estaban casados por el rito católico y de esa unión habían procreado nueve hijos, teniendo el menor la corta edad de año y medio.

"Cuatro años atrás de los hechos sangrientos que dieron motivo a las presentes diligencias, Marco Aurelio había conocido a la joven Ana Lucía Carrasquilla que para esa época tenía unos quince o diez y seis años de edad, soltera y a la hora de su fallecimiento deja tres niños. Entre Ana Lucía Carraquilla y Marco Aurelio Melo fue naciendo una amistad que en los dos últimos años se convirtieron (sic) en íntimas, culminando en relaciones concubinarias y, a menudo se le veía ingiriendo licor.

"Tales hechos fueron llegando al conocimiento de Carmen Mora, quien en ningún

momento buscó hacerle reclamo a Ana Lucía, no obstante que con el comportamiento anómalo del esposo, se estaba poniendo en peligro la estabilidad del hogar y por ende el bienestar de la numerosa prole.

"Como consecuencia de las relaciones ilícitas entre Ana Lucía y Marco Aurelio, habían surgido en varias ocasiones incidentes verbales y hasta de hecho entre Ana Lucía y Carmen Mora, lo mismo que entre ésta y Emperatriz Cancino Guzmán, madre ésta última de Ana Lucía, quien sabía perfectamente de los amoríos de su hija y Marco Aurelio y, sin que se propusiera hacer algo para evitar tales relaciones.

"Es de anotar que los hechos sucedieron en el Barrio Santander de esta ciudad y más concretamente en la Carrera treinta Nº 26-16, y Emperatriz Cancino vivía en el Barrio Las Colinas, lugares por cierto bien distantes y, sin embargo a Emperatriz Cancino se le veía junto con Ana Lucía con frecuencia por los lados donde residía la sindicada Carmen Mora de Melo.

"El día domingo quince (15) de enero, es decir, dos días antes de la muerte violenta de Ana Lucía, en la tienda de Carmen Mora, la mujer Emperatriz Cancino había provocado un fuerte incidente, habiendo resultado levemente lesionada en la reyerta. Merced a tal hecho, Emperatriz buscó de todas maneras vengarse de la afrenta recibida y, precisamente, el día de autos se dirigía con Ana Lucía a la casa de Carmen Mora, bajo el pretexto de hacerle firmar una boleta de comparendo ante un Permanente. Una vez que estuvieron Emperatriz y Ana Lucía en la puerta de la tienda de Carmen de Melo, dieron comienzo a una serie de insultos y provocaciones, llegando Ana Lucía a propinarle a Carmen un golpe con una varilla o pedazo de guadua que llevaba la occisa. Ante tales provocaciones y atropellos, Carmen Mora salió en persecución de sus agresoras, armada con un cuchillo que tenía en las manos y con el cual estaba haciendo unos menesteres domésticos; detrás de Carmen salió su hija Fanny en actitud de auxiliar a la madre. Las dos perseguidas se entraron a una fama o expendio de carnes en procura de evitar las iras de Carmen, pero la sindicada penetró a dicho establecimiento y en breves instantes le propinó certera puñalada a Ana Lucía que en breves segundos dejó de existir".

El Juez Quinto Superior de Bogotá llamó a juicio con tramitación ordinaria y por la vía en que interviene el Jurado de Conciencia, a la sindicada, por el delito de homicidio voluntario, con las circunstancias del estado específico de ira e intenso dolor previsto en el artículo 382 del C. P.

A la consideración del Tribunal popular se sometió el siguiente cuestionario:

"Cuestión Unica: La aquí acusada, Carmen Mora de Melo, identificada por las condiciones civiles y personales que se le conocen en el expediente, es responsable, si o no, de haber ocasionado la muerte de Ana Lucía Carrasquilla, con intención de matarla, mediante herida que le propinó en el mamelón izquierdo con instrumento corto-punzante (cuchillo), la cual le lesionó el pulmón izquierdo y el ventrículo derecho del corazón, hechos que fueron determinados por la propia occisa al ofender de palabra y obra a la acusada, quien actuó además en estado de ira e intenso dolor consagrados en el artículo 382 del Código Penal, hechos ocurridos en esta ciudad de Bogotá, el día 17 de enero de 1967 a eso de las cinco o seis de la tarde en la carrera 30 Nº 26-16 Sur - Barrio?"

El Jurado por unanimidad respondió: "Sí es responsable, pero llevada a los hechos en estado de ira e intenso dolor, por injusta provocación".

El Juez de derecho, con base en este veredicto, declaró exenta de responsabilidad a la procesada en sentencia de 5 de diciembre de 1968, la que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la de junio 11 de 1969.

La Demanda.

El libelo, formulado con arreglo a las exigencias legales, resume los hechos del proceso, se refiere luego a la actuación proce-

sal, analiza la sentencia demandada y sus fundamentos y, finalmente, en capítulo separado, invoca y sustenta, como causal única, la prevista en el ordinal 2º del Art. 56 del Decreto 528 de 1964, en armonía con el Art. 57 del mismo: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El pensamiento cardinal del demandante está expuesto en los siguientes términos:

"El Tribunal dictó sentencia absolutoria en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"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", enseña el artículo 15 del Decreto 1358 de 1964. Por consiguiente, el fundamento del fallo está en el veredicto de los miembros del jurado; y por lo mismo, el juez no puede, apartándose de lo decidido por el jurado, adaptar la responsabilidad o no responsabilidad del procesado en una determinada disposición penal cuyo contenido no se ajusta a lo dispuesto en el veredicto.

"Interpretar el veredicto —ha dicho la Corte— es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo" (Gaceta Judicial, Nos. 2010 a 2014, Pág. 680, Cas. de 17 de mayo de 1944).

"En el caso de autos, al expresar los Jurados que la Mora Peña de Melo "si es responsable, pero llevada a los hechos en estado de ira e intenso dolor, por injusta provocación", afirmaron en la forma más nítida la responsabilidad de la procesada.

"Sin embargo, a pesar de que no fue declarada contraevidente la respuesta del Jurado y que el Juez absolvió a la procesada, el Tribunal confirmó dicha absolución en lugar de revocarla, reemplazándola por una sentencia condenatoria que era la que correspondía a lo decidido por el Jurado. En esta forma, la sentencia recurrida se apartó arbitrariamente del veredicto, infringió el Art. 15 del Decreto 1358 de 1964 e hizo viable la causal segunda de casación.

"Y no puede pensarse que la providencia dictada el once de junio de 1969 por el Tribunal y que es objeto del recurso de casación, **no es una sentencia absolutoria**; lo es, porque la otra posibilidad que se tenía frente al veredicto del jurado: la de dictar un interlocutorio en que se declaraba contraevidente la respuesta del jurado, no se acogió al Art. 537 del C. de P. P.); lo es, porque en ella no se condenó; lo es, porque las consecuencias jurídicas y prácticas de lo resultó fueron las de un fallo absolutorio, en donde se decidió definitivamente sobre lo principal del juicio (Art. 156 del C. de P. P.); y lo es, porque si se acepta que existen sentencias ordinarias en que no se condena ni se absuelve a los procesados, también se acepta que existen sentencias en que admitiendo el delito, según la ley, recurso de casación, éste no puede interponerse por disposición del juez o de los magistrados de Distrito Judicial.

"No puede aceptarse, pues, esta conclusión del Tribunal: "el Art. 91 del C. P., al señalar los requisitos para conceder el perdón judicial, establece que el proceso debe llevarse hasta el punto de dictar sentencia definitiva —no que la dicte— y **mediante providencia motivada**, otorgar el perdón judicial. Entonces, si en este caso exigente de la ley **no debe dictarse sentencia**, ¿por qué habría de dictarse para eximir simplemente de responsabilidad?"

"El argumento lo combate con acierto Antonio Vicente Arenas, así:

"Piensa Gómez Prada (Ob. Cit. P. 400) que la 'sentencia en que el perdón se concede ocupa el lugar de la sentencia definitiva'. Parece dar a entender que no debe dictarse sentencia condenatoria y éste ha sido el procedimiento empleado por muchos jueces. Nosotros estimamos que se debe dictar sentencia condenatoria, por dos razones: la primera porque sin ella carecería de base la obligación impuesta al condenado para el resarcimiento de los perjuicios, y la segunda porque es preciso saber concretamente cuál es 'la sanción correspondiente que se prescinde de aplicar'. En otras palabras, si no hay condena por el

delito cometido tampoco puede el juez condenar al pago de perjuicios, y si el juez no impone pena ninguna, no hay nada qué perdonar. Lo aconsejable es dictar sentencia condenatoria y en ella misma ordenar que se prescinda de hacer efectiva la pena. Así queda, entre otras cosas, un necesario antecedente para el caso de posible reincidencia (Art. 34),. (Comentarios al Código Penal Colombiano, parte general, 1968, Pág. 539).

"Y cosa semejante, que no igual, debe decirse frente a casos como el de autos en que el jurado declaró la responsabilidad de la procesada: la sentencia condenatoria debe dictarse, porque si no hay condena en que se diga que la encausada es responsable del delito (Art. 203 del C. de P. P.), ¿cómo se hace para eximírsela de responsabilidad, como se le exime o libera de lo que no existe, de lo que no se ha declarado?

"En eventos como el presente, cuando el jurado de conciencia admite la responsabilidad, el juez de derecho debe condenar, pero puede eximir de responsabilidad. Y aquí sobra decir que la homicida Carmen Mora Peña de Peña (sic) es merecedora de esta especialísima atenuante".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptuó así:

"Jurisprudencialmente se ha convenido que el debate probatorio en la audiencia pública tiene como resultante el veredicto, así que cuando surgen dudas respecto de su alcance se acude a aquel para acertar en su interpretación.

"Pues bien, en el caso materia de examen, desde el auto de proceder se reconoció que el delito se había cometido en las circunstancias previstas en el artículo 382 del Código Penal y en él se dispuso que el cuestionario debía contemplar las modalidades de dicha norma, como efectivamente ocurrió al insertar la expresión: "...quien actuó además en estado de ira e intenso dolor consagrados en el artículo 382 del Código Penal...".

"En la audiencia pública tanto el Fiscal como el defensor se ocuparon única y acordemente de la absolución de la acusada; por tanto, la respuesta, 'sí es responsable, pero llevada a los hechos en estado de ira e intenso dolor, por injusta provocación', era obvio que se entendiera como la afirmación de la relación de causalidad entre el hecho y su autor, esto es, la imputabilidad del resultado de la acción con conciencia y voluntad.

"De otra parte, la sentencia recurrida estimó, conforme al veredicto, las especiales circunstancias en que actuó la acusada y de acuerdo con ellas consideró que le era aplicable el máximo beneficio consagrado en el artículo 382 del Código Penal, esto es: la excención (sic) de responsabilidad. No está por demás observar que reconocida por el jurado de conciencia la disposición en cita, compete al juez aplicar, como en casos similares, el máximo o el mínimo del beneficio consagrado o adoptar la solución intermedia siempre de acuerdo con la personalidad del agente y las especiales circunstancias en que el hecho se cometió.

"En relación con los comentarios del tratadista Antonio Vicente Arenas, que transcribe el recurrente, ellos se refieren al perdón judicial el cual supone una condenación con la correlativa abstención de aplicar sanción, pero no al último de los pronunciamientos contemplados en el artículo 382, cuyas peculiares características difieren del anterior en que éste no tiene como fundamento la condena sino que por las modalidades del hecho y la personalidad del acusado precisamente se le absuelve, mediante la fórmula de la excepción (sic) de responsabilidad.

"Por último, la H. Corte Suprema en la sentencia de casación de Hernando Uricochea Castro, febrero 5 de 1968, resolvió en análogos términos un caso similar al que motiva este recurso".

En conclusión, el Agente del Ministerio Público solicita que se deseche el recurso interpuesto.

Consideraciones de la Corte:

Sabido es que el artículo 382 del C. P. —cualquiera que sea el concepto que se tenga sobre su conveniencia— contempla una especialísima atenuación para el homicidio y las lesiones personales cometidos en estado de ira o de intenso dolor suscitado por el acceso carnal ilegítimo de uno de los parientes allí señalados. Dicho precepto establece una considerable disminución de las sanciones previstas para el homicidio y las lesiones comunes, y se autoriza al juez para aplicar el perdón judicial, que es excusa de pena ("es prescindir de aplicarle —al infractor— la sanción correspondiente", según el Art. 91 del C. P.), y aún para eximir de responsabilidad al reo. Mal puede interpretarse —como acertadamente apunta el tratadista Humberto Barrera Domínguez— la eximente de responsabilidad a que se refiere dicha disposición como un mero indulto de pena, porque, entonces, sería inocua la parte final de la norma, esto es, innecesaria. ¿Cómo entender que en la descedente escala represiva nuestro legislador quiso decir, al hablar del perdón judicial, eximente de pena y también dijo lo mismo, vale decir, exención de pena, al expresar que aún puede eximirse al reo de responsabilidad? ¿Con qué derecho se puede imputar tanto error a los redactores de nuestro Código Penal, en forma que cuando emplean la palabra responsabilidad en el artículo 382, debe leerse "Pena" y que excusaran la pena repitiéndola innecesaria y torpemente? ("Diario Jurídico", Nº 267 y 268, de 20 de octubre de 1956).

Para la Corte es palmar que la exención de responsabilidad, que puede declarar el fallador en casos especiales, con arreglo a la disposición citada, tiene un mayor alcance, un contenido más denso que el perdón judicial, con consecuencias similares a las que son propias de las auténticas causas legales de justificación del hecho, como que se excluye no solo su sanción penal sino también la obligación civil de resarcir los perjuicios, en forma incondicionada, lo que no acontece con el perdón judicial, que se subordina en principio al pago de los daños causados con la infracción, bajo sanción de revocabilidad de la gracia por el incumplimiento injustificado de la obligación civil reparadora (Art. 639 del C. de P. P.).

La exención de responsabilidad que autoriza el Art. 382, aunque similar en sus efectos a la que proviene de un motivo legal de justificación del hecho, por falta de antijuridicidad del mismo, tiene con éste diferencias fundamentales, pues mientras que aquélla se aplica discrecionalmente por el juez, en excepcionalísimos casos, consultando la personalidad del reo y sobre la base del carácter delictuoso de su conducta, las causales de exclusión de la responsabilidad por justificación del acto operan de jure, de manera objetiva, en forma imperativa, sin referencia a la personalidad del agente y sin tomar en cuenta sus antecedentes de ningún orden.

La exención de responsabilidad de que se trata consiste en liberar de las consecuencias que acarrea la comisión del delito, de las cuales la más importante es la pena; sin quitarle al hecho su antijuridicidad, esto es, su carácter de delito, y sin impedir que se le atribuya al agente como a su causa física y moral, se elimina todo compromiso legal del infractor.

Eximir significa libertar, exentar de un cargo u obligación; por modo que es necesario que pese sobre el agraciado el cargo u obligación de que se le exonera. Cuando se exime de responsabilidad al sujeto, se le redime de las consecuencias penales y civiles de su conducta, si bien no consiste ello en reconocer como jurídico su comportamiento ni en aceptar que el agente cumplió un deber. Matar a la cónyuge o al amante de ésta es un hecho que se ha venido explicando "por la entidad de la ofensa y la turbación anímica sobrevenida, anarquizante del intelecto y de la capacidad reflexiva". Se exime al hombre de algo de que debe responder, o sea, de lo que pesa en su contra. Ese algo es, en este caso, la totalidad de la responsabilidad que la ley permite al juez excusar cuando el homicidio o la lesión fueren producidos bajo el influjo de un estado emotivo excepcional y las modalidades y circunstancias del hecho, como también la personalidad del agente, revelen en este mínima peligrosidad.

La declaración judicial sobre exención de responsabilidad, con apoyo en el artículo 382 del C. P.(en concepto de la Corte puede hacerse, trátese de homicidio o de lesiones personales, al tiempo de calificar el sumario, o llegado el momento de dictar la sentencia, dentro del más prudente y razonado juicio del juzgador por ser el ejercicio de una potestad de carácter verdaderamente excepcional.

En el caso sub-júdice, el tribunal popular emitió un veredicto afirmativo de la responsabilidad de la procesada, pero reconociendo al propio tiempo que ella actuó en el específico estado de ira e intenso dolor en las condiciones del artículo 382 del C. P.

Por manera que el Juez de derecho, al liberar de responsabilidad a la encausada, resolvió en forma que no desconoce dicho veredicto y haciendo uso de la potestad que le confiere aquella disposición, pues a él —y a nadie más que a él— es a quien corresponde decidir cuándo las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable. Y es que el eximir de responsabilidad, con fundamento en la precitada norma, es un acto facultativo y típicamente jurisdiccional, que no puede ejecutar el jurado, al cual sólo compete pronunciarse sobre los hechos en que se funda la exención. Y es al juez de derecho a quien concierne, con base en ellos, decretarla en situaciones especiales, que es precisamente lo que ocurrió en el caso sub examine.

Se alega por el demandante que cuando, en eventos como el presente, el jurado de conciencia afirma la responsabilidad del acusado, el juez de derecho debe condenar, pero puede luego eximir de esa responsabilidad. De ahí que, según el libelo de demanda, haya un desacuerdo en este caso entre la sentencia impugnada y el veredicto del tribunal popular, porque aquélla simplemente eximió de responsabilidad sin condenar previamente.

Con lo que se ha expuesto sobre el sentido y alcance de la institución excepcional de la exención de responsabilidad que faculta el artículo 382 del C. P., se refutan las aseveraciones del demandante. La condena es consecuencia de la responsabilidad, que constituye su antecedente inmediato y necesario. De suerte que si de ella se libra al reo, no puede haber jurídicamente condenación por falta de un presupuesto legal.

Pero hay más: ni siquiera en los casos en que el juez de derecho otorga el perdón judicial es preciso condenar previamente. En efecto, según el último inciso del artículo 639 del C. de P. P., "Si dentro del plazo fijado por el juez al perdonado no pagare los perjuicios determinados en la sentencia, se revocará inmediatamente el perdón judicial y se procederá a dictar la nueva sentencia en que imponga la sanción correspondiente". (Subraya la Sala). Luego en la sentencia en que se otorga el perdón judicial no ha de condenarse, vale decir, no debe imponérsele la sanción correspondiente al perdonado, sino en la nueva sentencia en que se revoca el perdón judicial cuando el beneficiado no paga los perjuicios determinados en aquélla.

Si ello es así, como indubitablemente lo es, tratándose del perdón judicial, que es simple redención de pena, con mayor razón ha de serlo cuando se trata de la eximente de responsabilidad, que es un acto más de fondo.

En conclusión, la sentencia acusada no está en desacuerdo con el veredicto del jurado, por lo cual no puede prosperar la demanda de casación formulada con base en la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 56 del decreto 528 de 1964.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación de que se ha hecho mérito y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

El ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, consagra la infracción directa de la ley sustancial al margen de la estimación probatoria y la indirecta por mala apreciación de la prueba, o por no haber tenido en cuenta una prueba a pesar de existir, o por considerar existente una, sin que el proceso la contenga. Cuando se ataca la sentencia con fundamento en esta causal, el actor debe precisar el precepto violado y el título de la violación, para no incurrir en incongruencias susceptibles de confusión, que impiden a la Corte su magisterio, y a los no recurrentes saber la índole y repercusión de sus ataques. Tanto en materia civil, como en asunto penal, los lineamientos de la causal 1ª de casación se hallan unificados en los artículos 52 y 56 del Decreto 528 de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril ocho de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta Nº 11 de 3 de abril de 1970).

V i s t o s :

Se resuelve el recurso de casación contra el fallo de 18 de junio de 1969, procedente del Tribunal Superior de Aduanas, en el cual, además de otras decisiones, condenó a **Jesús Emigdio Sabogal Baquero, William Correa Rodríguez y Segundo Zambrano García** a distintas penas de prisión, fuera de las accesorias correspondientes, como responsables de contrabando, según las previsiones contempladas en las letras a), c), d) y m) del artículo 4º del Decreto 1821 de 1964, y los numerales 1º, 2º, 3º y 9º del artículo 5º de la misma obra, en relación con lo dispuesto en las letras a) y b) del artículo 13 ibídem.

El punto segundo de la sentencia recurrida suspendió la ejecución de la condena a Correa Rodríguez y Zambrano García, en las condiciones de los artículos 55 del Código Penal y 56 del Decreto Legislativo 1.821 de 1964.

Este fallo modificó el de 21 de enero de 1969 proferido por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, que había condenado a Correa Rodríguez a cuatro años de prisión y absuelto a Jesús Emigdio Sabogal Baquero y Segundo Zambrano García.

Tanto el procesado Sabogal Baquero como su apoderado interpusieron en tiempo hábil el recurso extraordinario, que fue concedido por el juzgado de segunda instancia en auto del 23 de julio de 1969, providencia que lo hizo extensivo a William Correa Rodríguez, atendiendo la oportuna petición de su apoderado.

Por auto del 13 de agosto de 1969 fue declarado admisible en la Corte. El 2 de diciembre pasado se calificaron las demandas arregladas a la ley y se dispuso el traslado a la parte no recurrente, lo que se satisfizo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, recibido el 3 de febrero de 1970, al cual se hará referencia.

I I

Los Hechos Procesales.

Refieren los autos que entre el sábado 8

de febrero de 1966 y el domingo siguiente dos agentes de la Policía Secreta que después se identificaron como Jesús Ernesto Huertas y Hugo Alfonso Durán, asociados de Miguel N., a quien recurrieron como conocedor de la zona, buscaban un vehículo automotor —campero— sustraído a Fidel Fernández Buitrago, persona que también hacía parte de la expedición.

Hacia las 8 de la mañana del domingo encontraron varado un camión marca Ford, tipo F-900, con placas D-97417, en un paraje llamado 'Mururito', de Puerto Gaitán, Distrito de Puerto López, Departamento del Meta, vehículo que resultó de propiedad de Jesús Emigdio Sabogal Baquero. Como recelaran el transporte de mercancías fraudulentas, los agentes y sus dos acompañantes adoptaron medidas para reconocer la carga y descubrir a los conductores, encontrando dentro del camión a William Correa Rodríguez de quien recibieron informes más o menos completos que evidenciaron las sospechas.

Correa Rodríguez les manifestó que desde dos días antes, esto es, el 7 de febrero, había recibido de su patrón Jesús Emigdio Sabogal el doble encargo de trasladar once vacas de la hacienda 'Santa Clara' a la de 'El Rosario', ambas de Sabogal, y regresarse con otros semovientes recogidos en la segunda. Hacia las cuatro de la tarde de ese día llegó a El Rosario, bajó el ganado y tuvo que devolverse con el vehículo vacío porque Abraham Vera y Roberto Trujillo, encargados de la finca, le dijeron que el ganado no estaba listo y no era posible recogerlo de inmediato. En el camino subió al camión un sujeto apodado 'Chicote', con quien prosiguió el recorrido hasta el cruce de 'Guayabal', donde fue sorprendido e intimidado con revólver y ametralladora por dos sujetos que salieron de una camioneta color marrón, modelo 1.955, le obligaron a desviar la ruta, le quitaron el vehículo y varias horas después se lo devolvieron con una carga de arroz, según los asaltantes, para que el propio Correa Rodríguez la transportara hacia el interior.

Termina afirmando que se vió en el trance de cumplir las imposiciones ajenas, pero que luego aprovechó cierto momento de descuido para desviar y enterrar el vehículo en una cuneta, de donde no lo pudieron sacar hasta el encuentro con los detectives. Por esta acción dijo haber sufrido golpes de los sujetos que cargaron el camión, a quienes no volvió a ver porque fueron a buscar medios adecuados para sacarlo. Tal la versión suministrada a los aprehensores y luego confirmada en las indagatorias que hubo de rendir.

El propietario del camión, Sabogal Baquero, negó haber dado orden al chofer para transportar mercancías de contrabando y ratificó lo expresado por éste sobre el intercambio de ganado de una finca a otra.

A folios 86 y 87 del cuaderno principal se encuentra el avalúo, completado el 21 de noviembre de 1967, y según este documento las cosas decomisadas eran pacas de cigarrillos norteamericanos, suéteres de lana, biombos chinos, paños para vestido de mujer de varias clases y colores, corbatas de dacrón, piezas de velo blanco bordado, radios y parlantes para automóvil, aparatos para lavar relojes, estuches y otros elementos análogos. Todo lo cual ascendió a la suma de seiscientos sesenta mil setecientos tres pesos ($ 660.703.00), con la advertencia de que se trataba de mercancías extranjeras.

Estas no fueron reclamadas y nadie aportó pruebas sobre su nacionalización.

III

Primera Demanda de Casación.

El apoderado de William Correa impugna el fallo acogiéndose a la causal primera consagrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 "por violar la ley sustantiva en forma directa e indirecta, dándole a los hechos una aplicación indebida, interpretándola directa o indirectamente en forma errónea, de donde se han cometido errores de hecho y de derecho, en uno y en otro casos directos e indirectos", y trata de demostrar estos vicios diciendo que las explicaciones del procesado en sus indagatorias tienen amplio respaldo probatorio y que por

eso el juzgador desconoció el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. El respaldo que alega puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La declaración de Abraham Vera (folios 120 y 126) fue mal apreciada, pues, contrariamente a la conclusión que extrae de ella el Tribunal, el testigo afirma que vió pasar a Correa con el ganado, de modo que sí hubo tránsito de una finca a otra.

2. Aristóbulo García (folio 110 del C. 3º) asegura que recogió el ganado con William Correa y que lo despachó con éste en un camión azul, declaración que "no se tuvo en cuenta como lo exige la sana crítica de la prueba".

3. Víctor Baquero Acosta y Elsa Moreno de Baquero "confirman el dicho de William Correa de haber llevado un viaje de ganado de la hacienda 'Santa Clara' a la hacienda 'El Rosario". La segunda recuerda haber anotado en los libros la salida de las once vacas de Santa Clara, por orden de su esposo y que esa operación la hizo "un lunes". Según el libelo estas declaraciones tampoco fueron estimadas por el juzgador.

4. Luis Eduardo Ruiz, apodado "Chicote", informa que William Correa "venía de regreso con el camión vacío, que lo recogió y que dos sujetos le salieron al encuentro y que lo obligaron a regresarse, da la filiación de los sujetos (folio 113 del C. 3º); sin embargo esta declaración tampoco fue analizada ni interpretada conforme al derecho".

En consecuencia, sostiene el actor, se violaron los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal.

En cambio, continúa, el fallo tiene en cuenta otros testimonios incriminatorios contra Correa, pero los aprecia mal, así:

a) Carlos Valencia Giraldo y José Giraldo Silva Gutiérrez no confirmaron las explicaciones del procesado Correa "no porque no fueran verdad sino porque les dió miedo declarar".

b) Los informes de los detectives y agentes del R-2 de la Aduana fueron estimados parcialmente, pero si se les hubiera analizado en su conjunto se habría descubierto la falsedad de sus atestaciones, ya que de ello se colige el hallazgo de un revólver en el camión, mas no que esta arma fuera portada por el procesado. También anotan tales informes que días antes habían visto a Correa y al dueño del camión en merodeo por el lugar en una camioneta, hecho inverídico que el juzgador admitió como cierto.

c) "En ninguna parte del expediente está probado que William Correa permitió el embarque del matute en el camión guiado por él. Todo lo contrario, está probado que fue obligado". Luego repite: "En esta forma el Tribunal ha cometido un error de hecho y de derecho, violando las normas de procedimiento en el análisis de la prueba en forma directa e indirecta", y, en conclusión:

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal de Aduanas de fecha 18 de junio de 1969 por ser violatoria de la causal 1ª de que trata el artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

"La sentencia en mención da a las pruebas apreciación errónea con lo cual se viola directamente la ley sustancial en forma directa e indirecta como consecuencia de los errores de derecho y hecho en la forma que brevemente lo he dejado demostrado".

Pide se infirme la sentencia para dictar la que debe reemplazarla.

IIII

Concepto del Procurador sobre la primera Demanda.

Refiriéndose en conjunto a las dos demandas presentadas, dice el Procurador:

"Los libelos adolecen de fallas protuberantes en materia de técnica de casación, pues, en primer lugar, no presentan en orden lógico los cargos sino que comentan las pruebas en forma desordenada; en segundo lugar, proponen la causal primera de casación pero alegan indistintamente respecto de determinados elementos probatorios la violación directa y la violación indirecta, como si ello fuera lógica y jurídicamente posible; en tercer lugar, dentro de una gran confusión, citan como infringidas disposiciones adjetivas, sustantivas y hasta de la Constitución Nacional sin ensayar siquiera un comentario y, finalmente, al ocuparse de ciertas pruebas afirman que por parte del juzgador de segundo grado se incurrió al tiempo en error de hecho y en error de derecho, planteamiento como los demás, completamente ajeno al derecho".

Concretando el estudio a la demanda formulada por el apoderado de William Correa, observa el Agente del Ministerio Público: "La acusación se desarrolla, como se expuso antes, tomando como base algunos de los elementos probatorios que obran en el proceso, y orientándolos a la demostración de que el acusado dijo la verdad en su indagatoria y de que por tanto se trata de una confesión indivisible que debe ser plenamente aceptada".

En relación con los testimonios que el actor considera omitidos en el fallo, con violación de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, responde el Procurador diciendo que para fundar el cargo ni siquiera se insinuó la clase de error y menos el motivo por el cual fueron violadas las normas citadas. Por el contrario "el Tribunal Superior de Aduanas se ocupó extensamente de los testimonios arriba citados y consideró que todos ellos infirmaban la versión de los hechos suministrada por el acusado Correa Rodríguez y por consiguiente sí les dio valor probatorio".

Finalmente, anota el Procurador que carece de todo mérito la crítica al fallo por tratarse de una oposición subjetiva, sin análisis de ninguna clase, de manera que no logró desvirtuar las bases de la condena y que en estas condiciones este pronunciamiento debe mantenerse.

IV

Consideraciones de la Corte.

La causal de casación descrita en el numeral 1º del artículo 56 del Decreto Legislativo 528 de 1964, que radica en ser la sentencia violatoria de la ley penal sustancial, se configura a través de dos modalidades nítidamente diferenciadas, así: a), cuando se infringe directamente la norma, al márgen de la estimación probatoria, que no ofrece reparo; y b), cuando la violación de la ley es debida a que se aprecia mal determinada prueba, o no se tiene en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, casos en los cuales la infracción es indirecta.

La infracción directa es el quebrantamiento del precepto y puede ocurrir: a), por inobservancia de él (forma omisiva), a pesar de que la materia tratada reclama su aplicación, como cuando no se tiene en cuenta una disposición sobre rebaja de pena, vigente al tiempo del fallo, o se prescinde en la sentencia de aplicar el artículo 28 del Código Penal, no obstante haberse reconocido en el auto de proceder la atenuante a que él, se refiere; b), porque se haga actuar la norma en una contingencia no reglada por élla, como cuando se aplica el artículo 34 del estatuto penológico, afirmando con base en él la reincidencia del procesado a pesar de tratarse de un delito excluído de esa circunstancia conforme al artículo 35 ibídem (aplicación indebida); c), porque se da a una norma efecto o alcance en desacuerdo con su verdadero contenido, esto es, con el que le infundió el legislador (interpretación errónea), como ocurriría si se considerara que el artículo 37 contiene una simple relación de circunstancias de mayor peligrosidad y no una enumeración taxativa, o como cuando se estima que en la hipótesis de rapto contemplada en el artículo 351 se requiere también el empleo de violencias o maniobras engañosas por parte del agente, y dejar por ello de aplicar dicho precepto.

La infracción indirecta se produce a través de deficiente o torcida apreciación de la prueba reconocible así:

a) Porque no se tuvo en cuenta determinado elemento de juicio, verbigracia: el acta de nombramiento y la diligencia de posesión del agente como funcionario público y afirmar la existencia de un abuso de confianza, por apropiación de caudales a él confiados, en vez de reconocer el delito de peculado; la partida notarial o eclesiástica de matrimonio entre el victimario y la víctima, y afirmar por ello la configuración de un homicidio simple en lugar del asesinato; la copia de una sentencia condenatoria por delito, que obra en el expediente y omitir el cómputo de la reincidencia. Los anteriores son supuestos de errores de hecho por omisión de pruebas;

b) Porque se considera una prueba inexistente como en los siguientes ejemplos: dar por establecido el parentesco en caso de homicidio, a efecto de afirmar el asesinato, a base de testimonios recibidos pretermitiendo formalidades indispensables para su validez y que por tal causa deben desecharse, según los artículos 235 y 245 del Código de Procedimiento Penal; tener por comprobado un hecho fundándose en el dictamen de peritos no posesionados conforme a lo dispuesto en el artículo 261 de la misma obra. Trátase de errores de hecho por consideración de pruebas real o jurídicamente inexistentes;

c) Porque se atribuyó a cualquier medio probatorio un alcance diverso del que le asigna la ley, error de derecho evidenciable en estos ejemplos: reconocer un indicio no necesario o no elevado a la categoría de presunción legal como plena prueba de un hecho o de la responsabilidad del procesado (artículo 217 del C. de P. P.); tomar como indicio un hecho deficientemente demostrado, según el artículo 223 ibídem; darle valor de prueba incompleta a un documento público no tachado de falso, respecto de las circunstancias atestadas en él por el funcionario (artículo 251 ibídem); dar por comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado con su sola confesión (artículo 255); dar relevancia a un dictamen pericial emitido sobre el carácter habitual o profesional del delincuente (art. 256, inciso 2º).

En todas las anteriores hipótesis es preciso que la incorrección se refiera a un elemento probatorio importante, hasta el extremo de que por el error de hecho o de derecho en él cometido, se haya llegado a la indebida aplicación de la ley sustancial.

En conjunto, tanto la infracción directa como la indirecta se comprenden en la misma primera causal de casación, ya que se resuelven siempre en el quebranto de la norma. Pero no por éllo pueden plantearse en conjunto, sino discriminadamente, con el análisis jurídico que demuestre su viabilidad, a fin de que la Corte tenga puntos concretos de apoyo para su estudio.

Siendo el recurso de casación un reclamo contra el fallo en defensa del orden legal y una búsqueda del fondo doctrinario de los casos, tratando de unificar la jurisprudencia, es deber inexcusable del actor precisar el precepto violado y el título de la violación: si por falta de observancia de la norma, o por aplicación improcedente de la misma; si por error de interpretación o error de hecho o de derecho manifiestos en la valoración del acervo probatorio que haya llevado al juzgador a aplicar indebidamente la ley sustancial. La falta de delimitación y de las exposiciones sustentadoras de la ilegalidad no se suple con sondeos ideales sobre lo que se propuso el recurrente.

Sintetizando la materia, la Corte ha dicho que '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...

"A diferencia de lo que ocurre en la violación directa, en la indirecta el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que aparezca ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de

no haber mediado esa clase de error".

Agrega la Corte que "cada una de las dos formas de violación de la ley tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción y que no es posible alegar simultáneamente sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, infracción directa e indirecta de la ley en un mismo fallo, como que no es concebible que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, ni es tampoco admisible que se sostenga una impugnación de infracción directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a las que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación". (Casación Penal, agosto 22 de 1969).

Estas exigencias se encuentran en los lineamientos de la causal primera, ahora unificada en lo civil y penal según los artículos 52 y 56 del Decreto 528 de 1964, se complementan con la significación histórica y doctrinaria del recurso y se consolidan al describir las consecuencias teóricas y prácticas que acarrea su formulación irregular y su precario desarrollo. Consecuencias que, de una parte, sumirían a la Corte en cavilaciones de que no podría salir sin mengua de su magisterio, y de la otra, impediría a los no recurrentes la posibilidad de saber la índole y repercusión de los ataques, cosa de no poca monta ante el deber legal de oirlos, trasladándoles con exactitud el objeto de la convocatoria.

Véanse las principales incongruencias susceptibles de confusión:

Primera. - Si se plantea en forma general la violación de la ley sustancial por infracción directa y no se particulariza el agravio, es inevitable enfrentar al mismo tiempo las tres variantes mencionadas, como inobservancia, aplicación de texto inadecuado e interpretación errónea de la norma. Y la simultaneidad conduce al absurdo, porque si se dejó de aplicar el precepto no puede decirse que sí se tuvo en cuenta, aunque no se adaptara al caso. La actitud omisiva del primer evento excluye la positiva del segundo. La proposición recíproca también es valedera. Lo mismo ocurre si la crítica se apoya en cualquiera de las dos proposiciones, que dentro del texto no pueden tener ajuste lógico.

Segunda. — Como se dejó explicado, la infracción directa se cumple independientemente de toda cuestión probatoria. Basta descubrir el texto no aplicado u omitido, o confrontar el que se empleó con el que debía aplicarse, o examinar su contenido con el alcance que se le atribuyó en el fallo, para identificar la violoción. Si se alega al mismo tiempo la infracción directa y la errónea apreciación de esta u otra prueba, se desvía el planteamiento hacia el error de hecho o de derecho, forma de violación indirecta incompatible con la primera. En otros términos, si la infracción de la ley proviene de defecto en la estimativa probatoria, deben examinarse su causa y su incidencia en la declaración del derecho. Si se alega infracción directa no hay lugar para ese debate.

Tercera. - Más aun, el error predicable respecto de determinada prueba no puede ser simultáneamente de hecho o de derecho, porque, como lo expresa una reiterada jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, que acoge la Sala Penal, los errores dichos tienen de común ciertamente: a) el campo en que se originaron, o sean las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero, se diferencian: 1º en que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello se da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2º en que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe

o no existe y la idea contraria del Juez, lo cual cae estrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en los autos.

"De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho". (Sala Civil, Casaciones de 13 y 17 de agosto de 1954, G. J. T. LXXVIII, pág. 309 y 325).

Cuarta. - Tampoco es conforme a las reglas aseverar que una prueba dejó de apreciarse y a renglón seguido hacer el reproche de que la misma prueba se apreció erróneamente, pues no puede haber sino una posición: se omitió, o no se omitió. Si lo primero, no pudo ser objeto de conceptos extraviados; si se interpretó mal es porque fue tenida en cuenta por el juzgador y vinculada a las fuentes de certeza. Lo dicho no rige tratándose de dos o más pruebas pues en este caso una de éllas pudo ser omitida y mal apreciada la otra, sino que se refiere a la acumulación de reservas respecto del mismo elemento demostrativo, pues entonces se presenta la antilogía irresoluble en el ámbito de la causal que se viene examinando.

Insistiendo en los puntos anteriormente expuestos relacionados con la oposición de causas al alegar la causal primera, la Corte, en fallo contemporáneo del ya citado, expresó lo siguiente:

"De lo dicho se desprende que aducir únicamente violación directa de la ley sustancial, invocando de manera autónoma el primer aparte de la causal primera de casación, implica aceptar los hechos del proceso tal como los encuentra probados el sentenciador. En cambio, quien alega violación indirecta de aquélla, apoyándose en el segundo cuerpo de la misma causal, está indicando que controvierte la prueba, que no acepta los fundamentos fácticos en que el fallo acusado se funda. De allí que sea contrario a la técnica del recurso y a la lógica misma, argüir simultáneamente infracción directa e indirecta de una determinada disposición sustantiva, ya que un hecho no se puede aceptar y rechazar al mismo tiempo y por el mismo concepto, porque se quebranta el principio de contradicción". (Casación Penal, agosto 23 de 1969).

La demanda aquí presentada contra el fallo, como bien se observa en las transcripciones que de élla se hicieron al comienzo, no sólo no puntualiza los cargos, limitándose a enumerarlos, sino que trae formulaciones antagónicas, como la de decir que el Tribunal violó al mismo tiempo la ley por infracción directa e indirecta y que la sentencia ha incurrido simultáneamente en errores de hecho y de derecho respecto de unos mismos elementos probatorios, todo con afirmaciones ambiguas y confusas que no permiten a la Corte conocer los presupuestos indispensables para entrar en el examen de la providencia recurrida, situación que obliga a desechar el recurso. Así lo hará esta Corporación.

V

Segunda Demanda de Casación.

El apoderado de Jesús Emigdio Sabogal Baquero invoca las causales primera y cuarta del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a fin de que se infirme el fallo recurrido.

Respecto de la primera sostiene que el juzgador "violó la ley sustancial, a) por infracción directa; b) por aplicación indebida; c) por interpretación errónea; ch) por error de derecho; y d) por error de hecho".

Plantea después una serie de consideraciones esquemáticas, pretendiendo demostrar: que el Tribunal analizó equivocadamente las presunciones de responsabilidad citadas en el fallo; que Sabogal Baquero efectivamente ordenó el traslado de los semovientes de la finca 'Santa Clara' a la de 'El Rosario'; que no se llenaron los requisitos del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, lo cual entraña "grave error al hacer el análisis de la prueba'; que se le dio credibilidad al informe del detective número 2819, sin tener en cuenta las contradicciones contenidas en él; que se prescindió de considerar declaraciones favorables, algunas de las cuales menciona, y, en cambio, se tomaron en cuenta otras

que carecen de mérito sustancial.

El recurrente cita otros hechos procesales en forma caótica y sin demostración, por lo cual el Ministerio Público, realizando un esfuerzo por traducirlos y resumirlos observa lo siguiente:

"El libelo exhibe ostensibles fallas de técnica de casación, pues basta decir que al referirse a la primera causal de casación invoca todos sus motivos, es decir: la infracción directa, la aplicación indebida, la interpretación errónea, el error de derecho y el error de hecho manifiesto en los autos.

"Es posible que en la teoría una sentencia adolezca de tales vicios pero es injurídico predicarlos de los elementos probatorios, ya que son inconciliables la infracción directa y la infracción indirecta e igualmente contraria a derecho sostener que respecto de una determinada prueba se incurrió al tiempo en error de hecho y en error de derecho. Por lo demás, la demanda carece de orden pues los cargos se exponen dentro de una gran confusión con citas de disposiciones legales y constitucionales que no vienen al caso y las cuales tampoco se analizan".

Con relación a la causal cuarta dice el actor que el fallo "está viciado de nulidad, puesto que al no llenar los requisitos exigidos por los artículos 159, 203 y 204 del Código de Procedimiento y 26 de la Constitución Nacional, no se analizó que el avalúo pericial debía recaer sobre los mismos elementos de los informes de folios 3 y 39, cuestión que no se hizo", pues el Tribunal aludió al dictamen pero citando mal el folio en que aparece "error gravísimo" que vicia fundamentalmente la tramitación.

El Procurador, al examinar este cargo, señala que el recurrente "ni siquiera insinúa la clase de nulidad en que se incurrió, legal o constitucional, y menos en qué consistió y de qué manera se infringió agravio al derecho de defensa".

En estas condiciones, concluye el representante del Ministerio Público, es obvio que la impugnación no puede prosperar.

VI

Consideraciones de la Corte:

Como se aprecia en la transcripción de la demanda, ésta acusa el fallo fundándose en todas las violaciones instituídas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, incurriendo en las confusiones e incongruencias que se destacaron en el examen del libelo presentado a nombre de William Correa Rodríguez, hasta el extremo de que es absolutamente imposible interpretar el pensamiento del actor ni describir las razones concretas de la ilegalidad. Es así como involucra unos mismos elementos probatorios afectados por errores de hecho y de derecho y como menciona unas mismas disposiciones normativas simultáneamente violadas por todos los motivos de casación. Por lo tanto debe corresponderle el tratamiento que se otorgó al otro, pues contiene las mismas imposibilidades lógicas y jurídicas para proceder a su estudio.

Sobre la causal cuarta, la Sala acoge el concepto del Procurador, ya que no se particulariza la nulidad que afecta el procedimiento y mucho menos se le da desarrollo. La Corte se encuentra también en imposibilidad de examinarla y habrá de proceder en consecuencia.

VII

Fallo.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA los recursos de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de esta providencia y dispone regresar el expediente al Tribunal de origen para los efectos legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Se reitera la doctrina de la Corporación en el sentido de que no toda irregularidad procesal la constituye. Para que prospere, es necesario que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en las normas de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, lesionan los intereses de la justicia misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 15 - abril 28 de 1970).

V i s t o s :

Cumplida la tramitación de rigor, entra la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de 24 de septiembre de 1969, por la cual le fue impuesta al procesado Oliverio Rincón Criollo la pena principal de ocho años de presidio, más las sanciones accesorias del caso, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Ignacio Criollo.

Con el objeto de dar cumplimiento a las formalidades legales que exige esta clase de recurso, oportunamente fue presentada la correspondiente demanda de casación, de la cual habrá de tratar esta Sala.

H e c h o s :

Los sintetiza el Tribunal Superior de Ibagué en la sentencia impugnada, así:

"1º - Según se desprende de las constancias procesales, el día 27 de Noviembre de 1963 se verificó la clausura de estudios en la Escuela pública de la vereda de San Jorge, del municipio de Chaparral, en las horas de la mañana, y una vez terminado tal acto, los concurrentes, entre los que se encontraba José Ignacio Criollo Lozano, se dirigieron a la casa vecina, de propiedad de Jesús María Rincón, que es la casa de la finca denominada "Las Mesetas del Delirio', en donde se inició una fiesta, que terminó con la trágica muerte de José Ignacio Criollo Lozano;

"2º - Cuentan los hermanos Jorge Eliécer y Alvaro Yaime Torres, que en casa de Jesús María Rincón se bailó, y uno de los participantes de tal fiesta fue José Ignacio Criollo Lozano, quien tenía una botella de aguardiente en la mano, y bailó algunas piezas, y que también se encontraba allí Oliverio Rincón, quien portaba una arma de fuego 'de esas que carga la tropa', y otras personas que participaban en el baile;

"3º - La fiesta, según los autos, se prolongó hasta el amanecer del 28 de Noviembre, pues a eso de las seis de la mañana de este día, se oyó una detonación de arma de fuego, de grueso calibre, y en seguida varias personas vieron muerto a José Ignacio Criollo Lozano, y cerca a él, con un fusil terciado, a Oliverio Rincón Criollo (Testimonios de Gerardo Barrios. F. 8; de Teodora Capera v. de Oviedo, F. 9 vto. y de Cornelio Moreno Molano F. 17 vto.).

"4º - Recogido el cadáver y transportado a Chaparral, en esta ciudad se practicó la diligencia de levantamiento del cadáver (fl. 1 vto.) en la cual se hizo constar que al cadáver 'se le halló la fractura completa del cráneo, observándose que esto se debió a un disparo de arma de fuego (fusil), el cual tuvo su orificio de entraba un poco arriba de la ceja derecha', y al folio 4, obra la diligencia de autopsia, en la cual se constató la fractura del cráneo por el impacto de una arma de fuego de largo alcance, la que produjo una lesión de 'carácter necesariamente mortal'. Cabe anotar que el disparo se hizo a muy corta distancia, pues produjo tatuaje".

Desarrollo del Proceso:

Como bien se dice en la sentencia recurrida, dos versiones se originaron respecto de la muerte de José Ignacio Criollo Lozano: la una referente a sucidio, que no tuvo comprobación racional en el proceso; y la otra referente a homicidio perpetrado por Oliverio Rincón Criollo, contra quien, con base en varias pruebas indiciarias, se dictó auto de detención preventiva.

El sumario respectivo fue calificado por el Juez Primero Superior de Chaparral en 13 de septiembre de 1968 con auto de proceder contra el procesado Rincón Criollo, y en el cual se le formuló a éste el cargo de homicidio común o simplemente voluntario.

Esa providencia fue consentida por las partes, supuesto que contra ella no se interpuso ningún recurso, y el día 20 de marzo de 1969 se llevó a cabo la audiencia pública, en la cual le fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario, al que dio respuesta afirmativa:

"El acusado presente Oliverio Rincón Criollo, hijo de María Rogelia Rincón y Joaquín Criollo, de treinta y dos años de edad cuando se llamó a juicio, natural y vecino del Municipio de Chaparral, soltero, agricultor y analfabeta, es responsable si o no, de haber ocasionado la muerte con intención de matar, al señor José Ignacio Criollo, mediante un disparo de arma de fuego de largo alcance hecho a corta distancia, en la región frontal derecha, que determinó la fractura completa de la parte derecha del frontal y la destrucción de la bóveda craneana?"

Y con apoyo en el anterior veredicto, el Juzgado Primero Superior de Chaparral impuso al procesado la pena principal de seis años y cinco meses de presidio y las accesorias correspondientes, mediante sentencia de 24 de abril de 1969, la que fue reformada por el Tribunal Superior de Ibagué en el sentido de aumentar la pena principal a ocho años de presidio y en la misma proporción las accesorias.

Demanda de Casación.

Como única causal invoca el demandante la cuarta de las previstas en el artículo 56 del decreto 528 de 1964 y en torno a élla desarrolla contra la sentencia dos cargos, que en su orden son:

Primer cargo.—Consiste en que se violó el artículo 505 del C. de P. P., modificado por el 19 del Decreto 1358 de 1964, porque mediante auto de 24 de septiembre de 1968 se ordenó que, una vez vencido el término probatorio o el fijado para la práctica de las pruebas que se decretaran, se solicitase al Tribunal del Distrito de Chaparral el sorteo de jurado que debía intervenir en la audiencia pública (fl. 130 v.).

Esta transgresión, según el demandante, incide en violación directa del artículo 26 de la Constitución, porque no se observaron con plenitud las formalidades previstas en la ley, vale decir, que se incurrió en nulidad supralegal o de carácter constitucional.

Segundo cargo.—Consiste —para usar la expresión del Agente del Ministerio Público— "en que uno de los jurados principales sorteados, el señor Humberto Liévano, fue sustituído a petición del Fiscal del Juzgado Superior sin que a juicio del actor hubiera impedimento legal que justificara la decisión y, de otra parte, que la solicitud del Ministerio Público en el sentido expresado se formuló vencido el término de cin-

co días previsto en el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal para ejercitar tal derecho, por todo lo cual se violaron ...los artículos 505, 511, 73, 492 y 493 de la Codificación referida". "Al violarse así las normas citadas —dice el demandante— se desconocen las garantías previstas para la defensa del ciudadano lo que entraña un quebrantamiento real de 'una de las formas propias de cada juicio', generando una nulidad de carácter constitucional".

El recurrente concluye solicitando que se declare nulo lo actuado a partir del auto de 24 de septiembre de 1968 y se ordene la devolución del proceso al Tribunal Superior de Ibagué para los fines consiguientes.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace un detenido análisis de la demanda, para concluír solicitando que se deseche el recurso interpuesto. Al revisar las alegaciones del recurrente, se hará referencia a algunos de los apartes de la Procuraduría.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo:

La nulidad constitucional, como ha sido doctrina constante de esta Sala, requiere para que prospere que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en las normas de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, su incumplimiento lesiona los intereses de la justicia misma.

Cierto es que el Juzgado Primero Superior de Chaparral, al dictar el auto de 24 de septiembre de 1968, no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 19 del decreto 1358 de 1964, pues debió ordenarse que la solicitud del sorteo de jurados se hiciera dentro de los tres días siguientes a la aprobación del dictamen pericial o al vencimiento del término probatorio.

Mas hay que tener en cuenta que no toda irregularidad acarrea la sanción de nulidad de lo actuado en los procesos penales. Unicamente "cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República" (Sent. de 5 de febrero de 1947, G.J., T. LXII, pág. 511), cumple admitir que hay razón suficiente para anular el proceso, por violación de las garantías constitucionales que rigen el trámite de los negocios que se adelanten ante la Jurisdicción Penal (art. 26 de la Carta).

Y, a la verdad, la irregularidad señalada por el demandante no afecta el derecho de defensa de Rincón Criollo, ni incide en las formas propias del juicio, pues éste se ciñó al trámite correspondiente.

En conclusión, este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.

De este cargo cabe predicar lo propio que del primero, vale decir, que la irregularidad señalada por el demandante no tiene entidad jurídica suficiente para dar lugar a una nulidad supralegal o constitucional, pues no entraña el quebrantamiento de las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, ni el desconocimiento del derecho de defensa.

Es de destacar asimismo —como apunta el Agente del Ministerio Público— que los pronunciamientos del juzgado del conocimiento respecto del nuevo sorteo de jurado y del reconocimiento del reemplazo fueron notificados legalmente a las partes, sin que ellas hubieran objetado los ordenamientos judiciales.

Por lo demás, los motivos de impedimento aducidos por el Fiscal y que tuvo en cuenta el Juez de la causa para declarar separado del cargo de jurado al Sr. Humberto Liévano son ciertamente "circunstancias de apreciación íntima del juez en pro de la justicia", de acuerdo con el artículo 511 del C. de P. P. y el 27 de la Ley 4ª de 1943, "y su reconocimiento, en estas

condiciones, escapa a toda crítica en el recurso extraordinario de casación", sobre todo "si el recurrente se abstiene de probar que con tal decisión se vulneraron principios esenciales del juzgamiento o se conculcó el derecho de defensa".

Por tanto, este cargo tampoco prospera.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo 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 en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que si la sentencia se ataca por error en la calificación del delito, el recurrente debe aceptar los hechos que sirvieron de base al juez para hacerla, si no los acepta, la causal 4ª debe invocarse como consecuencia de la establecida en el inciso 2º del ordinal 1º, del artículo 56º del Decreto 528 de 1964, con fundamento en la errónea apreciación de la prueba, por razones de hecho o de derecho. La complicidad correlativa es un grado de responsabilidad que no incide en la denominación jurídica de la infracción. No es exacto, que en los cuestionarios formulados al jurado deban formularse preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad, según el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. El homicidio agravado por la causal del ordinal 3º del art. 363 del C. P., concursa con el delito fin, como repetidamente lo ha sostenido la Corporación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 15 - Abril 28 de 1970).

Vistos:

En sentencia de 17 de abril de 1969, el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal condenó a Alvaro Villarraga, Luis Evelio Martínez Herrán y José Cicerón Ubaque Pradilla a sufrir cada uno la pena principal de veinte años de presidio y las accesorias correspondientes, como responsables en concurso recíproco de los delitos de homicidio en Raúl Alvarez García y Gustavo Azcuénaga Villarino, de tentativa de homicidio en Enrique Jaramillo Arango y de robo en bienes de Gustavo Azcuénaga, hechos ocurridos el día 24 de junio de 1964, en jurisdicción del corregimiento de "La Aurora", perteneciente al municipio de Cunday.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación los tres procesados y el defensor de José Cicerón Ubaque, recurso declarado admisible por auto de dos de julio de mil novecientos sesenta y nueve y solo fue sustentado por el defensor de José Cicerón Ubaque, lo que obliga a la Corte a estudiar únicamente la situación jurídica de este procesado, cumplidas como se hallan las formalidades de rigor.

Hechos y actuación procesal:

En las horas de la tarde del día veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cuatro y cuando se dirigían hacia el corregimiento de "La Aurora", de la comprensión municipal de Cunday, Gustavo Azcuénaga, Raúl Alvarez García y Enrique Jaramillo Arango, fueron atacados de manera sorpresiva por tres hombres armados, quienes les dispararon en forma que causaron la muerte instantánea de los dos primeros y también la del caballo que montaba Jaramillo Arango, después de lo cual los atacantes se apoderaron de un maletín que portaba Jesús Antonio López, dependiente o trabajador de Azcuénaga, y de

otros objetos de su propiedad y se dieron a la fuga.

El Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Espinal calificó el mérito del sumario dictando auto de proceder, en 5 de junio de 1965, por el doble delito de homicidio, por el de homicidio imperfecto y el de robo contra Alvaro Villarraga, Luis Evelino Martínez Herrán y José Cicerón Ubaque Pradilla. En el mismo proveído sobreseyó temporalmente en favor de Jesús Antonio López Vargas, Armando López Cardoso, Eliseo y Mardoqueo López. Apelada la providencia, el Tribunal la confirmó por medio de auto fechado el 21 de febrero de 1966.

El mismo Juzgado, en sentencia de 18 de noviembre de 1968, condenó a Alvaro Villarraga, Luis Evelio Martínez Herrán y José Cicerón Ubaque Pradila a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, fallo que fue reformado por el Tribunal Superior de Espinal, en sentencia de 17 de abril de 1969, en el sentido de reducir a veinte años de presidio la pena principal, y en la misma proporción las penas accesorias.

Demanda de Casación.

Como única causal el demandante invoca la cuarta de las previstas en el artículo 56 del decreto 528 de 1964 y en torno a ella desarrolla contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos, que en su orden son:

Primer Cargo.—Consiste en que "en el auto de enjuiciamiento se incumplió lo ordenado en el art. 26 de la Constitución, pues se le hizo la imputación moral a mi defendido, señor José Cicerón Ubaque Pradilla, lo mismo que a los demás acusados, de hechos diferentes a la realidad procesal y de infracción...".

Para fundamentar su argumentación el demandante transcribe la norma relativa a la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción (ord. 5º del art. 37 del decreto 1358 de 1964). Luego discurre así:

"Según el auto de proceder los tres enjuiciados, José Cicerón Ubaque Pradilla, Alvaro Villarraga y Luis Evelio Martínez, al cometer los ilícitos impugnados, actuaron simultáneamente así:

"1º Cada uno de ellos simultáneamente disparó y dio muerte al señor Gustavo Azcuénaga;

"2º Cada uno de ellos simultáneamente disparó y dio muerte al señor Raúl Alvarez, dentro de las mismas circunstancias de tiempo y modo en que se disparó y se dio muerte a Gustavo Azcuénaga; y,

"3º Cada uno de ellos simultáneamente disparó contra el señor Enrique Jaramillo Arango, dentro de las mismas circunstancias de tiempo y modo en que se disparó y se dio muerte a Gustavo Azcuénaga, y a la vez dentro de las mismas circunstancias de tiempo y modo en que se disparó y se dio muerte a Raúl Alvarez.

"Es decir, según los términos y contenido del auto de proceder, los tres acusados (José Cicerón Ubaque, Alvaro Villarraga y Luis Evelio Martínez) al mismo tiempo en que disparaban y daban muerte a Gustavo Azcuénaga, también disparaban y daban muerte a Raúl Alvarez y lo mismo hacían con Enrique Jaramilo Arango, disparando contra él.

"O también, según los términos y contenido del auto de proceder, los tres acusados (José Cicerón Ubaque, Alvaro Villarraga y Luis Evelio Martínez) actuaron primero disparando y dando muerte a Gustavo Azcuénaga; realizado lo anterior, dispararon los tres y dieron muerte a Raúl Alvarez; y verificado esto último, los tres acusados dispararon contra Enrique Jaramillo Arango, a quien afortunadamente no le hicieron ningún daño, puesto que la bestia que montaba recibió el impacto de proyectil en lugar de su jinete.

"Para llegar a tan insólita conclusión los falladores apelaron a los testimonios de Enrique Jaramillo Arango y Jesús Antonio López Vargas, testigos presenciales de este drama sangriento".

Del relato que de los hechos hacen tales testigos, deduce el recurrente que "todo sucedió de la siguiente manera":

"Que en dirección contraria a la que llevaban las víctimas (Gustavo Azcuénaga, Raúl Alvarez y Enrique Jaramillo Arango) surgieron TRES SUJETOS, 'como a encontrarse con nosotros', que caminaban pareados, los cuales a tres metros de distancia dispararon los tres sujetos desconocidos contra los viajeros Jaramillo, Azcuénaga y Alvarez.

"Que los tres victimarios se colocaron frente a frente de los tres viajeros (Jaramillo, Azcuénaga y Alvarez), eran TRES CONTRA TRES, cada victimario se colocó en línea directa frente a su presunta víctima.

"Como la investigación no demostró quién de los agresores se colocó frente a Gustavo Azcuénaga, quien se colocó frente a Raúl Alvarez y quien lo hizo frente a Enrique Jaramillo Arango, es decir, que ninguno de los testigos, señores Jaramillo Arango y López Vargas, identificó plenamente la persona y nombre del agresor que se ubicó frente a cada uno de dichos señores, podemos gráficamente representar la escena así:

"Al primer agresor lo señalamos con la letra X, al segundo con la letra X-1 y al tercero con la letra X-2. Luego el agresor "X" se colocó frente a Gustavo Azcuénaga, disparó contra éste y lo mató; el agresor "X-1" se colocó frente a Raúl Alvarez, disparó contra éste y lo mató; y el agresor "X-2" se colocó frente a Enrique Jaramillo Arango, disparó contra éste, pero no lo mató porque se interpuso la bestia que montaba y recibió el impacto de proyectil.

"Como los hechos sucedieron en la forma anteriormente descrita, según el relato que nos hacen los testigos presenciales, especialmente el señor Enrique Jaramillo Arango, quien pudo captar con nitidez cada uno de los movimientos del personal que intervino en esta tragedia, entonces sacamos la siguiente conclusión:

"Si habiendo disparado los tres agresores contra los tres viajeros, en la forma anteriormente descrita, es decir, cada agresor contra su víctima colocada enfrente, hubo dos muertos, es lógico concluír que cada victimario o agresor solo es responsable de la víctima que produjo, y no otra, ya que cada individuo responde por su propio hecho y no por el hecho ajeno. Por la misma razón los agresores "X", "X-1" y "X-2" no pueden ser responsables los tres, conjuntamente, de los homicidios en Gustavo Azcuénaga y Raúl Alvarez; y mucho menos, ser los agresores mencionados responsables del homicidio imperfecto en Enrique Jaramillo Arango".

Analiza luego el recurrente el reconocimiento que de los procesados hizo el sindicado Jesús Antonio López y afirma que "en esa diligencia ni en ninguna otra a lo largo de la investigación se estableció que Alvaro Villarraga corresponde al agresor 'X' o al agresor 'X-1' o al agresor 'X-2'; tampoco se estableció por ningún medio de prueba que Luis Evelio Martínez, corresponde al agresor 'X' o al agresor 'X-1' o al agresor 'X-2'; y mucho menos quedó establecido que José Cicerón Ubaque Pradilla, reconocido como uno de los agresores, correspondiera al agresor 'X' o al agresor 'X-1' o al agresor 'X-2'.

De ahí concluye, "según la experiencia común y los términos de los testimonios de Enrique Jaramillo Arango y Jesús Antonio López Vargas, que los hechos acaecieron dentro de la hipótesis de que cada agresor disparó contra su víctima colocada en frente, sin meterse para nada con las demás víctimas", y que "el auto de enjuiciamiento incurrió en el colosal error de convertir a los tres victimarios, señores Alvaro Villarraga, Luis Evelio Martínez y José Cicerón Ubaque en responsables, simultáneamente, de los dos homicidios consumados y del homicidio imperfecto, como si los tres agresores hubieran disparado cada uno de éllos contra cada una de las víctimas".

Esta última aserción la corrobora asimismo con las lesiones que presentaban los

cadáveres, correspondientes a disparos, porque "no se practicó la diligencia de balística, que es tan importante en estos casos, y no existe ningún dictamen sobre el calibre y especie de arma de fuego usada", por lo cual "no ha sido posible establecer si los proyectiles encontrados en el cuerpo de Raúl Alvarez y en el de Gustavo Azcuénaga, correspondían a armas de fuego de distinto calibre o de un mismo calibre".

"'Así, pues —concluye el demandante—, que la aplicación del art. 385 del C. P. para estos hechos es inevitable y fatal. Y como tal norma está ubicada dentro del Capítulo Tercero del Título XV del Libro 2º del C. P. y no en el Capítulo I ibídem, la nulidad en que se incurrió en el auto de proceder por error relativo a la denominación jurídica de la infracción tiene todos los caracteres de su consagración en la vista de este proceso".

Segundo Cargo.—Consiste en que en los cuestionarios se incluyó una circunstancia no contemplada en el auto de proceder, o sea, la premeditación, por lo cual los procesados fueron juzgados y condenados" "sin el lleno de las fórmulas propias del juicio" y se infringió así "el art. 26 de la Constitución, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento", por violación del art. 28 de la ley 4ª de 1943.

En efecto, dice el recurrente que si bien es cierto que la referida circunstancia fue contemplada en la calificación hecha por el Juzgado del conocimiento, no fue analizada en modo alguno por el Tribunal al confirmar el auto de vocación a juicio. De donde se sigue que si "el Tribunal no analizó ni estudió la premeditación como circunstancia tipificadora y agravante del homicidio u homicidios, fenómeno contemplado en el auto procedente del Juzgado Quinto Superior, quiere ello decir que el Tribunal consideró que la premeditación no estaba acredítada en los autos, no debía integrar los mecanismos del auto de proceder y mucho menos formar parte de los cuestionarios propuestos a los jueces de conciencia" y así "tales cuestionarios se han salido del auto de proceder, que en este caso es el auto de proceder dictado por el Tribunal".

Tercer Cargo.—Consiste en que en los cuestionarios relativos a los delitos de homicidio las circunstancias de premeditación y de indefensión se confundieron, "se integraron como una sola entidad jurídica y así fueron propuestas al Jurado, con lo cual se violó el art. 26 de la Constitución, ya que en tales condiciones no se consagraron las formas propias de cada juicio" "El mismo Código Penal —dice el recurrente— en el art. 363 separa y aisla como entidades jurídicas, independientes y autónomas, la circunstancia de la premeditación (numeral 2º del art. 363 del C. P.) de la circunstancia de poner en condiciones de indefensión a las víctimas (numeral 5º ibídem)."

Cuarto Cargo.—Consiste en que como los delitos de homicidio imputados a los procesados se consideraron agravados por haberse cometido para preparar, facilitar y consumar el de robo, éste no constituía una infracción separada y, en consecuencia, al formularse un cuestionario separado con respecto a tal infracción, "se violó el art. 28 de la ley 4ª de 1943, lo mismo que el art. 26 de la Constitución por cuanto no se observaron las formalidades propias de cada juicio". "Al plantear a los Jurados la cuestión tercera los falladores se excedieron en sus atribuciones, desconociendo las normas anteriores citadas, lo mismo que el principio universal de non bis ibídem".

Para fundamentar su argumentación alega el recurrente que "los delitos de homicidio, según la prueba de autos, fueron delitos-medios, es decir, riesgos asumidos por los atacantes para consumar otro delito, en este caso, el delito de robo.

"Como los homicidios de que se habla en el proceso fueron realizados en la etapa consumativa del delito de robo, que es el delito-fin, por cuanto los atacantes dispararon y dieron muerte a Gustavo Azcuénaga y Raúl Alvarez para quitarle y sustraerle lo que el primero llevaba, quiere ello decir que el delito de robo como delito-fin, no se puede acumular a los delitos de homici-

dio, tal como se hizo abusivamente en los cuestionarios, por cuanto se trata de una sola figura jurídica llamada ASESINATO, segun la expresión manifiesta de los autos"... "Se violó, pues, el principio universal NON BIS IBIDEM, lo mismo que el art. 28 de la ley 4ª de 1943, y, por ende, el art. 26 de la Constitución, o sea que no se observaron las formalidades propias de cada juicio".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un detenido análisis de la causal que le sirve al recurrente para impugnar el fallo del Tribunal de Espinal, análisis que lo lleva, discriminando uno a uno los cargos, a no encontrar fundamento alguno para invalidar la sentencia. Por tratarse de un estudio profundo, la Corte citará algunos de sus apartes en el cuerpo de esta sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Primer Cargo.

Como observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el primer cargo se formula con base en primer término en la norma constitucional (art. 26) y, además, en la norma legal que consagra expresamente el hecho en que se funda, consistente en errada calificación de la infracción. "Cabe anotar —apunta con acierto el Agente del Ministerio Público—, respecto a esta doble sustentación, que hallándose previsto en forma clara y expresa el motivo de nulidad en la ley procesal, carece de objeto la referencia a la disposición constitucional, pues ésta preserva o defiende los derechos del procesado, de aquellas irregularidades que los afectan gravemente o llevan a su desconocimiento en casos no contemplados expresamente, si bien debe anotarse que aun los motivos de nulidad contemplados en la ley, puede entenderse que lesionan en forma mediata las formas propias del juicio, pero no puede perderse de vista que, precisamente por su gravedad, fueron especialmente consagrados y por tanto protegidas y en tal supuesto, basta apoyar la petición correspondiente en la norma legal pertinente".

"Desde otro punto de vista —continúa el Agente del Ministerio Público— y como se desprende de la relacion anterior, en la cual se advierte que el recurrente se refiere repetidamente al motivo unico en que apoya el cargo, cual es el de no haberse precisado la responsabilidad individual de cada uno de los procesados en orden a producir determinado resultado y derivar de allí la configuración de la complicidad correlativa, el planteamiento conduce a desconocer los hechos considerados establecidos por el fallador, como seria la coautoria respecto de los ilicitos para afirmar una responsabilidad no determinada y atinente a los procesados, lo cual implica obviamente un examen de los elementos de prueba y su interpretación por el fallador, como resulta del examen que de los mismos aspectos se hace en la demanda, con la consecuencia que en tal forma el cargo no podría formularse directamente a través de la causal cuarta de casación, sino que hubiera sido necesario invocar en primer término la causal primera en relacion con el aspecto probatorio, para alegar, una vez acreditada la errada apreciación de la prueba, la causal cuarta, como lo interpretó esa H. Corte en sentencia de casación de febrero 28 de 1966 (Casación de Jesús M. Alfonso por robo) y se ha reiterado en varios otros fallos.

"Lo anterior debe aclararse, por cuanto el Tribunal estimó que existía coautoría por parte de los procesados, conclusión que ha impugnado el recurrente por estimar después del análisis de varios elementos probatorios que tal situación no existe, sino que produjo la complicidad correlativa".

A la verdad, la Corte, en sentencia de casación de 28 de febrero de 1966, expuso:

"En toda investigación penal, sin excepción alguna, el juez tiene que recorrer tres etapas principales, a saber: primero establecer o demostrar los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios allegados al proceso; segundo, demostrados los hechos, calificarlos, o sea, determinar dentro de qué precepto legal encajan; y en fin determinar las consecuencias legales

que emergen de estos dos antecedentes.

"Obviamente se comprende que si el juez de instancia incurre en errores en alguna de estas etapas, como son diferentes en naturaleza y en sus consecuencias jurídicas, también corresponden a distintas causales de casación, en cada uno de sus casos.

"En efecto, si se trata de la demostración de los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios, puede incurrir en error de hecho manifiesto o bien en un error de derecho por una equivocada valoración de la prueba o por admitir un medio que no es idóneo o conducente para la demostración del hecho, es decir, debe invocarse la primera causal de casación prevista en el inciso 2º del art. 56 del D. Nº 528 de 1964.

"Supuestos los hechos demostrados en el proceso con pruebas eficientes, si el juez incurre en error en la calificación, significa que incurriría en un error de derecho, por cuanto a los elementos fácticos demostrados les aplica una norma legal equivocada, como hubiera sucedido si en este caso, en lugar de calificar el ilícito como robo, se le hubiese nominado hurto o estafa, etc.

"En otras palabras, cuando se ataca una sentencia por error en la calificación del delito, el recurrente debe aceptar los hechos que sirvieron de base al juez para hacer la calificación, porque si se modifican éstos, es claro que la denominación del ilícito también tiene que cambiar. Ahora, si no acepta los hechos que el juez dio por demostrados, entonces debe invocar la primera causal, como sucede en este caso en que el recurrente, en lugar de aducir, equivocadamente, la causal cuarta, si estimaba que el elemento 'violencia' u otros no estaban probados, debió invocar la causal a que se refiere el inciso 2º del ya citado art. 56 del D. 528 de 1964.

"En consecuencia, la causal cuarta con fundamento en la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho, resulta improcedente y, por tanto, se la desecha".

En el caso sub examine, el recurrente, como es obvio, no acepta los hechos que el Juez y el Tribunal dieron por demostrados, por lo que debió invocar la causal primera, en primer término, y como consecuencial, la causal cuarta.

Por otra parte, la complicidad correlativa es un grado de responsabilidad y, por tanto, no incide en la denominación jurídica de la infracción. Y es que la modalidad de la complicidad correlativa no cambia la figura específica del homicidio para tipificarla como entidad delictual distinta del mismo. Lo único que prevé el art. 385 del C. P. es la fijación de la responsabilidad y la graduación de las penas dentro de la cooperación en él prevista, para los casos en que varias personas tomen parte en la perpetración de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor.

Es, por consiguiente, innocuo el cargo y debe rechazarse.

Segundo Cargo.

Cierto es que en el auto de enjuiciamiento proferido por el Juzgado Quinto Superior de Espinal —como lo anota el recurrente— se contempló como agravante la circunstancia de la premeditación, además de la indefensión de las víctimas, pues ahí se dice (fol. 453, 1º cuaderno):

"Tales procesados, como se anuncia, deben ser llamados a juicio con los agravantes indicados, es decir, que ocasionaron la muerte de Raúl Alvarez y Gustavo Azcuénaga, con premeditación y aprovechando las condiciones de indefensión de las víctimas, y se apropiaron de bienes muebles, en forma ilícita, utilizando al efecto de la violencia mediante el uso de armas de fuego y con la circunstancia de haber efectuado el hecho en despoblado".

Y con respecto a los hechos de que fue sujeto pasivo Enrique Jaramillo Arango, dice la misma providencia que los sindicados son responsables asimismo de tentativa de homicidio, "con las mismas características" (fol. 453 ibídem).

Cierto es también que el Tribunal, al decidir sobre el recurso de apelación inter-

puesto contra el mencionado auto de vocacion a juicio, se refirió concretamente a las circunstancias agravantes contempladas por los numerales 3º —indefensión— y 5º —para consumar otro delito— del art. 363 del C. P. y no se refirió a la premeditación (numeral 2º de la misma disposición).

Pero, como observa el Agente del Ministerio Público, lo anterior no es bastante para deducir, como lo hace el recurrente, que se suprimió la circunstancia de la premeditación, una vez que el auto del Tribunal "confirma en todas sus partes" el de proceder. El designio de la Corporación mencionada se halla tan claramente expresado, a despecho de los errores gramaticales, que no deja lugar a ambigüedades ni aporías, así:

"Por esto la Sala acoge íntegramente los razonamientos que dejó consignado (sic) el señor Juez Quinto Superior en esa providencia, toda vez que las pruebas en su conjunto, son suficiente (sic) de acuerdo con la ley para llemarlos a juicio en las circunstancias anotadas" (fol. 61, cuaderno 2º).
así:

Por otra parte, como apunta el Procurador, desde el punto de vista de la técnica o naturaleza del recurso de casación, debe anotarse que el cargo formulado encaja dentro de la causal segunda del art. 56 del decreto 528 de 1964 y no dentro de la primera invocada por el demandante, pues habría, según éste, una falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

En conclusión, debe también rechazarse este cargo.

Tercer Cargo.

Como tinosamente apunta el Agente del Ministerio Público, este cargo no tiene mayor fundamento, porque las circunstancias modificadoras de la responsabilidad se formularon debidamente en el auto de proceder, se incluyeron en los cuestionarios respecto de las correspondientes infracciones y de los procesados por separado, de manera que no podría prestarse a duda en cuanto a que se trataba de aspectos o situaciones diferentes, como se desprende palmariamente del texto de los cuestionarios citados por el recurrente.

"No es exacto que al jurado haya de formularse un cuestionario con preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. Al contrario, la ley ordena que se haga una sola pregunta, en la cual se incluyan los hechos con las circunstancias peculiares, en que se crea se hayan realizado, salvo las previstas en el art. 29 del C. P. (ley 4ª de 1943, art. 28). Lo que pasa es que es distinto formular una pregunta clara y precisa que no se preste a confusiones para los jueces populares, y otra hacer una pregunta con varios términos idénticos u opuestos que no permitan contestar con nitidez sobre lo que se interroga o que dejen dudas sobre el sentido de la respuesta" (Sents., 5 de noviembre de 1947, LXIII, 830; 24 de agosto de 1951, LXX, 184).

Por modo que este cargo tampoco prospera y, por ende, debe rechazarse.

Cuarto Cargo.

La concurrencia del homicidio en la modalidad de asesinato en el caso del ordinal 3º del artículo 363 del C. P., con el delito de robo, cuando se mata para robar y se logra esa finalidad, es cuestión de puro derecho, cuando no se controvierten los hechos que han servido de fundamento a las imputaciones penales, y, por consiguiente, ha debido plantearse por el actor el referido cargo a través de la causal primera de casación, como que se trataría de transgresión de la ley sustancial, y no propiamente un vicio de nulidad en la esfera de la causal cuarta.

Basta lo anterior para rechazar este cargo. Sin embargo, la Corte reitera la doctrina expuesta en casación de 4 de octubre de 1968, cuyos apartes principales considera conveniente transcribir:

"El ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal comprende tres situaciones diferentes, cada una de ellas en disposición de eficacia suficiente para que el homicidio tome la denominación de asesinato, referidas, la primera, a la idea de "preparar', la segunda, a la de 'facilitar' y, la tercera a la de 'consumar' otro delito.

"El delincuente que mata conforme a cualquiera de estas tres situaciones, revela, como es de fácil comprensión, una muy resoltada peligrosidad social, precisamente por la insensibilidad moral de que da muestras y por lo innoble del fin que se propone, razón que, sin duda, explica el que el homicidio cometido en semejantes circunstancias, sin que concurra ningún otro factor, se considera como de excepcional gravedad.

"Esa peligrosidad social en que descansa el concepto de gravedad, acogido en el ordenamiento legal que se comenta, respecto del homicidio realizado para 'preparar, facilitar o consumar otro delito', se intensifica aún más, exhibiéndose con un poder destructivo todavía mayor, si el delito en que se toma como fin de la eliminación de una vida humana también se lleva a cabo, por lo que en tal evento es necesario, siguiendo una lógica elemental y una adecuada interpretación de la doctrina de la defensa social en que, en general, se inspira el Código, apreciar ese delito primero en su aspecto de fuerza que impele a matar, y en sí misma, califica de asesinato el homicidio conseguido y luego, en otro aspecto distinto, como hecho objetivo, generado en un obrar psico-físico diverso y lesivo, a su vez, de un interés jurídico diferente, dando cabida, de esta suerte, sin violar el principio non bis in ídem, a un concurso material de delitos, enlazados entre sí a través de una relación de medio a fin, y a que se sancione, con el homicidio, en la categoría de asesinato, sobre la base del sistema, propio también del referido Código, llamado de la acumulación jurídica de penas".

El demandante, al rechazar, en su interpretación, respecto del caso sub-judice, del ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal, el concurso de delitos, proponiendo, si bien en forma implícita, la existencia de un delito complejo, en el que el homicidio y el robo tuvieran que integrar un solo cuerpo delictuoso, parece que identifica el móvil que indujo a los procesados a dar muerte a Raúl Alvarez García y Gustavo Azcuénaga Vallarino y atentar contra la vida de Enrique Jaramillo Arango con el fin que perseguían, incurriendo, de ese modo, en una confusión que, para aclarar o desvanecer, importa reproducir algunos aportes de la sentencia del 23 de octubre de 1963 —prohijada o reiterada en lo sustancial en casación de 23 de octubre de 1964—, donde la Corte, exponiendo la doctrina que ahora se ratifica de nuevo en este fallo, dijo:

"El móvil o motivo del reato es —como dice Manzini— la energía determinante de la acción u omisión que lo constituye, y bien puede ocurrir que no se alcance el fin que con élla se persigue, sin que por esto deje de ser el elemento inductor de las mismas.

"Por eso expresa el mismo autor que 'el motivo no debe ser confundido con el fin de la acción o de la omisión. La representación de un fin es, desde luego, anterior a la acción o a la omisión, con la cual se consigue el fin mismo o se produce el efecto, pero no se identifica con el motivo. Este es dado por aquella energía psíquica no solo potencial, sino real, que se dirige hacia un determinado fin que mueve al sujeto a la acción o a la omisión...'

"Por consiguiente, afirmar el propósito de lucro como motivo de la acción homicida, y negar que se hubiera consumado el delito de robo, o sea el fin que se perseguía con dicha acción, no son proposiciones contradictorias porque no se excluyen sus respectivos términos.

"En esto estriba, en primer lugar, el error del demandante: en confundir el motivo que indujo al delito medio con la realización de este motivo en el delito fin, esto es, con una figura delictual distinta que requiere para su existencia no solo el factor subjetivo que en el plano intencional la informa, sino el objetivo que la integra en el plano material.

"Además, el demandante al relacionar

con dicho motivo el elemento intencional del delito de robo, en forma que, según él, negado éste en las respuestas recaídas sobre los cuestionarios relacionados con tal reato, esa negación incidía, destruyendo la afirmación de aquel motivo en las respuestas dadas por el Jurado a los cuestionarios sobre el delito de robo, incurrió en una segunda equivocación consistente en confundir ese motivo con aquel elemento intencional.

"Sabido es, no obstante, que el motivo es diferente al dolo especial que anima los delitos de este tipo. El motivo se cataloga en las condiciones (personales) 'que aumentan exclusivamente la entidad subjetiva del delito', y entre las cuales se señala precisamente el fin de lucro como manifestación volitiva sintomática de una mayor perversidad de determinación.

"De allí. pues, que una cosa sea la intención de robar o el ánimo de matar, y otra muy diferente el motivo que haya intensificado estas formas de dolo.

"Ocurre, además, que cada reato suele ir acompañado de su propio motivo, esto es, de aquella energía anímica que mueve a su comisión galvanizando la correspondiente intención criminosa.

"No es dable, por eso, hacer incidir el dolo de un delito sobre el motivo determinante de otro, ni menos el elemento intencional de éste sobre la energía determinante de aquél."

En suma, pues, los delitos a que se contrae el fallo acusado, dos homicidios en la denominación de asesinato, homicidio imperfecto en el grado de tentativa y el robo agravado, obran en concurso material o real y, por tanto, al ser sancionado en esas condiciones, no se incurrió en error alguno.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el 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 de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

La Corte no puede señalar si el alegato oral del defensor en el Consejo de Guerra, fue adecuado o no, para calificar de insuficiente la defensa y solo cuando la ausencia de defensa ha sido total, se configura la nulidad constitucional, como en forma reiterada lo ha sostenido esta Corporación. Para que los miembros de la Policía Nacional gocen del Fuero Militar, debe aparecer que el hecho delictuoso tenga relación causal o al menos ocasional con el servicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.

— Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

(Acta Nº 15 de abril 29 de 1970).

V i s t o s :

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el agente de la Policía Nacional, GERARDO GAMBOA TORRES, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 20 de junio de 1969, por la cual le fue impuesta la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Conoció en primera instancia el Comando del Departamento de Policía Valle, con sede en Cali.

H e c h o s :

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Los agentes de la Policía Nacional, Gerardo Gamboa Torres y Aníbal Sánchez Rivera, fueron destinados transitoriamente, el 1º de agosto de 1968, a prestar un servicio de vigilancia en la hacienda denominada 'La María', situada en el corregimiento 'El Overo', en jurisdicción del municipio de Bugalagrande, Departamento del Valle.

"El día tres de agosto, los citados agentes decidieron trasladarse de la hacienda al poblado del Corregimiento, en donde aprovechando que se celebraba un festival en la caseta 'La María', a beneficio de un equipo de fútbol, participaron en él ingiriendo licor y bailando.

"A primeras horas de la madrugada del día siguiente, el agente Gamboa Torres, a empujones, sacó de la caseta al señor Diego Santana. Momentos después y sin que hubiera mediado agresión alguna contra éllos Gamboa y su compañero Aníbal Sánchez Rivera, dispararon sus carabinas de dotación oficial, causándoles la muerte a los señores Diego Santana Martínez y Arcesio Peña Mañosca. Acto seguido, abandonaron el lugar, precipitadamente.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el actor los motivos de casación de que tratan los ordinales 4º y 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues estima que la sentencia acusada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, o, en subsidio, que es violatoria de la ley sustantiva penal.

En cuanto a lo primero, manifiesta que su mandante careció de una defensa ade-

cuada, y que, además, se incurrió en incompetencia de jurisdicción. Y respecto de lo segundo, asevera que en la dosimetría de la pena se aplicó indebidamente el ordinal 7º del artículo 37 del Código Penal, y, en cambio, no se tomaron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad de que tratan los numerales 1º y 5º del artículo 38 de la misma obra, las que el actor estima pertinentes.

El Ministerio Público encuentra probado el cargo de incompetencia de jurisdicción y pide, en consecuencia, que se case el fallo acusado y se haga la declaración que ordena el ordinal 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

La Corte habrá de referirse, en seguida, a las tachas que trae la demanda y a los razonamientos del señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional.

Considera la Corte.

El examen de los cargos que hace el demandante debe iniciarse con los que propone a través de la causal cuarta, pues si prospera ésta, es innecesario el estudio de las tachas que propone con invocación del primer motivo de casación.

Causal cuarta: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Primer cargo: Defensa inadecuada.

Hace el actor una crítica a la manera como el defensor de oficio cumplió su cometido en la audiencia pública, el cual, anota el demandante, se hizo sin tiempo suficiente para que fuese adecuada. Acude el señor apoderado del recurrente a las propias palabras del defensor, en esa oportunidad, a saber: "Hubiera querido una circunstancia menos improvisada para haber podido demostrar todo lo que pienso o estudiar con detenimiento el caso. Esta mañana y como acostumbro, llegué a este querido cuartel, a ver algunos sumarios que como apoderado llevo a otros agentes. De repente me encuentro con estos agentes. Se encontraban con los ojos llorosos como cuando se implora al cielo misericordia y me pidieron que los defendiera, que no encontraban a quién pedirle ese favor y que no tenían plata para pagar los servicios profesionales de un abogado. Pero como yo me considero también policía, atendí el pedido y sin conocer el expediente, trato de hacerlo. Una defensa de esta clase necesita de tiempo para su planificación y su estudio de orden natural, sicológico y jurídico, requiere horas de estudio".

No obstante, al folio 194 del informativo aparece el testimonio dejado en el acta, de que se hizo un receso de tres horas, a fin de que el defensor estudiara el expediente.

Pero no puede la Corte señalar si el alegato oral del defensor fue adecuado o no, pues le es improcedente tal clase de censura. Lo que resulta cierto es que el acusado estuvo asistido por un defensor y que éste intervino en la audiencia oral, conforme a su deber.

No resulta, pues, demostrado el cargo, por cuanto el sindicado sí contó con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía en las instancias. Y en varias oportunidades, la Corte ha señalado que solamente resulta infringido el precepto que trae el artículo 26 de la Carta, en lo que atañe al derecho de defensa, cuando el procesado o la sociedad, en ese particular, quedan absolutamente desamparados en sus intereses.

Segundo cargo: Incompetencia de jurisdicción.

El artículo 11 del Decreto 1667 de 30 de junio de 1966, dispone que "el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de sus funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen".

Es necesario, por tanto, que el hecho tenga relación causal o al menos ocasional con

el servicio, para que la justicia castrense adquiera, en estos casos, competencia.

Y en este asunto, esa relación causal no aparece, como lo asevera el demandante y lo acepta el señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional.

La síntesis de lo sucedido, (atrás transcrita), pone de manifiesto que los agentes Gerardo Gamboa Torres y Aníbal Sánchez Rivera no estaban cumpliendo función alguna, siquiera, en el lugar donde fue cometido el homicidio de que se les acusa, y mucho menos que lo acontecido tenga relación con el servicio.

El Comandante del Distrito de Policía de Tuluá, señor Silvio Arias Gómez, cuyo testimonio transcribe el Ministerio Público, dice, en efecto:

"Los allí presentes me informaron que los autores de tal hecho habían sido los agentes antes nombrados, o mejor, la patrulla que se encontraba prestando servicio donde don Enrique Victoria, los cuales se habían venido con una muchacha desde las primeras horas de la noche a ingerir licor y a divertirse en la caseta donde sucedieron los hechos" (f. 59). Y continúa expresando este declarante: "La misión que se le dio al personal, fue muy clara y concreta y trasmitida por orden mía al Cabo Comandante de la Escuadra de Granaderos, consistente en prestarle un servicio a don Enrique Victoria, de cuidarle la recolectada de fríjol, como también pasar revista a las haciendas circunvecinas con motivo de la recolección de la cosecha, como también el control del abigeato; en ningún caso estaban facultados para salirse del Corregimiento de El Overo, ni menos a ingerir licor o divertirse... Unicamente el personal está facultado para entrar a los sitios de diversión uniformados y portando armamento, cuando van a prestar un servicio, ya sea de requisas o batidas, en ningún caso a quedarse allí, sino en un asunto del servicio, ni menos a divertirse..."

La Corte, en proveídos de 10 y de 28 de junio de 1969, así como en providencia de 7 de noviembre del mismo año, a los cuales alude el señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, dice:

"Exige como condición del fuero allí establecido, esto es, para el juzgamiento del personal de la Policía Nacional con arreglo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar, que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo. No basta, en consecuencia, que el agente del delito tenga la calidad de miembro de aquel Cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense. Es indispensable que la infracción penal haya tenido relación con el cargo oficial en alguna de las hipótesis previstas en la disposición antes transcrita. De no ser así, el conocimiento del hecho delictuoso compete a la justicia ordinaria y el procedimiento a seguir es el propio para la sanción de los delitos comunes".

Si se toma en cuenta que acto del servicio es el que corresponde a la competencia del funcionario o empleado, es más que manifiesto que los hechos averiguados resultan ajenos a las funciones que, como agente de la Policía Nacional, correspondían al procesado recurrente, como se dejó ya anotado.

En consecuencia, resulta demostrado el cargo de que al sindicado GERARDO GAMBOA TORRES se le juzgó por funcionarios que no tenían competencia y se incurrió, así, en el caso de nulidad de que trata el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964.

Dada esta conclusión, resulta innecesario examinar la supuesta discordancia que anota el actor entre el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966 y el artículo 170 de la Carta y en la cual apoya el mismo cargo de incompetencia de jurisdicción, por no haberse tenido en cuenta, dice, la excepción de inexequibilidad de que trata el artículo 215 de la Constitución Nacional.

Prospera la causal cuarta invocada por el demandante y corresponde invalidar la sentencia del Tribunal Superior Militar, en cuanto al procesado recurrente GERARDO

GAMBOA TORRES, a fin de que, para el juzgamiento de éste, se reponga lo actuado a partir del auto de 28 de agosto de 1968 (f. 176 del Cd. principal) por el Juzgado Superior (reparto) de la ciudad de Tuluá.

Anota la Corte que en este negocio fue juzgado también el agente de la Policía Nacional ANIBAL SANCHEZ RIVERA, a quien se le impuso la pena de dos (2) años de prisión, como responsable del delito de homicidio culposo. Y como este procesado no interpuso el recurso de casación, debe entenderse que acogió la sentencia condenatoria. En estas condiciones y atendido que el recurso de casación es facultativo y que la competencia de la Corte está delimitada por los cargos que señale el demandante, la invalidación de fallo acusado en este negocio no comprende la resolución tomada respecto del citado Sánchez Rivera, pues éllo implicaría una decisión oficiosa de la Corte en su caso, lo cual le está vedado.

En otros términos, la invalidación del fallo impugnado y la reposición del procedimiento de que se ha hecho referencia, solo corresponde ser ordenada en cuanto al procesado GERARDO GAMBOA TORRES, único acusado que, con la facultad legal que tenía, interpuso el recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, INVALIDA parcialmente la sentencia del Tribunal Superior Militar de que se hizo mérito, en cuanto condena al sindicado GERARDO GAMBOA TORRES y dispone que respecto de éste se reponga el procedimiento por el Juzgado Superior (reparto) de la ciudad de Tuluá, en la forma que se indica en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

Qué se entiende por estos. Lo son los "comprobantes de Caja" usados para hacer constar el pago hecho a terceros, por el concepto indicado en cada uno de ellos, y son susceptibles del delito de falsedad en las hipótesis del artículo 231 del Código Penal. Si el autor de la falsedad en un documento privado, lo usa con perjuicio a tercero en el orden económico, no concurre el delito de falsedad con el de estafa, pues aquél subsume al último, por reunir el artículo 242 en un solo delito las dos infracciones punibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo dos de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 15, abril 28 de 1970).

V i s t o s :

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia de 27 de junio de 1969, mediante la cual, revocó la de 19 de febrero de ese mismo año en la que el Juzgado Sesenta y Tres Penal Municipal de esta ciudad había absuelto a César Germán de la Cruz Picalúa procesado por el delito de estafa para, en su lugar, condenarlo por ese mismo ilícito a la pena principal de tres años de prisión, a más de las accesorias correspondientes.

H e c h o s :

El 4 de agosto de 1967 Germán de la Cruz Picalúa se presentó a las oficinas centrales de la Texas Petroleum Company de esta ciudad con el objeto de hacer efectivo un cobro formulado sobre un "Comprobante de Caja' TPC-50, del Departamento de Producción de la misma empresa y, habiendo recibido $ 5.000.00 por ese concepto, fue sorprendido por Juan Gabriel Ramírez Aráoz, empleado de la misma Compañía quien, al observar que la firma que como suya aparecía en tal comprobante era falsa, al igual que la de Valerio Bermúdez, también empleado de la Texas, le hizo devolver la cantidad recibida, informó a sus superiores sobre lo sucedido, se verificó la captura del sindicado y luego de presentada la denuncia se inició la investigación correspondiente durante la cual, según la parte civil constituída por la Compañía, apareció que de la Cruz Picalúa, sobre esa misma clase de comprobantes 'había cometido la falsificación de firmas en unos y en otros la adulteración del contenido del valor declarado y el motivo por el cual se pedía el dinero", concluyendo aquella que "Suma el total de los valores tomados fraudulentamente: $ 45.367.00".

Resumen de la actuación Procesal.

La Comisaría de la Policía Judicial Central —2º Turno— que recibió la denuncia, envió las diligencias para reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito y su conocimiento correspondió al Primero de la misma categoría (fl. 5), el cual dictó el respectivo auto cabeza de proceso (fl. 9). Se adelantó la investigación y el día 14 de los mismos mes y año, el funcionario del conocimiento dictó contra César Germán de la Cruz Picalúa, auto de detención "por los delitos de Fal-

sedad y Estafa, por los cuales se le oyó en indagatoria" (fls. 13 ss.).

El 12 de febrero de 1968 se declaró cerrada la investigación (fl. 56) y el 5 de marzo siguiente el Juzgado 1º Penal del Circuito llamó "A Responder en Juicio Criminal por la vía especial del Decreto 1358 de 1964, al sindicado César Germán de la Cruz Picalúa de las condiciones civiles y personales conocidas a través de su indagatoria, como autor responsable del delito sancionado definido y tipificado en el Título VI, Capítulo III, Libro II del C. P. según hecho sucedido el 4 de agosto de 1967 en esta ciudad de Bogotá contra la fe pública y contra los intereses de la Texas Petroleum Company hecho que se refiere a la orden de pago del fl. 5", y le sobreseyó temporalmente "en relación al cobro de las órdenes de pago de fls. 36 a 47 —(se refiere a la antigua foliatura)—, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este auto y de conformidad al numeral 2º del art. 436 del C. de P. P. ya que no está demostrada la responsabilidad del acusado en la efectivisación de las órdenes de pago falsificadas". En consecuencia, decretó la reapertura de la investigación (fls. 65 ss.).

Cabe advertir que en la parte motiva se señaló expresamente como norma violada el artículo 240 del Código Penal y se descartó el delito de estafa porque "no ocurre la modalidad del concurso de delitos, pues se trata simplemente de un solo hecho, sancionable penalmente", ya que "Todos los elementos que configuran el delito de falsedad en documento privado, son los mismos que tipifican el delito de estafa. De tal suerte, que los mismos elementos integrantes de una conducta punible, no pueden servir para evidenciar la perpetración de dos delitos distintos o mejor de dos delitos diferentes (fls. 69 y sgt.).

Apelada la providencia (fl. 76), subieron las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cuyo Fiscal 6º en su concepto de rigor, concluye solicitando de la Sala 'reforme el auto de procesamiento, para atribuirle el delito de falsedad al incriminado, de acuerdo a los arts., 231, 240, 242 y 32 del C. Penal. Es decir que se declare la vocación a juicio por el delito continuado de falsedad y del cual da cuenta el expediente" (fls. 81 y ss.). La Corporación, considerando que "si en verdad los comprobantes de las Texas, de los cuales se valió el sindicado para obtener el pago de varias sumas sin causa lícita, caben en la denominación genérica o común de documentos privdos, no tenían potencialidad sustancial para generar o probar ninguna obligación civil, por cuyo motivo deben incluirse en los escritos o papeles que se fingen y adulteran para inducir en error la voluntad de las personas, obteniendo así un provecho ilícito, que es precisamente en lo que consiste la estafa" (fl. 92), de lo cual concluyó que se había incurrido "en la causal de nulidad prevista por el numeral 5) del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, es decir en error en la denominación jurídica de la infracción al calificarse el sumario con auto de proceder; y como tal error genera a su vez la nulidad determinada por la causal 1ª) ibídem, ya que el Juzgado del Circuito en lo Penal no es competente para conocer de los delitos contra la propiedad", decretó la nulidad desde el auto de proceder, inclusive, y ordenó pasar el proceso a los jueces municipales (reparto), "para que califiquen el sumario y adelanten el juicio, si a ello hubiere lugar" (fls. 88 ss., cfr. fl. 92).

Repartido al Juzgado 63 Penal Municipal (fl. 96), luego de algún diligenciamiento se declaró cerrada la investigación (fl. 108), y por providencia de 13 de diciembre de 1968, el Juzgado del conocimiento abrió causa criminal contra César Germán de la Cruz Picalúa 'como responsable del delito de "Estafa" en perjuicio de los bienes de la Empresa Texas Petroleum Company", debiéndose tener en cuenta que en la parte motiva se precisó como artículo violado el 408 del Código Penal (fls. 115 ss.), y que la cuantía vino a quedar fijada en $ 25.000.00 (fls. 118 sgt.).

Una vez celebrada la audiencia, el 19 de febrero de 1969, profirió sentencia por me-

dio de la cual resolvió "Absolver al encausado César Germán de la Cruz Picalúa, de condiciones civiles ampliamente conocidas, de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados a través de la investigación y en el auto de llamamiento a juicio", porque estimó que no está desvirtuada la negación del sindicado de haber dispuesto de dinero alguno de la Compañía, porque no está demostrado faltante alguno en ella, ya que no se estudiaron sus libros de contabilidad y porque de lo anterior surge la duda que le impide condenar (fls. 143 y ss.).

Subieron las diligencias en consulta al Tribunal Superior. El Fiscal 6º de la entidad "decide mantener su punto de vista que se refiere a la existencia de un ilícito contra la fe pública, por el cual debe ser examinada la situación del imputado, a quien no le corresponde tildación de estafa, como quiera que los elementos de esa figura no tienen la justeza de los determinates de la falsedad", por lo cual demanda de la Sala "decrete la nulidad de lo actuado a partir de la providencia del Tribunal, que calificó los hechos como de estafa, siendo así que el único reato reclamable del señor Picalúa, sujeto pasivo de la acción, es el de Falsedad. Se ha equivocado el delito y el procedimiento a seguir. Hay invalidez por incompetencia de jurisdicción, y por errada calificación" (Cuad. del Tribunal, fls. 2 ss.).

La Corporación, como ya se indicó, por sentencia de 27 de junio de 1969, revocó la absolutoria consultada y, en su lugar, condenó a César Germán de la Cruz Picalúa a la pena principal de 3 años de prisión, a más de las accesorias correspondientes.

Contra esta providencia interpuso recurso extraordinario de casación el Fiscal Sexto de aquella entidad.

La Demanda.

En élla el actor expresa que acusa dicho fallo porque "Estimo que la providencia atacada por medio de la extraordinaria impugnación, viola la ley sustancial porque: hubo apreciación errónea en las pruebas incurriéndose en error de derecho el cual determinó la aplicación indebida de la ley. Asímismo considero hubo mala calificación fáctica incidente en el fallo cuya validez también se encuentra incidida por la nulidad".

En su presentación de los hechos dá una versión semejante a la contenida en la denuncia de Juan Gabriel Ramírez Aráos y agrega que al demostrar la existencia de éllos, vienen los testimonios de la Cajera de la Compañía, Lucía Arana v. de Vásquez y del propio Ramírez Aráos, así como también la peritación grafológica sobre los comprobantes de pago insertados y la indagatoria de De la Cruz Picalúa y su ampliación, "diciendo en la última de esas actuaciones reconocer la autoría de los hechos pero agregando haber sido víctima de coacciones por otra persona la cual lo obligó a obrar en la forma que se ha anotado, y sin suministrar su identidad".

A continuación presenta el criterio sobre valoración de los elementos de juicio tenido por el Tribunal y el suyo propio, en los siguientes términos:

"c. Estos elementos de juicio someramente anotados, fueron valorados por el Tribunal sentenciador de segunda instancia, en el sentido de configurar delito de estafa, reconociendo como los recibos de caja, detallados por la clave "TPC-50" siendo del todo apócrifos, no correspondiendo a la realidad, constituían medios de engaño factores de error previsto intencionalmente por el usador y creador de tales documentos. Bien es verdad que en la sentencia de segunda instancia es omitido un razonamiento claro, sobre el punto fijado por la Sala de Decisión, pero en providencia anterior, si se anotan y exponen los relacionados para darle entidad a la figura de la estafa ya indicada, por encima de la falsedad, que yo, consideré estructurábase en el caso. Para el Tribunal Superior de Bogotá, los documentos de folios 36 a 39 y 43, no contenían los requisitos de esa cualificación, por no corresponder a la realidad, quedando así involucrados apenas, de medios de engaño.

" .....

"d) Yo he venido considerando en representación del Ministerio Público que los documentos aportados a la investigación son documentos privados, y por ello al haberse creado mixtificadamente, y usado en su finalidad normal y aparente, estructuraban el delito de falsedad en documento privado. Al tribunal le parece, en cambio, que tales escritos, no reunen las condiciones primas del "documento privado", quedando solo en el plano de ardides y de maniobras engañosas, constitutivas apenas de estafa. Así que la controversia se limita a establecer si son o no documentos privados tales medios, por cuanto de eso, devendrá la aplicación debida o indebida de la ley".

Primer cargo: lo enuncia el actor así:

La primera causal 'es la del ordinal primero del artículo 56 del decreto 528 de 1964 de violación de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas mediante el error de derecho en que se incurrió, al quitarles el valor de documento que tenían los recibos o "recibos de caja" mediante los cuales el procesado logró demeritar ilegítimamente los intereses de una sociedad extranjera, con domicilio en esta ciudad".

Y lo fundamenta de la siguiente manera:

"a) Los escritos que se adujeron a la investigación, fueron creados por razón a la organización de la entidad perjudicada, quien entendió que al confeccionar los formatos o esqueletos en blanco, se agilizaba su gestión. Estos escritos, provenientes del "departamento de producción", eran "comprobantes de caja", es decir demostraciones de egresos, por cuentas pasadas y que debía cubrir la persona jurídica. A su contabilidad privada, le eran imperiosos esos comprobantes en cuanto acreditaban gastos hechos y desembolsos grandes o pequeños, pero al fin justificados y explicados.

" .....

"... He aquí cómo dada la finalidad de establecer una relación, con sentido económico, los escritos descubiertos falsos, sí admitían la nominación de documentos privados, en la medida en que servían de prueba para los egresos decretados y 'aprobados", que naturalmente pagó la cajera de la entidad, en la mentirosa creencia de tener a su vista lo real, lo objetivo y acomodado a situaciones jurídicas concretas y gobernadas por el derecho privado.

" .....
.....

"Los escritos que utilizó el señor De la Cruz Picalúa, creados por él, y agotados en su destinación, dada su aparente regularidad, eran documentos privados (falsos sí, pero documentos privados) en cuanto probaban una prestación económica con cargo a una empresa, cuyos empleados habían simuladamente admitido su fuerza, que estribaba en el desembolso de cantidad concreta en dinero. Por ello, no podían dejar de ostentar su cualificación especial, para quedar únicamente comprendidos dentro del "ardid" o de la "trama" o del engaño".

Luego de exponer que "Lo que todos presumimos por lo tanto es la genuinidad de los documentos privados con los cuales entramos en contacto", concluye así:

" .....

"d) Partiendo de la tesis constituída por la jerarquía dada a los escritos que creó, y usó personal y exclusivamente el procesado, para perjudicar los intereses monetarios de una persona jurídica, se tiene ya, acreditado también, que no es delito de estafa el atribuíble o investigable contra el sujeto pasivo de la acción, sino el de falsedad en documentos privados. Así, el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de su Sala de decisión, erró en la apreciación de las pruebas, con vicio de derecho, pues no le dió a los escritos aportados la nominación correspondiente ignorando lo determinado por las leyes precesales civiles y penales, así como lo establecido por la doctrina de los autores, cuando distinguen los documentos privados de los públicos. El juzgador de segunda instancia no aplicó las normas sobre valoración de documentos privados, al caso, y por ello incurrió en la violación indirecta de la ley, al llamar estafa, a unos episodios que debían haber sido

orientados bajo la tipificación del delito de falsedad. Si el Tribunal de Bogotá, hubiera entendido documentos privados los "recibos" o recibos de caja" que se incorporaron al expediente habría igualmente decidido concretar la figura falsaria que yo propuse en mi intervención de instancia. Pero la entidad de segundo grado, entendió erróneamente según mi criterio, que los documentos o escritos expresados, sólo podían catalogarse como medios de engaño y nada más.

"Debo recalcar en que la causal inicialmente propuesta por mí, a fin de lograr la impugnación de la sentencia, es la de error de derecho en la apreciación de las pruebas, que naturalmente condujo a la aplicación indebida, por cuanto la idea del Tribunal de segundo grado, fue la de restarle toda eficacia de documento a los "comprobantes de caja" o "recibos' o "recibos de caja" que totalmente confeccionó con alteración absoluta de la verdad el señor César de la Cruz Picalúa. - ...

".....

"El Tribunal de Bogotá en su fallo de segunda instancia, por el cual condenó al señor De la Cruz Picalúa en cuanto a un delito de estafa, violó la ley sustancial juzgando falsamente el hecho a la luz de la ley puesto que partió de la indiscutible presencia de los recibos sin darles la significación adecuada, en contravención a los preceptos que distinguen lo que es un documento privado. La mala estimación probatoria recayó sobre el mérito de la probanza ante la ley; ni el tribunal ni yo como recurrente hemos dudado de la existencia de los recibos. Tampoco las otras partes han rechazado su presencia en el proceso. Lo sucedido es que la valoración de esos elementos es distinta, pues mientras para mí son exactamente documentos privados falsos agotados en su uso y destinación, para el Tribunal, apenas si constituyen medios de engaño".

A continuación insiste en sus anteriores puntos de vista y concluye precisando las disposiciones violadas por este concepto, así:

"La disposición inicialmente violada, o una de las infringidas, es la del artículo 240 del C. Penal, que refiere el tema de falsedad en documentos privados y aduce como es posible tal tipicidad en medios de prueba como lo eran los "comprobantes de caja" o recibos o recibos de caja.

"También resultó violado por no haberse aplicado, el artículo 242 del C. ya indicado, que tiene armonía estrecha con el inicialmente indicado por mí. Tanto el uno como el otro de los preceptos del estatuto no se evacuaron, siendo imprescindible haberlo hecho.

"El artículo 7º del C. de P. P. igualmente fue violado por el sentenciador de segunda instancia, al no darle estimación de documentos privados (falsos y no por eso sin la cualificación de privados) a los escritos mendaces que creó y utilizó el procesado, todo esto en armonía y concordancia con los artículos 637 y 1761 del C. C., que define cuáles son los documentos privados. -...".

Segundo cargo: El autor lo presenta como subsidiario del anterior y lo enuncia así:

"Otra de las causales que invoco, para obtener la invalidez del fallo atacado por medio del recurso extraordinario de casación, es la del ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528, pues considero que la providencia recurrida, se dictó en un proceso viciado de nulidad".

Y lo fundamenta de la siguiente manera:

"Es norma elemental del rito en lo punitivo, que al calificarse cualquier proceso, se defina certeramente el delito por el cual se llama a juicio al procesado o procesados. Los elementos recopilados en el asunto seguido contra el señor De la Cruz Picalúa, debían haberse entendido configurantes de una falsedad en documento privado, por lo cual era menester darle esa valoración a los actos y formularle los cargos concretos de acuerdo con los artículos 240, 242 y 231 del C. Penal, al incriminado. El Tribunal, cuando tuvo la oportunidad de calificar el expediente, desechó la figura falsaria y la reemplazó inexactamente, por la de la estafa, que no era la adecuada, ni la legal, ni la

justa. Desde ese momento, hubo inexactitud, y violación de la ley, como que el pliego de cargos, se estableció por un delito contra la propiedad, imputable al señor De la Cruz Picalúa, cuando lo verdadero, era que su advocación en juicio debía regularse por las normas ya especificadas. En base a la denominación de estafa el juicio avanzó agotándose las dos instancias. Ese trámite posterior a la apodación jurídica del reato provocó de inmediato la inutilidad e invalidez futura del proceso y por lo mismo, en guarda de los principios constitucionales y legales, es de rigor sea admitido mi planteamiento, enderezándose la procedibilidad por los cauces verdaderos. - ...

"El juzgador de segunda instancia decidió que los actos voluntarios, típicos, antijurídicos y culpables realizados por el señor De la Cruz Picalúa, constituían estafa. Yo entiendo que presentan los ingredientes de la falsedad en documentos privados, siguiendo en este momento las advertencias que formulé dentro del capítulo primero de este libelo y las cuales solicito de la H. Corte, se tengan por reproducidas ahora, en gracia de la brevedad. Así la separación conceptual proviene de la errada interpretación de las normas (los artículos 408 y 240, 242 y 231 del C. de las penas) acaeciendo éllo, cuando el Tribunal Superior de Bogotá, decidió modificar el auto de proceder para imputarle al acusado, un delito que no era el correspondiente a su actuar reiterante y preñado de dolo. En otros términos, aconteció procesal y sustantivamente, que el auto de llamamiento a juicio plasmó mala calificación, con la nulidad consiguiente, continuando esa anómala situación invalidante, inclusive hasta el pronunciamiento de segundo grado".

Cita como "disposiciones violadas con motivo de la causal cuarta" los artículos 240 y 242 del Código Penal que establecen los delitos de falsedad en documentos privados y el uso de ellos los cuales, debiendo ser aplicados a partir del auto de calificación del sumario, no lo fueron, el 231 de la misma obra que tiene íntima relación con los anteriores "y alude las formas en que es posible perpetrarse la falsedad", porque los funcionarios de primera y segunda instancia "decidieron ubicar la conducta del señor De la Cruz Picalúa, dentro de un delito contra la propiedad, sin ser ello exacto" y los 429 y 203 del estatuto procesal penal "en cuanto se evacuaron frente a un delito que no era el cometido" puesto que se le llamó a juicio y condenó por el de estafa, "cristalizándose una perniciosa efectividad" de esas normas "con detrimento de nociones elementales del derecho punitivo. Porque una persona no puede ser vocada a juicio por un delito que no ha cometido, ni tampoco ser condenada por él. El auto calificatorio de vocación a juicio ha de serlo por la infracción precisa y que se acomoda al actuar censurable".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal insiste en que se está frente a falsedad en documentos privados y no frente al delito de estafa por lo cual "considera que la demanda se encuentra debidamente fundamentada en dicho aspecto, como también en lo relacionado con la causal 4ª contemplada por el art. 56 del Decreto 528 de 1964, pues se produjo nulidad por errada calificación de la infracción". Por lo cual finaliza absteniéndose "de ampliar la demanda del señor Fiscal por considerarla suficientemente fundada, salvo en cuanto a la causal 4ª alegada que debe entenderse como consecuencial de la primera" y no simplemente como subsidiaria.

Consideraciones de la Corte:

Debe la Corporación advertir que por cuestión de método y de orden lógico habrá de tratar conjuntamente las causales propuestas por el actor, puesto que la cuarta se invoca por el Ministerio Público como consecuencial de la primera.

Prospera la acusación contra el fallo, por cuanto en el auto de proceder, dictado posteriormente a la nulidad decretada por el Tribunal, con mención impertinente del artículo 408 del Código Penal, que define y sanciona el delito de estafa, se llamó a juicio al procesado por el ilícito del cual se ocupa el Capítulo IV del Título XVI del Libro Segundo del estatuto últimamente ci-

tado, siendo así que los hechos, jurídicamente, deben calificarse como falsedad en documento privado, del cual trata el Capítulo III del Título VI de la misma obra.

Dicho yerro llevó al juzgador ad quem a proferir la sentencia en un juicio viciado de nulidad, no solamente de acuerdo con lo que señala el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, como lo expone el demandante, sino también, agrega la Corte, en atención a lo preceptuado por el 1º de este mismo artículo ya que el Juez Penal Municipal que en primera instancia calificó el mérito del sumario y dictó sentencia, carecía de competencia para ello, puesto que ésta, tratándose de falsedad, está radicada en los jueces superiores.

En efecto:

1º Las piezas que constituyen los folios 5 del cuaderno principal y 13 a 24, inclusive, del de la actuación de la parte civil, son documentos privados:

Todos están escritos sobre el formato TPC 50 usado por el Departamento de Producción de la "Texas Petroleum Company" como "Comprobante de Caja" para hacer constar el pago hecho por dicha Compañía a terceros por el concepto indicado en cada uno de éllos. Comprobantes de Caja que deben tener la firma de quien recibe, la de quien lo autoriza y las de quienes lo aprobaban, a más de los datos necesarios, entre otros, para identificación de la cuenta afectada y del Departamento respectivo. Por ejemplo, el del folio 5 dice "Texas Petroleum Company ... Departamento de Producción ... Comprobante de Caja ... Bogotá, agosto 4 de 1967 de 19 por $ 5 000 00 .... Recibí de la Texas Petroleum Company la cantidad de Cinco mil pesos moneda legal concepto compra de 50 formularios "Depósitos" forma 168 los cuales se anexan a las diligencias de importaciones y a las modificaciones que se presentan en la Superintendencia Bancaria ... Recibido César de la Cruz (Fdo.) César de la Cruz P. ... Cárguese a: Estimativo 482 ... Departamento: Materiales ... Cuenta: Oleoducto Trasandino Firma: (ilegible) ... Aprobado: (ilegible) ... Aprobado: (ilegible)".

Documentos privados son los escritos sobre cuerpo idóneo, que contienen una narración o declaración de voluntad capaces de producir efectos jurídicos, de autor conocido o identificable, no otorgados por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones. Lo esencial es, por lo tanto, que la pieza de la cual se trate tenga relevancia jurídica, de modo que pueda constituir o llegar a constituir prueba de la narración o declaración a que se refiere.

Al examinar los escritos de folios 5 del cuaderno principal y 13 a 24, inclusive, del de la parte civil, se encuentra que cada uno de estos "Comprobantes de Caja" es una orden de pago que debía hacer la Texas Petroleum Company, por el concepto allí expresado. De manera que al llenarse ese "Comprobante de Caja", esa orden de pago, se producía un escrito contentivo de una obligación de pagar a cargo de la mencionada Compañía, es decir, ese escrito era capaz de producir un efecto jurídico. Y la mejor prueba de esta afirmación consiste en que, efectivamente, lo produjo cada vez que César de la Cruz Picalúa lo presentaba para su cobro en la oficina correspondiente. Ese "Comprobante de Caja", una vez llenado, producía como natural efecto el que a su presentación fuera pagada la suma en él indicada. Ese era su efecto jurídico, con la consecuente extinción de la obligación correspondiente por solución o pago efectivo (C. C. art. 1625, ord. 1º). De ahí que para el cobro de una orden TPC-50, como lo dice el mismo indagado, "basta con que lleve las firmas que se exigen, y tiene que firmar la orden" (fl. 8); "dentro de una de las funciones que me correspondía en la Texas Petroleum Company y en la cual estaba autorizado por las personas competentes mi persona elaboraba los vales de caja menor TPC-50 los cuales se hacían efectivos mediante su presentación en caja; Ya sea para la compra de formularios para licencias de importaciones, los cuales eran pagados en la Superintendencia de Comercio Exterior, otros se hacían efectivos para la compra de formularios "Depósitos" por valor de cien pesos cada uno

y que eran pagados en efectivo al Banco de la República para la compra de los mencionados formularios, otros eran cobrados en Caja por gastos de Taxi realizados para las diferentes clases de diligencias por estos hechos antes mencionados hago constar de que no hay una inducción ilícita por parte mía para cobrar dichos vales sino que cabe a conciencia de que se ciñe a una de las funciones que me correspondía en mi trabajo" (fl. 134).

Con relación a formularios de esta clase, habitualmente usados por las compañías en su régimen interno, en ocasión anterior había dicho esta Corporación, luego de presentar las adulteraciones que se habían cometido sobre uno de ellos: "Y es así como se concluye que tal aseveración —(la adulterada en el formulario)— escrita, precisa y definitiva —no provisional—, creaba, dentro del rodaje interno de la compañía, un efecto jurídico; el pago de lo allí expresado. Esa era su capacidad, allí se probaba lo que debía probar: la cuantía de lo devengado por determinada persona. Y esa prueba autorizaba a la tabulación a pagar esa suma y no otra como remuneración semanal del trabajador allí indicado, y no de otro" (Casación de 30 de noviembre de 1967).

Una vez establecido que los escritos en referencia constituyen documentos privados, es preciso señalar de manera genérica en qué consiste la falsedad en ellos contenida.

El estudio grafológico que obra a los folios 38 y siguientes, verificado por la Sección de Grafología de la División de Técnica Criminalística del Departamento Administrativo de Seguridad, establece que en algunos de los documentos examinados la falsedad operó va con relación a las firmas de Juan Gabriel Ramírez Aráoz, quien debía autorizarlos, ya con relación a la cantidad de dinero, pues se agregaron cifras y también lo correspondiente a éllas en letras, para aumentar aquélla, ya también con relación al concepto u objeto de la inversión, en cuanto a la suma de artículos que debían comprarse, también para aumentarlos, a fin de que todo guardara la correspondiente proporción. De manera que esta peritación grafológica viene a confirmar las afirmaciones que sobre falsedad en esos aspectos contienen las exposiciones de Juan Gabriel Ramírez Aráoz (fls. 1 y 24 sgts.) y de Lucía Arana v. de Vásquez, Cajera de la Texas Petroleum Company (fls. 32 sgt.). Por lo demás, el propio César Germán de la Cruz Picalúa, luego de negar en la indagatoria su participación en el ilícito, en las diligencias de careo a que fuera sometido frente a la Arana viuda de Vásquez y al denunciante Ramírez Aráoz, acepta haber hecho tales cobros, pero coaccionado por personas a quienes ni siquiera mencionó, a cambio de propinas que dizque por ello le daban (Cfr. fs. 30 y 32 vto.).

Al confrontar estos hechos con las disposiciones del Código Penal, se encuentra que están contemplados en el artículo 231 de aquel estatuto, disposición mencionada por el recurrente como violada por falta de aplicación al caso. Como tales falsedades aparecen cometidas en documentos privados que fueron elaborados con ánimo de lucro y de perjudicar a terceros, lo cual, se dice, fue logrado por el agente al usarlos, síguese que ese proceder ilícito está tipificado como delito por el art. 242 del C. Penal, en armonía con el 240 de la misma obra.

En la sentencia de segunda instancia apenas se afirma que se está frente a un delito de estafa, sin entrar en un estudio a fondo sobre el particular y, se formula aquella desnuda enunciación por el ad quem porque, en su criterio "es jurídicamente imposible que (sic) estructure el delito de falsedad en papeles que no tienen ninguna potencialidad de probar nada de por sí, por cuyo motivo autores antiguos y modernos los clasifican como maniobras para cometer otros delitos, generalmente contra la propiedad, como en el caso de "estudio" (Cuaderno de segunda instancia, folio 8).

Es decir, que el Tribunal le negó erróneamente a los referidos escritos su naturaleza de documentos privados, incurriendo, por lo que se ha dicho, en un error de derecho en la apreciación de la prueba, como lo ha planteado el Ministerio Público en

la impugnación del fallo; error de derecho que se originó en no haberle dado a los comprobantes de caja el valor de documentos privados que les asignan los artículos 1757 y 1761 del Código Civil, en virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal, circunstancia que condujo a la violación de la ley penal sustancial en sus artículos 240 y 242, puesto que debiendo ser aplicados, no lo fueron.

Ya se ha expuesto cómo los escritos de los folios 5 del cuaderno principal y 13 a 24, inclusive, del de la parte civil, constituyen documentos privados y cómo en algunos de éllos se operó la falsedad. - Corresponde dilucidar ahora el problema de si se trata de un concurso real o material de delitos: falsedad en documento privado y estafa o, de uno sólo: el de la falsedad.

Al definir la falsedad en documentos privados, el artículo 240 del Código precisa, como exigencia típica, el perjuicio a terceros, o al menos, que se tenga la intención de causarlo. El propósito de perjudicar se evidencia con el uso del escrito, pero, igualmente, puede comprobarse con la confesión del acusado respecto de su animus al elaborar el documento falso, o por otros medios.

En relación con la pena, este género de falsedad confronta dos situaciones:

a) La de quien no es autor de élla pero, a sabiendas hace uso del escrito en perjuicio de tercero (artículo 241). En este evento la pena es de dos a ocho años de prisión;

b) La de quien es autor y usuario (artículo 242), hipótesis en la cual la sanción se aplica conforme dispone el artículo 233, aumentándola de una tercera parte a la mitad.

En los casos de falsedad descritos en los artículos 231, 232 y 233, del Código Penal, no se precisa como elemento del cuerpo del delito el perjuicio de tercero o la intención de causarlo. Claro está que, como en todo delito previsto en la ley penal, es menester que un interés jurídico resulte perjudicado o, al menos, puesto en peligro. Y, en los casos de que tratan los artículos citados, basta que se dañe ese interés jurídico de la legitimidad de la prueba, o de la autenticidad de la misma, como indican algunos autores, o de la llamada fe pública, como señalan otros.

Si con cualquiera de estos documentos públicos u oficiales o instrumentos negociables, por su uso, el falsario causa perjuicio a tercero, es obvio que incurre, si el daño es de orden patrimonial económico, en los delitos de falsedad y estafa.

No sucede lo mismo con la falsedad en documento privado, pues si quien lo usa, siendo al mismo tiempo el autor de la falsedad, causa perjuicio a tercero en el orden económico (con el consiguiente beneficio ilícito para sí o para un tercero, como es obvio), ya no incurre en las infracciones de falsedad y estafa, porque ese perjuicio a tercero y el correlativo beneficio económico ilegítimo, que son elementos tipificadores del delito de estafa, están subsumidos en la definición de la falsedad y, se contrariaría el principio del non bis in idem si se admitiera la concurrencia. Además, porque en el artículo 242 se reunen como un solo delito las dos infraciones punibles, la falsedad y la estafa, cuando se dice allí que "Si el que usare de los documentos a que se refiere al artículo anterior, fuere el mismo que los ha falsificado, la sanción será la establecida en el artículo 233, aumentada de una tercera parte a la mitad", precepto éste que impide, en consecuencia, señalar una concurrencia de delitos que esa misma norma suprime.

La falsedad documentaria en el caso del artículo 242, que necesariamente se relaciona con el 240, es un delito complejo, pues en dicha infracción la ley considera como elementos constitutivos del delito y como circunstancia calificante de agravación hechos que, reunidos y considerados aisladamente, podrían tipificar la estafa. Tal acontece con el "perjuicio de tercero", que tiene la equivalencia correlativa del provecho propio, y con el uso del documento falsificado, que conlleva la inducción en error por el artificio. Hallándose incorporados a

la falsedad, en la forma que se ha anotado, esta infracción contra la propiedad, que es de menor entidad, no coexiste con aquella, pues se subsume en el delito más grave (la falsedad), observando los principios jurídicos de primacía de los normas especiales (para el caso los artículos 240 y 242), y de la ya enunciada no doble imputación al agente de un mismo hecho (non bis in idem).

De otra parte, en varias oportunidades la Corte ha llegado a la misma conclusión de que no se puede dar el concurso de falsedad en documento privado y estafa cuando el autor de la falsedad en esa clase de documento es la misma persona que al hacer uso de él, causa perjuicio económico a tercero.

Aplicando lo anterior al caso sometido a examen, se tiene: según la denuncia, el sindicado hizo uso de documentos privados falsificados por él, obteniendo un ilícito provecho y perjudicando a un tercero: la Texas Petroleum Company. De manera que los documentos privados falsos y su presentación con el fin ilícito previamente determinado, no constituían artificios o engaños para obtener el provecho económico con perjuicio de otro, sino que venían a formar parte integrante del delito de falsedad en éllos. en cuanto que para llegar a configurarse éste, era necesario que fueran puestos en uso. Entonces, si el sindicado procedió en la forma denunciada, incurrió en el delito previsto en el artículo 242 del Código Penal, puesto que esta norma contempla la doble condición de autor de la falsedad en escritos privados y usuario de los mismos. Luego no puede afirmarse en el terreno legal que los hechos aquí investigados sean constitutivos del delito de estafa, como erróneamente fueron calificados en el auto de vocación a juicio y como fueron considerados al dictar la sentencia condenatoria recurrida en casación. Sino que se está frente a un delito de falsedad en documento privado. tal como lo contempla el artículo 242 en función de los 241, 240 y 231 ibídem.

En consecuencia, como lo alega el recurrente, hubo "violación de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas mediante el error de derecho en que se incurrió, al quitarle el valor de documento que tenían los recibos o "recibos de caja" mediante los cuales el procesado logró demeritar ilegítimamente los intereses de una sociedad extranjera, con domicilio en esta ciudad", apreciación errónea de las pruebas que, a más de ser materia de la causal primera de casación, vino a originar la de nulidad señalada en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, consistente en "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", toda vez que habiendo debido ser llamado a juicio el sindicado por el delito de falsedad en documento privado, en modalidad de continuado (C. P. art. 32), de manera improcedente se le llamó por el de estafa y, también en la nulidad contemplada en el ordinal 1º de esa misma disposición: "incompetencia de jurisdicción", por cuanto que es el Juez Superior y no el Municipal, quien tiene la competencia para conocer de los delitos de falsedad documental. En estas condiciones, encontrándose demostrada la causal 4ª de casación del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, consecuencial en este caso de la primera, la Corte casará la sentencia recurrida y, dando aplicación al ordinal 4º del artículo 58 del Decreto citado, declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder. inclusive, de fecha 13 de diciembre de 1968 y dispondrá devolver los autos al Tribunal de origen, a fin de que sea enviado al funcionario competente (reparto) para que se reponga lo actuado conforme a la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Casar la sentencia de fecha 27 de junio de 1969 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva.

Segundo: Ordenar que se reponga el pro-

cedimiento por el Juez Superior a quien corresponda en reparto, a partir del auto de fecha 31 de octubre de 1968, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la presente investigación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Se reitera la jurisprudencia de la Corporación, en el sentido de que la infracción directa de la ley sustancial, es susceptible de demostración mediante un raciocinio directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, mientras que en la violación indirecta de la ley sustancial, que se origina por error de hecho o de derecho en la falta de apreciación de una prueba o en la errónea apreciación de determinada prueba o pruebas, que exige un examen en conjunto de las pruebas allegadas al proceso. Reincidencia. Requisitos para que se configure.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 16 de mayo 8 de 1970).

V i s t o s :

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 16 de julio de 1969, por la cual se condena a Jorge Hernando Varón Montes a la pena principal de tres años y siete meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes como responsable del delito de hurto militar.

H e c h o s :

Se sintetizan así en la sentencia de primera instancia:

"Del armerillo que se encontraba en el alojamiento de la Compañía de Policía Militar de la Sexta Brigada, se perdió en la tarde del 27 de junio de 1967, la subametralladora madsen Nº 154848, perteneciente a los efectivos de tal compañía y en dotación al entonces Cabo Primero Portian González Neira. Dado por el nombrado el informe de rigor se dispuso adelantar un informativo administrativo, y solamente en el mes de noviembre del mismo año, se dispuso adelantar la correspondiente acción penal, nombrando como funcionario de instrucción al entonces Auditor Principal de Guerra de la Sexta Brigada. En el curso de esa investigación penal, se obtuvo primero la declaración del soldado Salcedo Filigrana y después la confesión de Agapito González Franco, el cual, manifestó que se había hurtado el arma en cuestión en común acuerdo con el cabo Barón Montes y que éste había obrado de acuerdo con el VP. Jorge Ordóñez Ortiz y que como retribución por su labor, había recibido de Barón la suma de trescientos pesos, de los cuales entregó más de setenta al soldado Salcedo Filigrana para comprar su silencio".

Actuación Procesal.

El Comando de la Sexta Brigada —Juez de primera instancia—, con sede en Ibagué, ordenó abrir la correspondiente investigación, la que, perfeccionada, fue devuelta al funcionario comitente, quien, previos los trámites de rigor, convocó, mediante resolución Nº 123 de 6 de diciembre de 1968, a Consejo de Guerra Verbal, que juzgó a los Suboficiales Jorge Ordóñez Ortiz y Jorge Hernando Varón Montes y al soldado Jesús Agapito González Franco, como coautores del delito de hurto militar. Tal Consejo profirió veredicto absolutorio para el primero de los nombrados y condenatorio para

los dos restantes, veredictos que, siendo acogidos por el Juez de primera instancia, fueron el fundamento de la sentencia de 23 de diciembre de 1969, por la cual se absolvió a Ordóñez Ortiz y se condenó a Varón Montes y a González Franco a la pena de seis y tres años de prisión, respectivamente.

Interpuesto el recurso de apelación contra dicha sentencia, fue reformada por el Tribunal Superior Militar "en el sentido de condenar al Soldado Jésús Agapito González Franco a la pena principal de dos años y seis meses de prisión..., en vez de los tres años impuestos en primera instancia", y en el sentido de "condenar al Cabo 2º Jorge Hernando Varón Montes... a la pena principal de tres años y siete meses de prisión, en lugar de los seis años señalados por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal".

Demanda de Casación.

En la demanda se invoca la causal primera del artículo 56 del decreto 528 de 1964 y en torno de ella se le formulan dos cargos a la sentencia impugnada, cargos que en su orden son los siguientes:

Primer cargo.

"El art. 444 del Código de Justicia Penal Militar se violó por apreciación errónea de una prueba. lo que hizo incurrir en error de derecho al Juzgador". Porque en el proceso no existen los presupuestos exigidos por la disposición citada para dictar sentencia condenatoria, pues no está comprobado plenamente el cuerpo del delito ni la responsabilidad penal del procesado Varón Montes.

Segundo cargo.

Consiste en que hubo aplicación indebida del artículo 34 del Código de Justicia Penal Militar, ya que a la luz de esta disposición el procesado Varón Montes no era reincidente, una vez que cuando se cometió el delito que dio origen a este proceso, aún no se hallaba ejecutoriada la sentencia condenatoria anterior que tuvo en cuenta el Tribunal Superior Militar para aumentarle la pena. Según el demandante, el Tribunal "incurrió en error ostensible de hecho que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 34 de la obra citada violándose en esa forma".

Concepto del Ministerio Público.

En lo que respecta al primer cargo que se le formula en la demanda a la sentencia recurrida, el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares conceptúa que debe rechazarse, "pues la confesión obtenida dentro de la presente investigación, por parte del soldado González, debe tenerse como indivisible ya que existe una perfecta concatenación entre ésta y la consumación del hecho investigado sin que exista duda al respecto. Fuera de lo anterior, y ateniéndonos al veredicto emitido por los señores Vocales que intervinieron en el juicio y en cocordancia con la tesis que expone el Tribunal sentenciador en la providencia que se impugna, es intocable y nada hay que lo pueda perturbar, no existe, pues, elemento probatorio alguno dentro del expediente que lo pueda tachar de contraevidente. Se trata de un veredicto cierto de acuerdo con el caudal de pruebas y a él se llegó con base en las mismas y especialmente con base en la confesión a que se ha hecho referencia y que no fue desvirtuada en todo ni en parte".

En lo que toca al segundo cargo, conceptúa el Procurador que "teniendo en cuenta que se hace patente la aplicación indebida ... del artículo 34 del Código de Justicia Penal Militar,...se Debe Casar la sentencia recurrida".

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo.

En casación de 22 de agosto de 1969, la Corte expuso:

"El artículo 56 del Decreto 528 de 1964 contempla como motivo de casación, en su ordinal 1º, la violación de la ley sustancial, bajo dos formas bien definidas y con supuestos propios y característicos: la violación directa y la violación indirecta.

"La primera de dichas formas, la violación directa de la ley, se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto al 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 segunda forma, la violación indirecta de la ley, se tiene cuando el quebranto de la ley se origina en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de determinada o determinadas pruebas, de tal manera que por error de hecho (suponer una prueba inexistente en el proceso, dejar de estimar prueba o pruebas legalmente producidas) o por error de derecho (apreciar una prueba de irregular asunción en el proceso, tener como indicio un hecho no probado debidamente, dar valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, dividir una confesión judicial que no ha sido desvirtuada, etc.) se llega a una indebida aplicación o formulación del derecho.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal antes citado. Este específico motivo de casación se presenta y es susceptible de demostración a través de un razonamiento directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, sobre el contenido intelectual del fallo, es decir, sobre tanto plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 56, del Decreto 528 de 1964)".

En el caso **sub judice**, el demandante, al formular el primer cargo contra la sentencia impugnada, expresa que acusa al fallo por violación del artículo 444 del Código de Justicia Penal Militar generada por un error de derecho. Mas es obvio que no acepta los hechos expuestos en la sentencia y se adentra en un análisis parcial de la prueba aportada al proceso, para extraer la conclusión de que el tribunal sentenciador condenó a su patrocinado sin la existencia o sin el cumplimiento de los presupuestos a que se refiere el citado artículo 444. De esta manera pretende la invalidación del fallo recurrido, "a efecto de que la Corte dicte el fallo que en Derecho corresponde".

Palmar es que el demandante pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando así el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por lo cual la impugnación es improcedente, puesto que en juicios como el presente, en los que ha intervenido el Consejo de Guerra Verbal, no es pertinente ese específico motivo de casación, pues en ellos, se repite, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho incriminado y de la responsabilidad del acusado.

Por las razones anotadas, debe desecharse y se desecha el aludido cargo.

Segundo cargo.

En la sentencia impugnada, que es la proferida por el Tribunal Superior Militar en 16 de julio de 1969, se dice:

"Con relación a **Varón Montes** habrá lugar a aumentarle la pena anterior en diez meses por motivo de la reincidencia (artículo 34)...".

A folios 168 y 169 obra la copia de la sentencia de primera instancia por la cual, en otro proceso, se le impuso a Jorge Hernando Varón Montes la pena principal de tres años de prisión y las accesorias correspondientes. Esta sentencia es de 25 de octubre de 1966.

Y a folio 169 obra la copia de la sentencia de segunda instancia que confirmó en todas sus partes la anterior. Esta sentencia es de 8 de noviembre de 1967.

El delito por el cual se condena a Jorge Hernando Varón Montes en la sentencia recurrida se cometió el 27 de junio de 1967, vale decir, cuando ni siquiera se había proferido sentencia condenatoria de segunda instancia contra Varón Montes por el delito de anterior consumación y que tuvo en cuenta el Tribunal Militar para juzgar probada la reincidencia, a la luz del art. 34 del C. de J. P. M., y, consecuencialmente, aumentarle la pena en diez meses.

Ahora bien, "para sancionar a un procesado como reincidente, se deben cumplir dos requisitos; a) que antes de la consumación de la segunda infracción, el procesado haya sido condenado por otro delito en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; b) que el segundo ilícito se cometa dentro de los diez años siguientes a la última condenación. Si estas circunstancias de hecho no se establecen, el procesado no puede ser tenido como reincidente, para imponerle las sanciones previstas en el primer inciso del citado artículo 34 del C. P." (Casación de 27 de octubre de 1969)

De lo cual obviamente se infiere que el Tribunal Superior Militar, al juzgar a Varón Montes como reincidente y, consecuencialmente, aumentarle la pena en diez meses, incurrió en un error de hecho, que dio lugar a la aplicación indebida del art. 34 del C. de J. P. M.

Como consecuencia de ello, este cargo prospera, y, por tanto, la Corte, invalidando parcialmente el fallo acusado, procederá a rebajar la pena en la proporción en que fue aumentada por el Tribunal por motivo de la reincidencia.

Por todo 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, Invalida parcialmente el fallo recurrido, a efecto de reducir la pena privativa de la libertad impuesta a Jorge Hernando Varón Montes, como responsable de delito de hurto militar, a dos años y nueve meses de prisión. Las penas accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige la sentencia acusada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre las cuatro garantías que consagra el artículo 26 de la Carta, sobre las maneras como se ejerce el derecho de defensa, que en razón de la Ley 74 de 1968, dejó de ser una creación doctrinaria con base en la norma constitucional citada. La nulidad por falta de defensa, solo se produce cuando ésta ha sido total, como en forma constante lo ha sostenido la Corte. La causal 1ª de casación —ordinal 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964—, comprende la infracción directa e indirecta de la ley sustancial; en la primera se aceptan los presupuestos fácticos de la sentencia y en la segunda se rechazan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 16 - mayo 8 de 1970).

V i s t o s :

Cumplida la tramitación de rigor, entra la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de 24 de septiembre de 1969, por la cual le fue impuesta a Leonidas de la Cruz Gómez Zuluaga la pena principal de ocho años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Gerardo Cano Soto.

Con el objeto de dar cumplimiento a las formalidades legales que exige esta clase de recursos, oportunamente fue presentada la correspondiente demanda de casación, de la cual habrá de tratar esta Sala.

Hechos y actuación Procesal.

Gerardo Cano Soto, sujeto pasivo de la infracción de homicidio, horas antes de morir, narró los hechos en declaración jurada, de la siguiente manera, versión que se encuentra corroborada por el testimonio de diversas personas:

"El domingo trece de los corrientes, siendo las cinco de la tarde más o menos, encontrándome en el negocio denominado 'Nuevo Mundo' se encontraba entre otros el Sr. Aníbal que no me recuerdo del apellido, pero lo apodan El Chulo disgustando con un amigo mío que llama Luis Emilio Valencia entonces yo viendo que estaban disgustando y que se encontraban bastante acalorados, le dije a Aníbal (A. El Chulo) que dejaran de bobadas que no disgustaran y entonces El Chulo, me tiró con un guasco y yo me defendí de él tirándole un mangazo con la mano y por este motivo disgustamos, después de sucedido esto, me fui con dirección a la zona de Tolerancia en compañía de Ricardo Granada y un hermano mío que llama Julio César, ello se vinieron desde las cinco de la tarde, yo me quedé solo en la zona de tolerancia en cantina de Ramón Londoño y siendo más o menos las siete de la noche me vine con dirección al pueblo, cuando llegaba frente a la casa de Neftalí Loaiza, junto al sitio denominado Nuevo Mundo, iba en dirección contraria a la mía un tipo y al reconocerlo ví que era Aníbal el que apodan El Chulo y cuando pasaba junto a él se di-

rigió hacia el hermano mío que andaba conmigo y que llaman todo el mundo El Burro, Aníbal le dijo a mi hermano estas palabras: Burro...y en esos instantes me tiró una punalada por detrás y me la localizó en la espalda, yo salí corriendo hasta el frente del café de Ramón Cano, llamado 'Café Imperial', en ese lugar se encontraba un hermano mío de nombre Francisco y él me trajo aquí al Hospital..." (fls. 2 a 2 vto.).

Inició la investigación la Inspección Departamental de Policía de Pereira y continuóla el Juzgado 33'7 de Instrucción Criminal. Le correspondió el negocio por competencia al Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Pereira. Clausurada la investigación, fue dictado contra el sindicado Leonidas de la Cruz Gómez Zuluaga o Aníbal Gómez, por el delito de homicidio en la modalidad de concausal, auto de vocación a juicio, el cual fue reformado por el Tribunal Superior de Pereira en el sentido de abrir causa criminal contra el procesado por homicidio simplemente voluntario. En la audiencia pública fue sometido a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario:

"El procesado Leonidas de la Cruz Gómez Zuluaga o Aníbal Gómez (a. "El Chulo), de naturaleza y demás condiciones civiles conocidas, es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, al señor Gerardo Cano Soto, utilizando para el efecto arma corto-punzante (cuchillo), lo que realizó en la población de la Celia (R.), comprensión de este Distrito Judicial, en las primeras horas de la noche del 13 de mayo de 1962?".

El Jurado respondió por unanimidad: "Sí es responsable".

Con base en este veredicto fue dictada sentencia condenatoria por el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Pereira, la que fue confirmada por el Tribunal del mismo Distrito.

Demanda de Casación.

En la demanda de casación, el apoderado del recurrente invoca, dentro del orden en que se enuncian, las causales previstas en los ordinales cuarto y primero del artículo 56 del decreto 528 de 1964.

Primera Causal Invocada.

Con apoyo en la causal 4ª del art. 56 del citado decreto, se formula al fallo acusado el siguiente cargo:

"...al procesado recurrente se le privó de toda defensa en la etapa sumaria, y en el juicio, por inercia y despreocupación del señor defensor de oficio", porque, interpuesto el recurso de apelación contra el auto de proceder, el recurrente no lo sustentó, lo que se tradujo en graves perjuicios para el sindicado, pues el Tribunal no encontró base para confirmar los planteamientos jurídicos del a quo, suprimiéndole la calificación de concausal al homicidio para dejarlo como simplemente voluntario.

"Abierto el negocio a prueba —expresa el demandante—, el señor defensor no se preocupó por allegar elementos probatorios adecuados para disminuir la fuerza de la imputación penal que pesaba sobre la cabeza del procesado. Es lógico que intervino en la audiencia pública donde planteó la justificación del hecho. Allí terminó el señor defensor su intervención, ya que producida la sentencia de primera instancia, la apelación fue interpuesta por el propio procesado. Durante la tramitación de la apelación ante el H. Tribunal Superior... no se allegó por parte del defensor ningún escrito sustentatorio del recurso'.

De este modo estima el apoderado del recurrente "que los intereses jurídicos del imputado no estuvieron suficientemente garantizados, razón por la cual la defensa que tanto la ley de enjuiciamiento criminal como la Constitución exigen, en este caso, no tuvo cumplimiento. La norma violada no es otra que el artículo 26 de la Constitución Nacional que ordena observar en el juicio penal 'la plenitud de formas propias de cada juicio' ".

Segunda Causal Invocada.

Con apoyo en la causal primera del artículo 56 del citado decreto, el apoderado del recurrente hace al fallo impugnado el siguiente cargo:

"El H. Tribunal sentenciador aplicó en forma indebida el artículo 362 del Código Penal, por cuanto que la norma sustancial aplicable era el art. 366 de la misma obra donde el legislador previó el homicidio concausal".

"De conformidad con el dictamen médico visible a folio 67 del expediente —dice el demandante— tenemos que el delito imputado y suficientemente comprobado es el de homicidio concausal, hecho que se produjo como consecuencia de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de un tercero. Esa actividad de un tercero está procesalmente comprobada dentro del informativo, en razón de que la muerte del señor Gerardo Cano Soto le sobrevino a consecuencia de la falta de atención médica, ya que si tal atención se le hubiera prestado oportunamente no se habría desangrado, circunstancia que le aparejó la muerte treinta y una horas después de haber sido internado para su tratamiento en el hospital de la Celia"....

"La norma establecida en el artículo 366 del C. P. resulta ser más favorable que el artículo 362 del mismo Código, que, fue la norma indebidamente aplicada por el H. Tribunal sentenciador.

"El principio de la favorabilidad, norma rectora en la aplicación de nuestras normas sustanciales penales, está regido por nuestra ley de leyes en su artículo 26, y en los artículos 3º del C. de las Penas, y 5ª del C. de P. P.

"La sentencia acusada de injuricidad demuestra —concluye el demandante— la primera violación de la ley sustancial contemplada en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, o sea la violación directa de la ley sustancial. Y esta violación de la ley sustancial consiste en que se dejó de aplicar el artículo 366 del C. P., a pesar de estar plenamente demostrado en el expediente que el delito imputado al procesado no es otro que el homicidio concausal debidamente probado con el dictamen médico —legal visibles a folios 67, vuelto (infracción directa de la ley sustancial), y se dió aplicación al artículo 362 del C. P. que contempla el delito de homicidio voluntario, norma que no es la que corresponde al grado de homicidio demostrado en el proceso (aplicación indebida de la ley sustancial)".

Concepto del Ministerio Público.

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:

Examen de la causal cuarta del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 invocada por el demandante. (Primer cargo).

La Corte, en casación de 27 de febrero del corriente año, analizando el contenido del artículo 26 de la Carta Fundamental y el llamado derecho de defensa, expuso:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Pero el hecho de que se les incorpore en una misma norma, no significa su fusión en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada.

"Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de las omisiones de la Rama Judicial. Plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso sub-judice.

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomar 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 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 ser, 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 reitegrar 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".

Y en casación de 6 de marzo del corriente año, la Corte se pronunció sobre el mismo particular así:

"...El derecho de defensa se ha vinculada con ese nombre y esa categoría al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 74 de 1968, promulgada el 31 de diciembre del mismo año ley aprobatoria de los pactos internacionales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Uno de esos tratados, que, como lo tiene recto el sistema colombiano, tiene fuerza constitucional, se refiere a la protección de los derechos civiles y políticos que tienen por base el conocimiento de la dignidad del hombre y de sus restantes atributos de libertad e igualdad. El artículo 14 del acto consagra expresamente el derecho de que toda persona sea oída públicamente y con las debidas garantías por funcionarios capaces, autónomos e imparciales, autorizados por la ley; de que todo acusado tiene derecho a que se presuma inicialmente su

inocencia; a las garantías mínimas procesales de ser informado sin demora, en un idioma comprensible por él y en detalle, de la naturaleza y causas de la acusación que se le formula; a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y a comunicarse con su apoderado; a ser juzgado sin dilaciones indebidas; 'a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo'.

"También puede, en virtud de las prerrogativas que se le reconocen para explicar su conducta, interrogar testigos, obtener la comparecencia de los que él llame, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Igualmente puede obtener la revisión de los fallos en una instancia superior, a ser indemnizado por los errores judiciales plenamente probados y que se respete la autoridad de la cosa juzgada.

"De este modo, el derecho de defensa ya no constituye en Colombia una previsión constitucional, que hubo de ser interpretada por la jurisprudencia para que actuara realmente, sino que se concreta en principios que, de otra parte, ya habían sido formulados en los artículos 10 y 11 de la Declaración de los Derechos Humanos, aprobado en 1948 por las Naciones Unidas y suscrita por Colombia; principios éstos que, de otra parte, vienen incorporados a nuestro ordenamiento procesal desde hace mucho tiempo. Razón de más para que el recurrente esté en el deber de precisar cuál o cuáles garantías fueron vulneradas y en qué forma se produjo la violación.

"Tórnase así más imperiosa la jurisprudencia de la Corte, en fallo de 27 de febrero de 1970, en el cual expresó que el artículo 26 de la Carta contiene cuatro garantías, cada una de las cuales posee naturaleza y ámbito específicos y que por ello debe precisarse cuál o cuáles fueron materia de la violación...

"Ahora bien: lo deseable sería que, tratándose de persecución por infracciones, los defensores fueran especializados, ya que así se llegaría a la extrema previsión exigible por la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona. Sin embargo, este desideratum es difícil, al menos por ahora, por causas que se comprenden llanamente. También sería deseable que la defensa técnica pasara a ser ininterrumpida, y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, estuvieran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas. Pero realidades superiores lo impiden, y es así como no es posible exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el Juez. De allí el que se le llame solo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder y el que antecede a la decisión definitiva. Este último momento puede ser el de la audiencia y el del alegato de conclusión. La inasistencia a la vista de la causa que ventila el juez de derecho no es obligatoria para el apoderado judicial (artículo 466 del C. de P. P.) como sí lo es tratándose del debate oral ante jurados, en que hay una auténtica controversia para que éstos resuelvan, y la falta de defensor reduce nocivamente la garantía constitucional para el juzgamiento...

"...La nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado".

Afirma el demandante de autos que al procesado "se le privó de toda defensa en la etapa sumaria" y, por consiguiente, se violó el artículo 26 de la Constitución, que ordena observar en el proceso penal "la plenitud de formas propias de cada juicio".

Pero cumple observar que a folio 23 v. del expediente, mediante auto de 27 de julio de 1962, se ordena emplazar al sindicado "en la forma indicada por el art. 433 del C. de P. Penal"; que a folio 40, en auto

de 16 de enero de 1963, se dispone que, "para cumplir el auto que ordena emplazar al procesado Aníbal Gómez (Alias "El Chulo"), se fijarán los carteles de rigor, por el término legal, al cabo del cual si el procesado no se ha presentado a rendir indagatoria se declarará reo ausente y se le designará un apoderado de oficio". A folios 48 y 49 obran los edictos del emplazamiento ordenado; y a folios 54 y 54 v. obra el auto, de 25 de febrero de 1963, por el cual fue declarado reo ausente el sindicado Aníbal Gómez (alias "El Chulo") y se le designó apoderado de oficio al Sr. Germán Muñoz, quien tomó posesión de su cargo, según el acta de diligencia que aparece al folio 55. Y a folios 101 v. y siguientes aparece que el sindicado rindió indagatoria, asistido por un abogado inscrito, el Dr. Hernán Gómez Piedrahita.

Como se dijo en una de las citadas sentencias de la Corte, lo deseable sería que la defensa técnica o formal llegara a ser initerrumpida y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, estuvieran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas; pero realidades superiores impiden el cumplimiento de este desideratum, punto menos que imposible, y es así como no es dable exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el Juez. De allí el que se le llame sólo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder, etc. Esta consideración sube de punto en relación especialmente con el sumario, "donde es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del ministerio público".

De suerte que, en el caso sub examine, no es dable afirmar que hubo violación del derecho de defensa en la etapa sumarial, pues al sindicado se le emplazó conforme a la ley, se le declaró reo ausente y se le designó apoderado de oficio, y fue asistido en la indagatoria, uno de los momentos culminantes del proceso, por un abogado inscrito.

Por lo demás, como se ha visto, la demanda plantea la violación del derecho de defensa, en relación con el plenario, así: el defensor se limitó a interponer el recurso de apelación contra el auto de proceder sin sustentarlo ante el Tribunal; no solicitó práctica de pruebas en el término probatorio; no apeló de la sentencia de primera instancia, pues el apelante fue el propio enjuiciado. No demuestra cómo estos aspectos negaron los presupuestos fundamentales del derecho de defensa, lo cual sería bastante para desechar el cargo por esta fase.

Mas, por vía de extensión, cumple poner de presente que el defensor intervino en la audiencia pública, en la que tuvo lugar un amplio e intenso debate oral y en la que mostró aptitud para plantear nítidamente y con propiedad apreciaciones enderezadas a rebatir el pliego de cargos formulados en el auto de vocación a juicio. Por eso es muy acertado el comentario del representante del Ministerio Público, cuando dice que hay que aceptar que el procesado Gómez Zuluaga gozó de completa y eficaz defensa en el debate oral realizado dentro de la audiencia pública, en donde su defensor hizo planteamientos jurídicos tendientes a la justificación de la conducta de su patrocinado, con fuerte ataque a la prueba incriminatoria, respaldándose en lo predicado por tratadistas y en jurisprudencias, que si bien no dieron los resultados pretendidos por la defensa, sí demuestran palmariamente la idoneidad del defensor.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que "la nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado", preciso es concluír que el procesado no careció del derecho de defensa.

Por modo que es inadmisible la nulidad supralegal invocada por el demandante.

Examen de la causal primera del art. 56 del decreto 528 de 1964 invocada por el demandante (Segundo cargo).

La Corte, en casación de 22 de agosto de 1969, expuso:

"El artículo 56 del Decreto 528 de 1964 contempla como motivo de casación, en su ordinal 1º, la violación de la ley sustancial, bajo dos formas bien definidas y con supuestos propios y característicos: la violación directa y la violación indirecta.

"La primera de dichas formas, la violación directa de la ley, se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto al 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 segunda forma, la violación indirecta de la ley, se tiene cuando el quebranto de la ley se origina en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de determinada o de determinadas pruebas, de tal manera que por error de hecho (suponer una prueba inexistente en el proceso, dejar de estimar prueba o pruebas legalmente producidas) o por error de derecho (apreciar una prueba de irregular asunción en el proceso, tener como indicio un hecho no probado debidamente, dar valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, dividir una confesión judicial que no ha sido desvirtuada, etc.) se llega a una indebida aplicación o formulación del derecho.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso 1º del ordinal antes citado. Este específico motivo de casación se presenta y es susceptible de demostración a través de un razonamiento directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, sobre el contenido intelectual del fallo, es decir, sobre el derecho en él aplicado, pero admitiendo en todo caso la verdad de la fundamentación fáctica de la sentencia.

"A la violación indirecta de la ley se refiere el inciso 2º del mismo ordinal, en los siguientes términos:

'Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error, de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

"A diferencia de lo que ocurre en la violación directa, en la indirecta el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

"Claramente se ve, según lo expuesto, que cada una de las dos formas de violación de la ley tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y que no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, infracción directa o indirecta de la ley en un mismo fallo, como que no es concebible que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, ni es tampoco admisible que se sostenga una impugnación de infracción directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencia 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.

"La infracción directa de la ley, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en juicios por Consejos de Guerra Verbal ni en los de competencia de los jueces superiores

en que intervenga el jurado, en los cuales la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los Vocales del Consejo o los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Código de Justicia Penal Militar, artículos 582 y 587, y Decreto 1358 de 1964, artículo 15).

"En la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto se cierra la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias (artículos 587 del C. de J. P. M. y 537 y 554 del C. de P. P.) y no puede por tanto plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 56, del Decreto 528 de 1964)".

En el caso sub judice, el demandante, al formular el segundo cargo contra la sentencia impugnada, expresa que acusa el fallo, conforme al inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, por violación directa de la ley sustancial consistente "en que se dejó de aplicar el artículo 366 del C. P.", y por aplicación indebida de la misma, consistente en que aplicó "el artículo 362 del C. P. que contempla el homicidio voluntario, norma que no es la que corresponde al grado de homicidio demostrado en el proceso". Mas lo cierto es que al desarrollar la acusación se desvía hacia la infracción indirecta de la ley, como que se adentra en un análisis de la prueba constituída por el dictamen médico legal visible al folio 67, para extraer la conclusión de que el tribunal sentenciador, al condenar al procesado, se fundamentó en una apreciación errónea de dicha prueba.

El planteamiento del actor es contradictorio, pues cuando se alega violación directa de la ley se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la sentencia y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no sucede cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten precisamente las premisas de hecho del fallo o se hace una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la sentencia recurrida.

El demandante en el caso sub examine no ensaya demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde a la causal prevista en el inciso primero del primer ordinal del art. 56 del decreto 528, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando de tal guisa el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente, puesto que en juicios como el presente, en los que ha intervenido el jurado, no es pertinente ese específico motivo de casación, pues en ellos —se repite— la sentencia debe proferirse en perfecta consonancia con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho acriminado y de la responsabilidad del acusado.

De lo expuesto fluye que debe rechazarse también este cargo.

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 de que se ha hecho mérito y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

Tiene por finalidad que los fallos judiciales se pronuncien con la mayor imparcialidad y que los jueces, para cumplir su misión, estén rodeados de toda clase de garantías, en forma tal que haya confianza en las decisiones judiciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 16 - mayo 8 de 1970).

V i s t o s :

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, mediante oficio Nº 443 de 22 de abril de este año, solicita concepto sobre el cambio de radicación del proceso que, por el delito de homicidio en la persona de Oscar Echeverri Botero, se adelanta contra Antonio Gutiérrez López, en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Pereira.

El cambio de radicación fue solicitado al Ministerio de Justicia por el propio sindicado Antonio Gutiérrez López, con base en las siguientes razones:

"Mi consideración en el presente bajo la salvedad de disposiciones y estatutos admitidos en los medios de las leyes que nos rigen se tienen como suficientes las animadversiones y fobias creadas en sus principios a estas etapas sumariales demostradas con la actitud de los mismos funcionarios que han conocido de la instrucción a esta mi supuesta sindicación, rechazándome e indicando alguna incompatibilidad por seguir los trámites que de ellos corresponden. El Tribunal Superior de esa misma ciudad ha conocido inclusive de las recusaciones e interposiciones que contra los mencionados he tenido que presentar, y sin embargo esta misma Corporación Administrativa, tratándose de rechazar mis objeciones, comprende también que han sido procedentes en cuanto a recusaciones se refiere aun así que la última por mí presentada fue contra el propio Presidente del Honorable Tribunal Superior de la ciudad de Pereira, con lo que en vez de aminorar ha ido creciendo aun más y más el clima de odio que en mi contra se ha venido edificando en las esferas sociales de dicha ciudad, espantadas por la forma y gravedad como efectuaron el delito".

El sindicado Gutiérrez López anexa a la solicitud los siguientes documentos:

a) Constancia del Juzgado Primero Superior de Pereira sobre la existencia del sumario en el que se sindica, entre otros, a Gutiérrez López de la muerte de Oscar Echeverri Botero, y sobre el estado en que se encuentra el negocio.

b) Declaraciones extranjuicio de los señores Gustavo Sepúlveda Morales y José Onel Nieto, quienes asevèran que "por la forma, circunstancia y gravedad" en que se realizó la muerte de Oscar Echeverri Botero, "ha despertado consternación, pavor e indignación en las esferas sociales de la ciudad de Pereira, y por estas causas es evidente la presión que ejerce la ciudadanía ante los funcionarios de la rama judicial que conocen de este Proceso".

Se Considera:

Ha querido el legislador que los fallos ju-

diciales se pronuncien con la mayor imparcialidad y que los jueces, para cumplir su misión, estén rodeados de toda clase de garantías, en forma tal que haya confianza en las decisiones judiciales.

De ahí que permita, en casos determinados, el cambio de radicación, para garantizar aquella imparcialidad y evitar que presiones externas puedan obrar sobre el juez. Cuando el delito, por su gravedad misma o por la persona contra la cual se produjo, provoca ira o disgusto en la sociedad, es natural que ésta se mueva para procurar su sanción, sin entrar, desde luego, a examinar las circunstancias en que aquél se presentó. Esta situación puede influir e influye comunmente sobre las personas encargadas de administrar justicia, las que, en ocasiones, han sentido tal mortificación, o se ven influídas por el medio en que actúan.

Pues bien: cuando el legislador permite el cambio de radicación de un proceso penal, quiere evitar cualquier factor de perturbación en la recta e imparcial administración de justicia.

Pero es obvio que, según doctrina constante de la Corte, los hechos que el solicitante alega como base del cambio de radicación, deben demostrarse, aunque no es indispensable plena prueba.

Y en el caso sub examine los hechos alegados por el solicitante no están probados con las declaraciones de Gustavo Sepúlveda Morales y José Onel Nieto en el grado suficiente para que esta Corporación pueda formarse un criterio exacto sobre los motivos que hacen conveniente el cambio de radicación. Y es que, según el artículo 224 del C. de P. P., si para apreciar razonadamente la credibilidad de un declarante, es preciso, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, evaluar las condiciones personales y sociales del deponente, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración, en el presente caso no es posible determinar si los testimonios aportados por el solicitante ofrecen serios motivos de credibilidad, una vez que las condiciones y circunstancias a que alude el citado artículo 224 no se hicieron constar en las dichas declaraciones.

Para confirmar lo anterior, fuerza es ponderar que, en relación con los jueces, "a la posibilidad de faltar al cumplimiento de sus deberes debe oponerse la presunción de rectitud que ampara con mayor eficacia a los administradores de justicia, por las funciones de su ministerio, que al común de los ciudadanos". De suerte que la prueba que tienda a destruir o enervar tal presunción, debe generar el racional convencimiento de que con el cambio de radicación se evitan los factores que perturban la recta e imparcial administración de justicia.

La aseveración que hace el solicitante de que al sumario no le han imprimido los funcionarios que han intervenido en su instrucción los trámites correspondientes y de que ha recusado a varios de ellos, no tiene ningún respaldo en el acervo de pruebas. Lo único que sobre el particular se encuentra acreditado, según la constancia del Juez Primero Superior de Pereira, es que el Dr. Hernando Chica, siendo Juez 4º Superior del nombrado Distrito, se declaró impedido para conocer del negocio, sin que conste la causal de impedimento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— Conceptúa Desfavorablemente sobre el cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio se adelanta contra Antonio Gutiérrez López en el Juzgado Primero Superior de Pereira.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Cuando el actor no acepta los presupuestos fácticos de la sentencia, tiene el deber de demostrar que por error de derecho o de hecho al apreciar el contenido probatorio del proceso, se infringió indirectamente una norma sustancial y no es posible afirmar una coetánea infracción directa respecto de la misma norma sustantiva, porque la doctrina y la jurisprudencia enseñan que un quebrantamiento de esta índole excluye todo debate probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 16 de 8 de mayo de 1970).

V i s t o s :

Cumplido el trámite de rigor legal, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el procesado Marco Aurelio Canro Castillo y su personero judicial contra la sentencia del 20 de mayo de 1969, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, reformando la de primer grado, condenó al primero de los nombrados a la pena principal de seis (6) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de robo agravado.

Antecedentes.

En la madrugada del 26 de marzo de 1968, —expresa en acertada síntesis la Procuraduría Segunda Delegada— algunas personas penetraron violentamente a las habitaciones de la finca "Santa Clara", de propiedad del doctor Antonio Alvarez Restrepo, sita en el Municipio de Funza, y se apoderaron de cosas muebles, entre otras, un compresor, una cortadora o podadora, una extensión de cable eléctrico de 70 metros, y una manguera de riego de 30 metros de longitud, objetos los dos últimos descritos, encontrados en posesión de Marco Aurelio Canro Castillo, en su casa, vecina al sitio donde se verificó el ilícito, los cuales fueron materia de reconocimiento por parte del denunciante.

Por tales hechos, entendidos como estructurantes del delito de robo, perpetrado en las circunstancias especiales de agravación previstas por los ordinales 1º y 3º del artículo 404 del Código Penal, Marco Aurelio Canro Castillo fue llamado a responder en juicio, según auto del 8 de julio de 1968, contra el cual no se interpuso recurso alguno (fls. 87 a 91; Cd. 1º). Sin embargo, rituada la etapa de la causa sin que el aspecto probatorio se modificara en sentido favorable al procesado, mediante sentencia calendada el 25 de octubre de 1968, el Juzgado Promiscuo Municipal de Funza impuso a Canro Castillo la pena principal de veintiocho meses de prisión, sanción que individualizó con apoyo en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, relacionándolo con las normas contenidas en los artículos 398 y 403 del C. P. Tal fallo fue modificado por el sentenciador de segundo grado en el que ahora es objeto del presente recurso extraordinario. (fls. 137 a 147, Cd. 1º; 7 a 14, Cd. 2º).

La Demanda.

En ella se acusa el fallo recurrido con apoyo en las causales de casación que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales 4º y 1º.

Causal Cuarta. - Estima el actor que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder se le formuló al procesado el cargo de haberse encontrado en su poder parte de los objetos materia del ilícito, sin que de esa posesión hubiera dado "explicación satisfactoria", hecho que no configura el delito de robo por el cual se condenó a Marco Aurelio Canro Castillo, sino la conducta antisocial prevista y sancionada por el artículo 4º del Decreto 1699 de 1964, todo lo cual constituye error en la denominación jurídica de la infracción, motivo de invalidez previsto "en el numeral 8º del artículo 198 del C. P." Y fundado en tal planteamiento, el impugnante solicita a la Corte que declare la nulidad de lo actuado a partir del vocatorio, inclusive, y devuelva el negocio al Juzgado Promiscuo Municipal de Funza por conducto del Tribunal Superior de Bogotá, para que proceda con arreglo a tal decisión.

Causal Primera. - A su amparo se propone la impugnación en los siguientes términos:

"Finalmente acuso la sentencia recurrida con fundamento en la causal 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, sobre violación directa de la ley por aplicación indebida del art. 404 del c. p. y del art. 1º del Decreto 2184 de 1951, normas estas que no corresponden o son ajenas al único hecho demostrado en autos: el no haber dado Canro Castillo explicación satisfactoria sobre la manguera y el cable encontrados en su casa de habitación.

"Realmente no existen en el proceso elementos de juicio suficientes o idóneos que permitan estructurar, en cuanto se relaciona con la situación jurídica de Marco Aurelio Canro Castillo, el delito específico de robo agravado que prevé el art. 404 del c. p. Nadie lo vió entrar a la finca 'Santa Clara', ni lo identificó al salir de ella, ni fue cogido 'in flagranti', pero ni siquiera fue visto inmediatamente después de perpetrado el robo. Quién o quienes lo realizaron es una incognita dentro del proceso con las pruebas practicadas".

En breves párrafos subsiguientes el actor reitera, con léxico diferente, la esencia de su pensamiento, consignado en lo ya transcrito, y concluye pidiendo a la Corte que case la sentencia impugnada y dicte la que deba reemplazarla.

El Ministerio Público.

La Procuraduría Segunda Delegada, luego de sintetizar los hechos y los motivos de censura propuestos por el demandante, señala "las fallas de técnica y la ausencia de planteamientos jurídicos" en que a su juicio incurre el libelo; en términos concisos examina a continuación la prueba en que se apoya el fallo recurrido y concluye considerando que la Corte debe desechar el recurso extraordinario de que se trata.

La Corte Considera:

1. Se habrá observado ya que el actor construye la acusación, a través de las dos causales invocadas, sobre una base común: que los hechos establecidos en el proceso no estructuran, con respecto a Canro Castillo, el delito de robo agravado, sino la conducta antisocial descrita por el artículo 4º del Decreto 1699 de 1964. En otros términos: el demandante no acepta los hechos, tal como los encuentra probados la sentencia recurrida; por el contrario, los controvierte, y dice ver en los elementos de juicio obrantes en el proceso una situación diferente.

2. Cuando ello ocurre, vale decir, cuando el recurrente se halla en abierto desacuerdo con los presupuestos fácticos en que descansa el fallo acusado, tiene el deber de demostrar que por error de derecho, o por manifiesto error de hecho, cometido al al apreciar el contenido probatorio del proceso, se infringió indirectamente una norma de carácter sustancial. Y el medio adecuado para plantear y sustentar una acusación de tal naturaleza no puede ser

otro, dentro de nuestra ley positiva, que el consagrado en el segundo cuerpo de la causal primera de casación. Pero seleccionado así el método de la acusación, no es posible afirmar una coetánea infracción directa, respecto de la misma norma sustantiva, porque como lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, un quebrantamiento de esta índole excluye todo debate probatorio e implica, por tanto, la aceptación de los hechos que el sentenciador de segunda instancia estimó probados. "Basta descubrir —según lo ha expuesto la Corte— el texto no aplicado u omitido, o confrontar el que se empleó con el que debía aplicarse, o examinar su contenido con el alcance que se le atribuyó en el fallo, para identificar la violación". De todo lo cual se desprende, en suma, que arguir simultaneamente violación directa e indirecta de determinada norma sustancial quebranta el principio de contradicción, porque unos mismos hechos no se pueden aceptar y rechazar al mismo tiempo y por el mismo concepto.

3. En el libelo que ahora ocupa la atención de la Sala el demandante, al proponer la causal primera, después de hablar de "violación directa de la ley por aplicación indebida del art. 404 del C. P. y del art. 1º del Decreto 2184 de 1951", formula, de manera vaga e imprecisa, la afirmación general de que "no existen en el proceso elementos de juicio idóneos que permitan estructurar, en cuanto se relaciona con Marco Aurelio Canro Castillo, el delito específico de robo agravado que prevé el art. 404 del c. p.', pero sin ofrecer siquiera un somero examen de la prueba, y sin intentar la más ligera demostración de los yerros de hecho o de derecho en que a su juicio pudo haber incurrido el fallo acusado.

4. Con sobrada razón dice la Procuraduría refiriéndose a este aspecto de la demanda:

"Lo anterior sería suficiente para solicitar el rechazo de la acusación, sin embargo, brevemente, nos referimos a la prueba tenida en cuenta por el juzgador para tipificar el delito de robo previsto en el artículo 404 del Código Penal, como fue calificado y sancionado el hecho, expresando que con los testimonios allegados a la investigación dió por demostrada la violencia ejercida sobre las vidrieras de la casa donde se produjo la sustracción e, igualmente, con ese mismo tipo de prueba y otros elementos de juicio, comprobó que los objetos materia del ilícito estaban en posesión del acusado. La relación de causalidad entre estos dos hechos y la autoría material fue el resultado de los indicios de oportunidad del reo, la destrucción de la disculpa o 'coartada' ofrecida por éste como justificativa de la posesión de los objetos robados y sus antecedentes inequívocos de una personalidad persistente en la comisión de ilícitos contra la propiedad, indicios a los cuales les dió el Tribunal Superior valor suficiente para imputar la acción criminosa y por consiguiente en la apreciación de los elementos probatorios no existe manifiesto error, como lo prevé el aparte final del numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

"Los hechos investigados en este proceso no corresponden a la conducta antisocial contemplada en el artículo 4º del Decreto 1699 de 1964, a la cual se refiere el recurrente, porque conforme a aquellos se estableció que de la finca del doctor Antonio Alvarez Restrepo, y con empleo de violencia sobre las cosas, fueron sustraidos diversos objetos y parte de ellos se encontraron en poder del acusado. Caracteriza la aludida conducta antisocial el hecho de que objetos o dinero sean hallados en posesión de una persona y que ésta no pueda dar explicación satisfactoria respecto de su procedencia.

"En el presente caso se encontraron el 27 de marzo de 1968 en la casa de habitación de Canro Castillo la manguera y el cable eléctrico que el día anterior se habían apoderado, mediante violencia sobre las cosas, del inmueble de propiedad del doctor Antonio Alvarez Restrepo. El antecedente inmediato de la posesión de los objetos mencionados fue el delito de robo y no la ausencia de explicación respecto de la procedencia de dichos bienes. En consecuencia, la infracción porque se procede es la contemplada en el artículo 404 del Código Penal y no la prevista en el artículo 4º del Decreto 1699 de 1964".

4. Carece de toda justificación, como se ha visto, la causal primera estudiada. Y como ella constituye en el evento propuesto el soporte fundamental dé la cuarta, ésta tampoco puede prosperar, no sólo por la razón lógica anotada, sino porque, además se la adujo de manera autónoma o insular, contrariando la técnica de casación en tales casos. Corresponde, consecuentemente, dar aplicación al artículo 569 del C. P., desechando el recurso y ordenando devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión:

Fundada en las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Desecha el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Por el principio de la taxatividad, corresponde al legislador señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o parte de ella, no siendo del arbitrio del juez su creación. Los artículos 37 y 38 del Decreto 1358 de 1964, consagran las nulidades en los procesos penales. También la ley prevé la ineficacia de algunos actos procesales por falta de formalidades extrínsicas señaladas en el texto legal, que no se comunican a los restantes actos procesales. Casos de nulidades supralegales deducidas con base en el artículo 26 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 16).

V i s t o s :

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia de 13 de febrero de 1969 proferida en segunda instancia, condenó a José Jesús Ramírez Arango, Richard Thomas Marrott, Hans Hofman y Alvaro Iriarte Uricoechea a la pena principal de cinco años de prisión y a las sanciones accesorias de rigor, como responsables del delito de contrabando o fraude a la Renta Nacional de Aduanas, y dispuso el decomiso en favor del Estado de la mercancía materia de la infracción y de dos avionetas utilizadas para el transporte de la misma.

Contra ese fallo interpusieron los cuatro sentenciados el recurso extraordinario de casación, el cual se admitió por la Corte en auto de 11 de abril de 1969, pero solamente el procesado Iriarte Uricoechea lo sustentó en tiempo y en debida forma, tal como se expresó en proveído de esta Sala de marzo 13 postrero.

Cumplido como se encuentra el trámite propio de la impugnación propuesta por el referido acusado, se procede a resolverla.

Síntesis de los hechos y de la actuación procesal.

El día 30 de marzo de 1963 una patrulla militar al mando del Capitán Campo Elías Bocanegra y perteneciente a la Segunda Brigada, con sede en Barranquilla, capturó en un aeropuerto de la jurisdicción del Municipio de Chimichagua (Magdalena) a los señores Richard Thomas Marrott, quien arribó a ese lugar piloteando una avioneta con valioso cargamento de mercancía extranjera de prohibida importación, y José Jesús Ramírez Arango, quien llegó al mismo sitio conduciendo una avioneta de Alvaro Iriarte Uricoechea, para transportar en ella —según la información recogida— la mercancía ilícitamente introducida por aquél, y aprehendió igualmente las dos aeronaves y el cargamento, objetos que fueron luego puestos a disposición de la autoridad judicial.

La investigación penal fue iniciada el 3 de abril del mismo año por el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, competente conforme a la ley para conocer del asunto.

Concluída la etapa de instrucción se ce-

lebró audiencia pública el 7 de noviembre de 1963, y se puso luego fin a la instancia con sentencia calendada el 2 de junio de 1964, en la que el juzgado del conocimiento absolvió a todos los procesados.

Contra ese fallo interpuso apelación el respectivo Agente del Ministerio Público, y el Tribunal Superior de Aduanas, tras dispendiosa actuación, lo revoco en el suyo de 13 de febrero de 1969, que es ahora objeto del recurso de casacion.

La demanda.

El apoderado del recurrente Alvaro Iriarte Uricoechea, en libelo que se declaró formalmente ajustado a las prescripciones legales, acusa la sentencia impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, vale decir, por haberse dictado —según él— en un juicio viciado de nulidad.

En la esfera de dicha causal presenta el actor varios reparos al dictamen pericial de avalúo de las mercancías aprehendidas, en el que se fijó a éstas un valor de $ 1.093.273,99 y sostiene que las irregularidades y omisiones cometidas en torno a esa prueba son violatorias del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuyo motivo debe invalidarse el proceso a partir de la designación de los peritos, para que se reponga la actuación.

Tales reparos los formula así el demandante:

1º No se notificó en debida forma el auto en el cual se hizo el nombramiento de los peritos, pues no obstante que los procesados Marrott y Ramírez se hallaban detenidos la notificación de esa providencia se hizo por estados y solo se comunicó personalmente al Agente del Ministerio Público, con lo cual se violó el artículo 6º del Decreto 2187 de 1953, que dispone notificar personalmente a los inculpados detenidos los autos que se dicten en el proceso penal aduanero, y "se lesionó el derecho de defensa toda vez que se impidió a los sindicados el hacer uso del derecho consagrado en el artículo 262 del C. de P. P.".

2º No se dio cumplimiento en la escogencia de los peritos avaluadores a las normas de los artículos 7º, 8º y 9º del Decreto 2435 de 1953, como que se nombró para ese efecto a dos Aforadores de la Aduana de Barranquilla (los señores José Ignacio Noguera y Carlos de Zubiría), cuando ha debido designarse a un Aforador y a un comerciante honorable de la localidad, según las reglas contenidas en aquellas disposiciones.

3º Se nombró como asesor de los señores peritos al señor Enrique Gerlein, cuando esa clase de asesoría no está prevista en el régimen aduanero ni en el procedimiento común. Y,

4º El dictamen rendido por los dos peritos y su "exótico asesor", visible a folios 148 a 151 del cuaderno 1º, "es un avalúo puro y simple que en ningún momento cumple con el mandato contenido en el artículo 9º del Decreto 2435 de 1953 que ordena que los peritos deben dejar constancia en columnas separadas del peso, cantidad, valor de las mercancías si son nacionales o extranjeras, dejando constancia en columna especial de la mercancía y del gravamen correspondiente a la misma".

Afirma el recurrente, citando el texto del artículo 18 del Decreto 188 de 1958, que la pena por el delito de contrabando se gradúa tomando en cuenta, entre otros factores, el valor de las mercancías objeto de la infracción, que debe establecerse por medio de peritos legalmente designados, y sostiene que como en el presente caso no se notificó personalmente a los dos sindicados detenidos el auto por medio del cual fueron nombrados los peritos. "ni el experticio se ajustó a las normas exigidas por la ley, resulta evidente la inexistencia y nulidad del inventario y avalúo, y la consiguiente nulidad de toda la actuación posterior".

Termina el demandante manifestando que tan graves omisiones como las por él puntualizadas en relación con la peritación de avalúo de las mercancías, "imponen la nulidad del proceso a partir de la designación de los peritos avaluadores con el fin de que se corrijan los atropellos procedimenta-

les y se de a los procesados la oportunidad de un juicio en el cual se cumplan los requisitos legales vigentes para la época de los acontecimientos".

Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado Penal, en juicioso concepto, critica algunos aspectos técnicos de la demanda, se refiere a cada uno de los cargos aducidos por el recurrente, y pide que no se case el fallo impugnado por cuanto la acusación es inane y carente de fundamentación . Advierte que no es posible pretender la invalidación de una sentencia con apoyo en reales o supuestas informalidades del proceso que ni siquiera se han señalado como motivos de nulidad legal.

Consideraciones de la Sala.

La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señaladas por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto.

No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias.

El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, conforme al cual precisa conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituír nulidad, se encuentra consagrado en algunos códigos de procedimiento penal, entre ellos el italiano (art. 184), y se ha afirmado por esta Corporación en constante jurisprudencia (sentencias de diciembre 5 de 1945, enero 29 de 1947, febrero 5 de 1947 y julio 30 de 1955, entre otras).

Es tarea propia del legislador, no del juez, señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. "El juzgador —ha dicho esta Corte con reiteración— no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que solo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una forma externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad" (fallo de diciembre 5 de 1945, entre otros).

Si fuera del arbitrio de los jueces el crear nulidades, pocos serían los procesos que llegarían normalmente a la meta final de la sentencia, pues son raros aquellos en que no se descubre alguna informalidad. La discrecionalidad del juzgador para deducir nulidades por vicios in procedendo sería un factor de incertidumbre en la administración de justicia, atentaría contra la seguridad del proceso penal entrabaría la necesaria y delicada función pública de la represión penal y podría llegar a desconocer los derechos fundamentales de las partes. "Un buen derecho procesal penal, dice Mario Pagano en sus Consideraciones sobre el Proceso Penal, debe limitar las sanciones de nulidad al mínimo que no puede ser desconocido sin lesionar legítimos y graves intereses del Estado y de los particulares".

En el derecho colombiano las causales de nulidad en los procesos penales están contempladas en los artículos 37 y 38 del Decreto extraordinaro 1358 de 1964, que subrogaron los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. De esas nulidades, la mayoría de las cuales son absolutas, unas producen la invalidez jurídica de todo el proceso (ilegitimidad en la personería del querellante en los asuntos en que no pueda procederse de oficio, e incompetencia de jurisdicción en ciertos casos), y otras afectan parcialmente la actuación, a partir del momento en que se presentó la causal (indebida notificación del auto de proceder, o error relativo a la denominación

jurídica de la infracción cometido en esa providencia, por ejemplo).

Aparte de esos motivos de nulidad del proceso o de una fase de él, el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidad o requisitos condicionantes, de modo que la nulidad no se comunica a los demás actos, que son independientes de aquél. Tal acontece, verbigracia, con la inspección ocular no decretada como lo ordena el art. 211, con la declaración del testigo no recibida conforme al art. 235, con el dictamen de los peritos rendidos sin el lleno de las formalidades indicadas en al artículo 261. En estos casos, el acto viciado se estima, para los efectos del juzgamiento y sin necesidad de resolución especial, como no realizados. (art. 39 del Decreto 1358 de 1964, que sustituyó el art. 202 del C. de P. P.).

La ineficacia de aquella clase de actos (inspección ocular, testimonio, peritación, etc.), por falta de formalidades extrínsecas señaladas por la ley con sanción de nulidad, y que opera de jure, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos ni tener con ellos nexo de dependencia. Si al calificar un sumario o al tiempo de fallar un proceso el juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo, de una inspección ocular, de un dictamen pericial, aisla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, no lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima.

Sin embargo de lo expuesto acerca de la taxatividad de las nulidades, tanto de las que comprometen todo el proceso o una serie de actos como las contempladas para actos procesales particulares e independientes, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando "se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la orgnización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambiguedad en la formulación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 23 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencias de mayo 18 de 1942, diciembre 15 de 1950, julio 11 de 1952, enero 23 de 1953, diciembre 7 de 1955, noviembre 7 de 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 26 de julio de 1944, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948).

La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación.

En el caso presente el apoderado especial del procesado Iriarte Uricoechea plantea una serie de objeciones relacionadas todas con el dictamen pericial sobre avalúo de la mercancía que fue objeto del delito de contrabando aquí juzgado: que no se no-

tificó personalmente el auto que dispuso esa prueba a dos sindicados, distintos al recurrente; que no se incluyó entre los peritos a uno de una lista de comerciantes, como lo prevé alguna disposición legal; que el dictamen no se rindió con las especificaciones prescritas por la legislación penal aduanera; que a los peritos se les nombró un asesor, sin fundamento legal; que la cuantía del contrabando influyó en la determinación de las sanciones aplicadas a los procesados. Y sobre esas premisas afirma que se incurrió en nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Constitución Política.

A la acusación contra el fallo recurrido contesta la Corte:

Ninguna de las circunstancias aducidas por el demandante está establecida por la ley como causal de nulidad del dictamen pericial. Con respecto a esta clase de prueba el Código de Procedimiento Penal sólo conmina expresamente con sanción de nulidad la inobservancia de las formalidades señaladas en el artículo 261, lo que no aconteció en este proceso, ya que los peritos se posesionaron debidamente. Ni la falta de notificación del auto que ordena la peritación, ni ningún otro de los motivos que menciona el actor está previsto en la legislación como de invalidez jurídica del dictamen.

En segundo término, ninguna de las partes recusó a los peritos dentro del amplio término que la ley prevé para ese efecto (arts. 262 y 76 del C. de P. P.), ni pidió oportunamente explicación, ampliación o adición del dictamen (art. 266 ibídem), ni formuló reparo de fondo contra el mismo por error u otro cualquiera de los motivos expresados en el art. 267 del estatuto procesal. A través de las instancias del juicio los procesados y sus representantes judiciales guardaron silencio sobre el dictamen de que se trata, manifestando así su tácita conformidad con ese elemento probatorio. "A quien no se lamentó de la violación de la formalidad en el momento oportuno —dice Manzini— no se le debe conceder que se lamente después, al solo objeto de buscar moratorias o de provocar la anulación de la sentencia que le ha sido contraria. Criterio, como cualquiera echa de ver, altamente laudable y práctico, y en un todo conforme con los fines de la justicia" (Derecho Procesal Penal, vol. III, págs. 118 y 119).

Aún en la hipótesis, no demostrada aquí, de que el dictamen pericial al cual se ha hecho referencia adoleciera de un vicio de nulidad, como lo proclama el demandante, la consecuencia jurídica sería, según lo antes expuesto, la de inexistencia de ese solo acto, por no ser presupuesto o antecedente necesario de la actuación procesal anterior. En otras palabras, habría tenido el juzgador que separarlo del conjunto del proceso, y de haberlo estimado como prueba con relevancia en el fallo, esto es con carácter determinante de una violación de la ley penal sustancial, la impugnación en casación habría tenido que formularse técnicamente en el ámbito de la causal contemplada en el ordinal 1º, inciso 2º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y no en la esfera de la causal 4ª como lo hizo el actor.

Finalmente, el dictamen pericial glosado por el abogado recurrente, en el que se fijó a la mercancía decomisada el valor de $ 1.093.273.00, ni siquiera fue tenido en cuenta por el fallador para determinar la cuantía del ilícito, pues en la sentencia impugnada, con criterio de favorabilidad para los acusados, se tomó como valor de aquélla el precio del remate que se hizo de la mercancía y que fue de $ 630.838.78.

Infiérese de lo dicho que con las irregularidades que menciona el actor con respecto al dictamen pericial de autos no se omitió ninguna forma esencial para la validez del proceso, ni se recortó ninguna facultad procesal de las partes, ni se restringió en forma alguna el derecho de defensa, que se ejercitó con amplitud y tenacidad, por todo lo cual resulta inane la impugnación del fallo recurrido.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de

acuerdo con el Procurador Segundo 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 Alvaro Iriarte Uricoechea contra la sentencia de 13 de febrero de 1969 del Tribunal Superior de Aduanas, de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Como lo solicita el Agente del Ministerio Público, el Tribunal de origen proveerá al cumplimiento de su auto de 28 de septiembre de 1966, por medio del cual dispuso fundadamente una investigación penal contra el Sr. Alvaro Iriarte Uricoechea y el doctor Rito Antonio Galvis por la posible estafa de que hicieron víctima al doctor Fabio Echeverri Correa al venderle la avioneta HK-452-P, que estaba fuera del comercio por razón de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Huemberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE JUECES SUPERIORES, DE MENORES, DEL CIRCUITO, ETC.

De conformidad con el contenido del aparte b) del artículo 2º de la Ley 16 de 1969, el juzgamiento de los Jueces Superiores, de Menores, del Circuito, Municipales, etc., por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde al respectivo Tribunal Superior, por medio de la Sala Penal en pleno, y no por las Salas de Decisión, pues el juzgamiento que se haga por éstas importa la nulidad de la actuación por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, mayo trece de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta Nº 16 de mayo 8 de 1970).

V i s t o s :

Procede la Corte, una vez agotado el trámite correspondiente, a resolver sobre la consulta del auto de fecha 28 de febrero de este año, dictado por el Tribunal Superior de Armenia y por medio del cual sobresee definitivamente en favor del doctor Alberto Aristizábal Peláez, Juez Cuarto Superior de Calarcá, por el delito de Violación de la Reserva del Sumario cometido, según el denunciante en las presentes diligencias, dentro del sumario que por el delito de homicidio se venía adelantando contra Saúl Sabogal por la muerte de su legítima esposa Eneriet Sabogal de Sabogal y en el que el denunciante es apoderado de la parte civil.

H e c h o s :

Los hace consistir este último en que el Juez denunciado, luego de sobreseer definitivamente en favor del sindicado Saúl Sabogal, dió a la publicidad un boletín que fue leído por un empleado del Juzgado a la familia de la señora Eneriet Sabogal de Sabogal, y repartido a las emisoras de Calarcá, en que se daba cuenta del auto proferido, antes de que fuera notificado a las partes.

Abierta la investigación por el de 27 de marzo del año pasado, se declaró cerrada por el de 19 de diciembre del mismo año. En el curso de la misma se comprobó la calidad de Juez Superior de Calarcá que tenía el denunciado, trayendo para ello, copia del acuerdo en que se le designó como tal y del acta en que tomó posesión del cargo.

Luego, en la providencia arriba mencionada, el Tribunal Superior de Armenia consideró que el doctor Aristizábal Peláez no había cometido delito y, en consecuencia, sobreseyó definitivamente en su favor.

El auto de sobreseimiento está dictado en Sala de Decisión y firmado, por lo tanto, por tres Magistrados.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstiene de emitir concepto de fondo sobre el auto sometido a la consideración de la Corte, por estimar que se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en

el numeral 1º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, ya que el artículo 12 del Decreto 528 del mismo año dice que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen por medio de su Sala Penal y en única instancia de los procesos que se sigan contra los jueces superiores y otros funcionarios, disposición que reitera el aparte b) del artículo 2º de la Ley 16 de 1968 y el aparte b) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969 y que, por lo tanto, es a la Sala Penal del Tribunal de Armenia, no a la de decisión, a la que compete el juzgamiento del doctor Aristizábal Peláez. Como en el presente caso fue esta última Sala y no la Penal la que pronunció el auto de cuya consulta se trata, ha habido incompetencia en la jurisdicción que constituye la causal de nulidad ya anotada, razón por la cual solicita que así se declare por esta Corporación.

Consideraciones de la Corte:

Estima la Sala que tiene razón el Procurador Primero Delegado en lo Penal en el concepto que se deja resumido, ya que, efectivamente, pese a lo que expresa el parágrafo del artículo 1º de la ley 16 de 1969, en donde dice que "compete a las respectivas Salas de Decisión dictar las providencias interlocutorias y las sentencias" tal disposición solo se refiere a aquellos casos no expresamente exceptuados por esa ley o por otras normas legales, que es, precisamente, lo que sucede con el juzgamiento de algunos altos funcionarios y dignatarios eclesiásticos, encomendado, a juicio de la Corte, no a la Sala de Decisión, sino a la Penal de los respectivos Tribunales de Distrito Judicial. A esa conclusión se llega previos los siguientes razonamientos.

a) Si se examina el texto del artículo 11 del Decreto 528 de 1964, se ve que están perfectamente separadas la que pudiera llamarse función ordinaria de los Tribunales de ser jueces de segunda instancia en los procesos penales, civiles y laborales de que conozcan, en primera, los jueces superiores y municipales y de los recursos de hecho que se interpongan en los procesos de competencia de los mismos funcionarios, así como de las consultas que den lugar a ellos y la del juzgamiento de algunos funcionarios y dignatarios eclesiásticos.

En efecto en ese mismo numeral hay un inciso en que se dice que "compete a las respectivas salas de decisión dictar los autos interlocutorios y las sentencias".

Luego, en numeral aparte, se dice que los Tribunales conocen, por medio de su sala penal, de los procesos que se sigan a los gobernadores eclesiásticos de diócesis, vicarios generales y demás miembros de los cabildos eclesiásticos.

Y en un artículo distinto, el 12, se dice que los tribunales superiores conocerán por medio de su sala penal y en única instancia de los procesos que se sigan a los jueces superiores, de menores y municipales etc.

Se ve, claramente, que la intención del legislador fue la de hacer que las salas de decisión de los tribunales conocieran de los recursos ordinarios y que el juzgamiento de funcionarios y de dignidades eclesiásticas se hiciera por la Sala Penal de los mismos.

En la Ley 16 de 1968, el aparte b) del artículo 2º reproduce, en lo sustancial, lo dispuesto por el numeral primero del decreto antes mencionado al estatuir que los Tribunales Superiores conocen "por medio de la Sala Penal de la primera instancia de los procesos que se sigan a los Gobernadores Eclesiásticos de Diócesis, Vicarios Generales, Dignidades y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos, a los funcionarios señalados en el artículo 12 del Decreto 528 de 1964 (es decir, jueces superiores, de menors y municipales, anota la Sala) y a los Jueces de Circuito'.

Luego, en el parágrafo del mismo artículo se dice que "compete a las Salas de Decisión dictar las providencias interlocutorias y las sentencias".

La Ley 16 de 1969, dice en el aparte a) del artículo primero que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen: a) de la segunda instancia en los procesos penales civiles y laborales de que conozcan en

primera los jueces superiores y de circuito etc" y en su aparte b) "Por medio de su Sala Penal, de la primera instancia de los procesos que se sigan a....los Jueces Superiores, de Aduanas, de Circuito, de Instrucción, de Menores y Municipales etc".

En el parágrafo de dicho artículo reproduce textualmente el del artículo 1º de la Ley 16 de 1968.

Como se ve por la lectura de los textos legales que se dejan transcritos, la intención manifestada primeramente por el legislador fue la de que los Tribunales conocieran, en Sala de decisión, de los recursos contra autos y sentencias y en Sala Penal del juzgamiento de los funcionarios allí mencionados.

No cree la Corte que por haber cambiado de localización esa norma para ponerla como parágrafo del artículo en que se fija la competencia de los Tribunales para dicho juzgamiento, se haya alterado esa situación porque no habiéndose expresado por el legislador en ninguna parte de esas dos leyes (Ley 16 de 1968 y la 16 de 1969) un mandato legal específico, en tal sentido no hay por qué suponer que su intención fue la de someter a los funcionarios mencionados a las Salas de decisión de los Tribunales.

b) Esa conclusión se refuerza si se considera que en las dos leyes últimamente mencionadas se dice, cuando se trata de atribuir la competencia para juzgar en segunda instancia, que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen" y, a renglón seguido, expresa "de la segunda instancia de los procesos penales, civiles y laborales". No dice: conocerán por medio de su sala penal de las segundas instancias de los procesos de que conozcan en primera los jueces superiores y los de Circuito".

En cambio, al referirse al juzgamiento de dignatarios eclesiásticos y funcionarios dice que los Tribunales Superiores conocen "por medio de su Sala Penal, de la primera instancia de los procesos que se sigan a los gobernadores eclesiásticos de Diócesis etc.".

Hay, pues, una notable diferencia de redacción entre las dos disposiciones, a la que es necesario darle un contenido que no puede ser otro sino el de que el juzgamiento de dignatarios eclesiásticos y jueces solo puede hacerse por toda la Sala Penal.

De no ser así, la expresión "por medio de su Sala Penal" carecería de sentido y la ley hubiera podido empezar este aparte b) diciendo, simplemente, "de la primera instancia de los procesos que se sigan etc.".

Pero en vez de emplear esta segunda forma de expresión, hizo constar expresamente que el juzgamiento se hace por la Sala en primera instancia. Y como hay una norma de hermenéutica que manda que de dos interpretaciones de la ley, una que le da operancia al texto legal y otra que no se la otorga, se prefiera la primera, la Corte aplica esta regla, dándole un significado operante a la expresión transcrita en vez de optar por el de dejarla sin aplicación práctica.

c) Una tercera razón, es la de que no puede considerarse que el legislador haya creído excesivo que a los dignatarios eclesiásticos y a los jueces los juzgue toda la Sala Penal y por eso los haya hecho justiciables solo por una Sala de decisión, equiparándolos a los demás sindicados.

Por el contrario dada la especial categoría de esas personas, investidas de dignidad sobresaliente por el cargo que ocupan y las funciones que desempeñan, debe pensarse que su juzgamiento corresponde a una entidad de más importancia que la sala de decisión, o sea a la Sala Penal.

d) No resultaría lógico que de las faltas disciplinarias de los jueces conozca el Tribunal Superior en pleno, según lo dispone el art. 110 del Decreto 250 de 1970 y de los delitos cometidos por esos funcionarios, conozca solo una sala de decisión.

Todas estas razones llevan a la Corte a la conclusión de que ese juzgamiento debe hacerse por toda la Sala Penal como lo or-

dena el aparte b) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969.

Aplicando estos razonamientos al caso de autos, se tiene que el sobreseimiento definitivo que se consulta debió ser dictado por la Sala Penal del Tribunal de Armenia, que consta de seis Magistrados, según lo estableció el artículo 2º del Decreto 900 de 1969.

Como no lo firman sino tres, quiere decir que se ha incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción, que habrá de declararlo esta Corporación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado en el presente proceso a partir del auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal de Armenia con fecha 28 de febrero del año en curso y ordena que se reponga la actuación teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS INDIGENAS

Como el art. 1º de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2º de la Ley 72 de 1892, que otorgó al gobierno la facultad de hacer delegación de competencias en lo judicial, civil y penal, a manos de los Misioneros resulta en franca oposición con la Constitución Política, pues la competencia es privativa de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, tiénese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 14 de mayo de 1970.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta número 12 de 1970).

V i s t o s :

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio, contra la sentencia dictada por la Corporación, el día primero de julio de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual fue condenado Célimo Miquirucama, indígena natural de Mistradó (Chocó), hijo de Marco Miquirucama y de Waldina, de 30 años de edad, de profesión jornalero, vecino de Mogotes —Granada—, viudo, sin documentos de identidad personal, a la medida de seguridad de "Reclusión en una colonia agrícola especial o en un establecimiento industrial", por término mínimo de Cuarenta y ocho meses, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Francisco Javier González U., hecho ocurrido el 29 de septiembre de 1967, en el sitio denominado Mogotes, de la Inspección Departamental de Policía de Canaguaro, Municipio de Granada.

I. - Antecedentes. El hechicero Francisco González U., el día 29 de septiembre de 1967 se encontraba en casa de Luis Angel Cardona, localizada en el sitio "Las Guayanas" o "Mogotes", Departamento del Meta, dedicado, muy avanzadas las horas de la noche, a "rezar un niño enfermo". Eran las dos de la mañana cuando Francisco Javier González "rezaba" a su paciente. Se oyó de pronto una detonación de arma de fuego y de inmediato cayó en tierra herido mortalmente. Lo acompañaban Abraham González García, Luis Angel Cardona, Arvey González, Francisco Javier y Floro Javier, hijos de la víctima, quienes minutos después comprobaron su muerte. Iniciada la investigación por el Juez Promiscuo Municipal de Granada, Meta, originalmente se orientó contra Bernardo Marcial Murillo, a virtud de los cargos que le formuló José Arvey González quien aseguró que el sindicado, el día del entierro, le contó confidencialmente su autoría. Marcial Murillo negó su participación en los hechos investigados. Pero Arvey González sostuvo categóricamente su testimonio en el careo que sostuvo con él, diligencia practicada el día 2 de enero de 1968. Con anterioridad a la fecha de la diligencia de careo, en 30 de diciembre de 1967, en ampliación de su indagatoria, Arvey González cambia, sin explicación nin-

guna, el sujeto de sus incriminaciones y señala a Célimo Miquirucama como autor de la muerte de Francisco Javier. En esta ocasión cita a Emma Marcial Murillo, mujer o compañera de Célimo, como fuente de sus atestaciones. Miquirucama confiesa en su indagataria ser el autor de la muerte de Francisco Javier y excusa su acto en razón de que "era un brujo" y les había dado muerte a sus cuatro hijos y a su mujer Matilde Dibaquiza, con una escopeta. Pero cuando amplía su indagatoria ante el Juzgado 2º Superior, aclara que sus hijos fallecieron ahogados en el río Cíngara, en Ansermavieja. Ignora cómo ocurrió la muerte de Francisco Javier González, cuya autoría reconoció en su primera indagatoria, por temor a Luis Angel Cardona y Arvey González, quienes fueron sus consejeros de entonces. El Juzgado ordenó que Miquirucama fuera examinado por el Departamento de Medicina Legal y, cumplido este hecho, los médicos forenses definieron al sindicado como "analfabeto con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Es una persona primitiva, en estado semisalvaje" (firmado Dr. Antonio Segura Garzón, Médico Jefe de Medicina Legal).

Concluída la etapa informativa se calificó el mérito del negocio y se llamó a Miquirucama a responder en juicio por delito de homicidio agravado, y se regló su conducta según las normas del art. 29 del C. P. El auto procesatorio terminó con el sobreseimiento definitivo en favor de las demás personas vinculadas a la investigación. Tramitado el juicio y condenado Miquirucama, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio, en escrito que obra a los folios 3 a 7 del cuaderno del ad quem, solicita la declaración de nulidad de que trata en su numeral 1º el art. 37 del Decreto 1358 de 1964. El Tribunal dictó sentencia haciendo caso omiso de las peticiones de la Fiscalía y confirmó en todas sus partes el fallo consultado.

II. - Demanda de Casación. Fue interpuesta por Manuel del Río Angel, Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio, el día dos de julio de 1969, quien sustentó la respectiva demanda en 22 de noviembre último.

Ya se dijo que, previamente, la Fiscalía, en escrito de 14 de mayo de 1969, solicitó en vano del Tribunal Superior de Villavicencio, la nulidad de todo lo actuado en el proceso, por las razones anteriormente anotadas y que se resumen en la forma siguiente:

Para los efectos jurídico-penales la legislación colombiana divide la población indígena del país en tres categorías:

a) Los salvajes.

b) Los semisalvajes.

c) Los civilizados.

Cita el memorialista al profesor Luis Carlos Pérez y advierte que en lo tocante a los indígenas se da una quiebra del principio según el cual la ley es aplicable a todos los colombianos, "o habitantes del territorio nacional". Los indígenas son considerados como si no fueran personas, cuando se encuentran en los estados salvaje y semisalvaje. Para los ya civilizados, rigen las leyes sin más atenuaciones que las reconocidas a los delincuentes comunes.

Frente a esta quiebra del principio enunciado, la Fiscalía se pregunta a quién corresponde conocer y fallar de los delitos cometidos por los indígenas pertenecientes a los estados salvaje y semisalvaje. Y se contesta: por virtud de la situación que los domina, fruto de la indiferencia del Estado, están sujetos a las disposiciones contenidas en los arts. 1º y 40 de la Ley 89 de 1890, vigentes por su especialidad y ratificados por el artículo 2º de la Ley 72 de 1892 y por el Decreto 706 de 1931, dictados en ejercicio de las facultades que las leyes anteriores confieren al Gobierno. En el literal c) del art. 3º de este último Decreto se estatuye que son atribuciones de los Misioneros, "en su carácter de directores y protectores de los indígenas castigar con la pena de cinco a noventa días de trabajo correccional suave a los indígenas que cometan faltas o delitos graves contra las personas, la moral o la propiedad ajena, o gra-

ves atentados contra la autoridad".

Dice la Fiscalía que, como surge el problema de diferenciar al indio civilizado del que no lo es, o del que lo está a medias, para los efectos penales, en dicha materia quedan envueltas cuestiones atinentes a la competencia y jurisdicción de la República, pues si se trata de indígenas en los estados salvaje y semisalvaje, quedan excluídos de la jurisdicción ordinaria.

Prosiguiendo en sus razonamientos el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio hace cita del concepto que en su hora rindiera el doctor Gutiérrez Gómez a la Corte Suprema de Justicia, en su condición de Procurador Delegado en lo Penal, en el que pedía se hiciera al indígena delincuente un examen siquiátrico para disponer si acusaba la riqueza de representaciones conceptuales y valorativas mínimas de las gentes del promedio y si la dirección y vigor de su voluntad, sus bases afectivas y fuerzas motivadoras pueden ser consideradas suficientes para fundamentar una personalidad ética, en cuyo caso deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria.

Concluye su alegato el memorialista haciendo hincapié en el dictamen médico-legal que definió a Miquirucama como analfabeto con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas, como persona primitiva en estado semisalvaje, para deducir que la jurisdicción competente, en su caso, es la de los Misioneros al tenor del art. 1º de la Ley 89 de 1890, según la cual "la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas", y en consonancia con el art. 2º de la Ley 72 de 1892, más amplio aún y que a la letra dice: "El Gobierno reglamentará, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, todo lo conducente a la buena marcha de las Misiones, y podrá delegar en los Misioneros facultades extraordinarias para ejercer la autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que, saliendo del estado salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por éllas", y del Decreto 786 de 1931, dictado en ejercicio de las facultades concedidas por esas leyes, por medio del cual se atribuyó a los Misioneros de Urabá la facultad de castigar con la pena de 5 a 90 días de trabajos suaves a los indígenas que cometan delitos graves contra las personas. Afirma que el Tribunal Superior de Villavicencio ha usurpado jurisdicción e incurrido en la causal de nulidad señalada por el numeral 1º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, que debe ser decretada favorablemente a sus peticiones.

III. - **Gravámenes a la Sentencia.** Se formulan dos cargos. Con carácter de principal el primero, y como subsidiario, el segundo.

Como el primero habrá de prosperar por las razones que se aducirán más adelante, la Sala no considera pertinente el estudio del segundo.

Primer Cargo. - Se funda en el inciso segundo, numeral 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, por haber incurrido el sentenciador en error de hecho manifiesto en la apreciación de la pericia médico-legal que aparece al folio 90 del sumario, error que lo indujo a incurrir en la causal cuarta de casación prevista en el mismo artículo, ya que el error de hecho y la nulidad invocados aparecen de forma manifiesta en los autos. La diagnosis de los forenses define al sindicado como un semisalvaje, "equiparable a los menores de edad", de conformidad con la Ley 89 de 1890, cuyo artículo 40 se encuentra vigente. Esta calificación legal de los indígenas, como menores se basa en su deficiente contacto con la civilización, sin embargo de que sus representaciones intelectuales y volitivas normales corresponden a la de los infantes que han evolucionado desde su nacimiento hasta la edad en que se consideran aptos para ingresar a la escuela. Dicho error de hecho y de carácter manifiesto condujo al sentenciador a la violación indirecta de la ley sustancial contenida en el art. 29 del C. P., por falta de aplicación de los arts. 1º de la Ley 89 de 1890, 2º de la Ley 72 de 1892, y

por aplicación indebida del Libro 1º, Título 2º, Capítulo 2º del C. P. —Medidas de Seguridad— lo que dio origen a la nulidad resultante de una tramitación procedimental distinta a la pertinente. Se juzgó y condenó a Miquirucama, considerándolo débil mental, cosa que no hubiera ocurrido si la diagnosis médico-legal se hubiese interpretado correctamente. Piensa el demandante que, bien estimado el problema, las medi das que deberían adoptarse en relación con el indígena, en vista a la calificación que de ellos hace la ley civil como menores de edad, a virtud del art. 40 de la Ley 89 de 1890, son los procedimientos y penalidades señalados en la Ley 83 de 1946 (Estatuto Orgánico de la Infancia Desvalida) y en el Decreto 18 de 1964 y no el art. 29 del C. P. porque su falta de evolución social y analfabetismo no bastan a sustentar la calificación que les dio el sentenciador equiparándolos a débiles mentales.

La demanda señala como violados también los arts. 8º y 10º del Convenio Internacional del Trabajo, relativos a la protección e integración de las poblaciones indígenas (Ginebra 1957) aprobado por el Congreso de Colombia por medio de la Ley 31 de 1967, cuyos textos se transcriben:

"Art. 8º. Los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por los miembros de dichas poblaciones".

"Art. 10º. Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales.

"Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión, se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

"Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento".

El recurrente concluye con la afirmación de que también estas normas del Derecho Internacional fueron violadas por el sentenciador, cuando dejó de aplicarlas al caso controvertido. Y dictó sentencia en juicio viciado de nulidad —incompetencia de jurisdicción— habiendo incurrido en la causal 4ª de los motivos de casación.

IV. - Concepto del Procurador:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal al descorrer el traslado de rigor, se expresa en la siguiente forma:

"Dice la demanda al formular el cargo con base en la causal primera de casación contemplada por el art. 56 del Decreto 528 de 1964, que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al estimar el dictámen médico-legal, por cuanto de esta prueba no se desprende que el procesado padezca de anomalía psíquica o sea un débil mental, sino que '...ha fijado que se trata de un semisalvaje, que de conformidad con la Ley 89 de 1890, art. 40, vigente, equivale a un menor de edad, cuestión muy diferente de la deducida por el fallador...', asimilación que se fundamenta en su poco o ningún contacto con la civilización y así el fallador al concluír que el procesado 'era un débil mental', '...incurrió en error de hecho manifiesto, porque no hay peritazgo alguno que señale a este con anomalías psíquicas...', lo cual condujo a la violación del art. 29 del C. P. y de otras normas (art. 2º Dto. 528/64, art. 2º Dto. 1819/64, Libro 1º, Título 2º, Capítulo 2º del C. P., Medidas de Seguridad) y produjo nulidad '...puesto que se aplicó el procedimiento especial contenido en las normas indicadas en vez del ordinario...', considerándose al procesado como débil mental '...a lo cual no habría dado una correcta interpretación del dictamen y como consecuencia se le aplicaron medidas de seguridad, que en el orden de la penalidad no eran las aconsejables...'.

"Estima también el señor Fiscal que dada la calificación de los indígenas como menores de edad '...sería más aconsejable la aplicación del procedimiento y penalidad indicada en la Ley 83 de 1946 y del Decreto 1818 de 1964, que el art. 29 del C. P.,

porque la circunstancia especial de su analfabetismo y falta de civilización, no lo puede hacer considerar como afectado por anomalías psíquicas...' y tal asimilación legal, permite la aplicación de las normas referidas '...porque ello implica tener en cuenta su incapacidad surgida de las dificultades de la edad cronológica y de la edad cultural en el desarrollo propio de los pueblos en estado natural, en vía de civilización...'.

"El tema a estudio había sido tratado en forma inobjetable por la Procuraduría Delegada en lo Penal en concepto citado por la H. Corte en la correspondiente sentencia de casación, de 22 de septiembre de 1950 G. J. Tomo LXVIII, Nos. 2087 y 2088, pág. 235. En consideración a que dichas tesis o planteamientos jurídicos corresponden o se compaginan con el caso sub examine este Despacho las ratifica y adhiere a ellas, por lo cual se transcriben, así:

" 'De acuerdo con estas normas (art. 1º L. 89 de 1890 y art. 2º L. 92 de 1892) y para los efectos jurídicos los indígenas pueden clasificarse en tres agrupaciones:

" 'Primera, Salvajes;
" 'Segunda, Semisalvajes, y
" 'Tercera, Civilizados.

" 'Para las dos primeras categorías no rige la legislación general de la República, y los jueces de los indígenas salvajes y semisalvajes son los Misioneros, quienes, por lo tanto, ejercen sobre los indios jurisdicción civil, penal y judicial'.

" 'Solo los indígenas civilizados quedan bajo el imperio de las leyes comunes'.

" 'Pero si en el campo penal ello se justificaba durante la vigencia del Código de 1890, estatuto que basaba la responsabilidad del delincuente en el libre albedrío y en el normal ejercicio de sus aptitudes morales e intelectuales, y un indígena salvaje o semisalvaje carece de esos atributos, no ocurre lo mismo en el Código vigente. Porque en éste, como lo dijo la Comisión de Reforma, se adoptó la actividad psicofísica como fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad como medida de la pena, de tal suerte 'que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que, en su condición de seres peligrosos para la sociedad, deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente".

" 'Ajustado a este principio, el Código estatuyó lo siguiente:

" 'La ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional' (artículo 4º).

" 'Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código' (art. 11).

" 'Y en su artículo 432 dijo:

" 'Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley'.

" 'Ante mandatos tan claros y perentorios como los tres anteriores, cree la Procuraduría que los artículos 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 92 (sic) de 1892 quedaron modificados y no rigen ya, tratándose de infracciones penales cometidas por los indígenas salvajes y semisalvajes'.

" 'Y como esos sujetos, dada su insuficiencia psíquica (moral, intelectual y afectiva) pueden asimilarse a un retrasado mental o a un menor de edad, como los equipara la expresada Ley 89, los hechos delictuosos realizados por ellos deben sujetarse a las medidas de seguridad establecidas por el Código actual que son las más adecuadas para obtener la readaptación a la vida social respecto de esa clase de delincuentes. Especialmente las colonias agrícolas serían la medida represiva mejor indicada como sanción para los indígenas, teniendo en cuenta su idiosincrasia rústica y su buena capacidad para las labores del campo'." (fs. 26 a 29 C. Nº 4º).

V. - Consideraciones de la Corte:

La sentencia de segunda instancia y el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal recogen, sin reservas, uno anterior emitido por el Dr. Luis Zafra, quien en ejercicio de las funciones de Procurador Delegado, en el año de 1950, rectificó otro concepto antecedente originario de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de afirmar que si en el campo penal la aplicación de las leyes 89 de 1890, art. 1º, y 72 de 1892, art. 2º, se justificaban durante la vigencia del Código de 1890, estatuto que basaba la responsabilidad del delincuente en el libre albedrío y en el normal ejercicio de sus facultades morales e intelectuales, y un idígena salvaje o semicivilizado carece de estos atributos, no ocurre lo mismo en el Código vigente. Porque en este se adoptó la actividad sicofísica de la imputabilidad penal y la peligrosidad como medida de la pena, de tal suerte que no hay razón alguna, como dijo la Comisión, para que se excluya de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc, que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben estar sometidos a la acción del C. P. de la misma manera que los normales o sanos de la mente.

Los hechos delictuosos de los indígenas no civilizados —continúa Zafra— deben apreciarse según las reglas penales comunes; pero teniendo en cuenta que su estado no los puede hacer capaces de las sanciones ordinarias, sino de las especiales medidas de seguridad configuradas para los débiles mentales. Las colonias agrícolas serían una represión adecuada, si se tiene presente la rusticidad del indígena y su idoneidad para las labores campestres.

Mas para llegar a estas sanciones —Medidas de Seguridad—, es preciso, según él, que en el auto de proceder se formule el cargo teniendo al indígena como sujeto anormal (deficiente o retrasado mental, según el caso, o como menor de edad, conforme a la Ley 89 de 1890) y que el veredicto de los Jueces de conciencia, en los procesos de conocimiento del Juez Superior, así lo califique.

Reputados tratadistas colombianos comparten igualmente este criterio y afirman que "los arts. 4º y 432 del Código Penal vigente son suficientemente claros, terminantes, y anulan la anterior doctrina sobre la aplicación especial de las leyes de 1890 y 1892, amén de que existen otras razones de índole antropológica y social que impiden la prosecución de las prácticas de los Misioneros, cuyo criterio de paternalismo se opone al rendimiento de la personalidad en los campos del trabajo material y de la llamada 'cultura espiritual', puesto que si con el régimen de excepción se pretende respetar la costumbre de los aborígenes, debe darse autoridad al jefe de la tribu para castigar. Y si lo que se desea es aprovechar la ocasión del delito para hacer sentir al criminal la necesidad de amoldarse a las normas sociales generales, el indígena debe ser tratado como cualquier otro hombre cuya mentalidad no estuviera acorde con las normas de conducta aceptadas comunmente".

"Ciertos delitos cometidos por indígenas, pueden resultar inimputables por ignorancia invencible, según el numeral 2º del artículo 23. Y es quizá una de las pocas situaciones de aplicación de dicho precepto, que, como veremos al estudiarlo, constituye una excepción a la presunción sobre el conocimiento de la ley, pues dicha presunción no puede extenderse a situaciones especialísimas como esta a que nos referimos ahora, sin consagrar un serio peligro contra sicologías deficitarias, y no por obra de los individuos sino por falta de acción del Estado".

"En nuestro país coexisten, al lado de formaciones culturales altamente evolucionadas, otras que aún mantienen intactas las prohibiciones tabú y el animismo mágico. La transformación de estas formas no se efectúa por contacto, ni por ósmosis, sino como una penetración adecuada, respetando lo que representen como fuerzas tradicionales de adaptación, cuya tarea no será de pocos años y pertenecen al unísono al antropólogo y al político, más que al jurista y al médico".

En el mismo sentido se han expresado diferentes conferencias internacionales indigenistas, acordes en solicitar un tratamiento categoremático para los pueblos y grupos no civilizados. Con muchos años de anticipación nuestra Ley 89 de 1890, art. 1º, materializó jurídicamente esta pretensión constante de antropólogos, siquiatras, sicólogos:

"Artículo Primero. - La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones".

Se entiende, claro está, que si los salvajes en proceso de reducción a la vida civilizada por medio de Misiones, no caen bajo el imperio normativo del Código vigente, con mayor razón quedan fuera de él los salvajes que no han tenido contacto ninguno con la civilización. Por ello, muy acertadamente, dice la Procuraduría que el art. 1º de la Ley 89 de 1890 estatuyó tres grandes categorías en nuestra población tribal: los salvajes, los semisalvajes y los civilizados.

Dicho lo anterior, parece necesario hacer evidente que en el problema sub iudice el meollo de la cuestión radica en saber si, frente al principio de la territorialidad consagrado por el art. 4º del C. P., se encuentra vigente el art. 1º de la Ley 89 de 1890, que segregó a las poblaciones indígenas, no civilizadas, del principio de la igualdad jurídica. El art. 26 de la Carta impide aplicar sanción por infracciones, sino de conformidad con los ordenamientos procesales y a virtud de las sentencias dictadas por los jueces competentes.

Estudiará la Sala asimismo la vigencia del art. 1º de la Ley 89 de 1890 frente al art. 58 de la Constitución Nacional: "La justicia es servicio público de cargo de la Nación", precepto que se deriva del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, a partir del cual no puede existir en Colombia régimen alguno de juzgamiento diverso del que corresponde a los funcionarios de la República. Esta advertencia adquiere relevante significación frente al art. 2º de la Ley 72 de 1892, que autorizó al Gobierno para delegar en los Misioneros la competencia para juzgar a los indígenas en materia civil, penal y judicial.

El Principio de la Territorialidad.

Lo consagra nuestra legislación, sistemáticamente, a partir de la Ley 1ª de junio 27 de 1837, inmediatamente posterior a la Ley 23 del 17 de septiembre de 1821, por medio de la cual se dijo:

"Art. 1º Se estingue para siempre el tribunal de la Inquisición, llamado también 'Santo Oficio': jamás podrá restablecerse, i sus bienes i rentas se aplicarán al aumento de los fondos públicos.

"Art. 2º. En consecuencia se declara, haber reasumido los M. RR. Arzobispos, reverendos Obispos, o sus Vicarios, la jurisdicción eclesiástica i puramente espiritual, de que les había privado el establecimiento de la Inquisición, para conocer en las causas de fe con arreglo á los cánones i derecho común eclesiástico, i para imponer a los reos las penas establecidas por la potestad de la Iglesia; salvos siempre á los acusados los recursos de fuerza á los tribunales civiles con arreglo a las leyes.

"Art. 3º. El seguimiento de tales causas tendrá solamente lugar con los católicos romanos nacidos en Colombia, con sus hijos, i con los que habiendo venido de otros países se hayan hecho inscribir en los rejistros parroquiales de los mismos católicos; mas no con los estranjeros que vengan a establecerse temporal o perpetuamente, ni con sus descendientes, los que no podrán ser de modo alguno molestados acerca de su creencia, debiendo sí respetar el culto i la relijión católica romana. En caso de cualquiera contravención, los prelados ú ordinarios eclesiásticos darán parte a los jueces respectivos, para que pongan el remedio conveniente.

"Art. 4º. En todos los negocios i causas relativas á la disciplina esterna de la Iglesia, como prohibición de libros i otras semejantes, se conservarán íntegras é ilesas las prerrogativas de la potestad civil, lo mismo que todas aquellas que correspondan al Supremo Gobierno en calidad de tal i como á protector de la Iglesia de Colombia".

La Ley 23 de 1821 en su Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Primero, art. 93, dice: "Serán castigados conforme a este Código sin que sirva de excusa la ignorancia de lo que en él se prescribe: los nacionales i estranjeros que dentro del territorio de la República cometan algún delito o culpa, salvas respecto a los últimos las excepciones establecidas en el derecho internacional...".

El mismo principio de la territorialidad de la Ley, con el mismo texto del art. 93. fue reproducido por el Libro Segundo, Título Primero. Capítulo Primero, del Código Penal de 1858, en su art. 88.

En los Códigos Legislativos del Estado Soberano de Santander, Tomo Tercero, edición oficial de 1884, art. 39, se dijo:

"Son punibles sujetos a la responsabilidad legal, sin que les sirva de disculpa la ignorancia de la Ley, no solamente los autores del delito sino también los cómplices y los encubridores".

El Código Penal de 1890, Ley 19, que empezó a regir el 15 de junio del mismo año, consagró el principio de la territorialidad de la ley, en los siguientes términos:

"Artículo 20: Serán castigados conforme a este Código, sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que él prescribe:

1º "...Los nacionales y extranjeros que dentro del territorio de la República se hagan responsables de acciones u omisiones que aparejen responsabilidad penal, salvas, respecto de los extranjeros, las excepciones establecidas en el derecho internacional".

El mismo texto fue reproducido, a la letra, por el art. 20 del proyecto de Código de 1926.

Por último, el art. 4º de la Ley 95 del 24 de abril de 1936 (Código Penal actual), que comenzó a regir el 1º de julio de 1938, estatuyó el principio de la territorialidad, como se dice adelante:

"La Ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones establecidas por el derecho internacional".

Las transcripciones anteriores muestran claramente cómo en unas mismas voces, o con palabras diferentes, el principio de la territorialidad de la ley ha sido unívoco en la tradición penal colombiana, que siempre consideró aplicable sus normas a todos los habitantes del territorio nacional, salvas, respecto de los extranjeros, las excepciones consagradas en el derecho internacional.

Pero la Ley 89 de 1890, como ya se dijo, en su art. 1º, segregó del principio de la igualdad jurídica a los salvajes que vayan siendo reducidos a la vida civilizada por medio de Misiones.

Cabe preguntarse, entonces, si, como lo afirma el Procurador Primero Delegado en lo Penal, los arts. 4º, 11 y 432 del C. P. derogaron los arts. 1º y 2º de las Leyes 89 y 72 de 1890 y 1892, respectivamente, y si los hechos de los indígenas, configurantes de infracciones penales, a la luz del Código vigente, caen bajo su imperio, pues aquellos deben ser asimilados a los anormales de que trata el art. 29 del mismo estatuto, pues la suya es conciencia deficitaria, equivalente de los estados oligofrénicos, y las medidas aplicables a sus actos son las de "seguridad" reglamentadas por el Libro 1º, Título 2º, Capítulo 2º del C. P., especialmente las de relegación a colonias agrícolas, compatibles con la acentuada rusticidad de los salvajes.

La Sala comparte el criterio del Procurador cuando precisa que los arts. 11, 12, 29 y 30 del C. P. son la consecuencia lógica de que la Comisión de Reforma hubiese adoptado la actividad sicofísica como fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad como medida de la pena, sin excusar los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, etc., que por su condición de seres peligrosos para la sociedad, deben también estar sometidos a la acción del C. P., de la misma manera que los normales y sanos de mente. Lo anterior, independientemente de que la doctrina moderna aboga por el retorno al criterio de la culpabilidad como sustento de todo sistema represivo y por la unificación de las penas, excluyendo las medidas de seguridad. Pero mientras

dichas normas no sean modificadas, estas razones valen para el legislador, mas no para el juez que encuentra en la ley escrita la fuente exclusiva de sus decisiones. Mas es equivocado el criterio que define a los menores, por el hecho de serlo, como seres peligrosos. Y lo es el que señala los estados salvajes como deficitarios sicológicamente, por el simple hecho de que sus vivencias existenciales no hayan alcanzado el grado de progreso que distingue a los pueblos civilizados. Se olvida por este modo que las oligofrenias son irreversibles, y que la exquisita rusticidad que se reconoce en los salvajes, que los capacita para adaptarse a las tareas agrícolas, supone que son capaces de evolucionar y ponerse en condiciones de asimilar la cultura agrícola, cimiento originario en la evolución de los pueblos y actividad permanente de los pueblos ya civilizados. La diferencia de los salvajes con los hombres cultos radica en el grado de su evolución diferente, que los extraña de un mundo contemporáneo suyo en el tiempo cronológico, cuya tabla de valores obedece a un orden de jerarquía conceptual compleja, de elaboración lenta y difícil, pacientemente trabajado por la historia y procesado con el concurso y experiencia de plurales culturas. Orden de valores, en fin, cuya confrontación demanda la existencia de una personalidad ética, incompatible con el estado salvaje, de contenido social rudimentario, determinante del "yo indiferenciado" de sus gentes caracterizadas por una complejidad diversa en la forma peculiar y difusa de intuir, sentir y pensar, configurantes de una estructura síquica en que la persona y los objetos se determinan mutuamente. De este carácter complejo y difuso de la personalidad primitiva —dice Karl vonden Steinen— dependen la escasa centralización de los momentos esenciales, por lo que esa personalidad no se destaca en su núcleo, y por eso, respecto a una estructura evolucionada, aparece como una forma menos constante, más lábil. Refiriéndose a sus personales experiencias en indoamérica da noticia de que, entre los brasileños son comunes expresiones como: "tenemos que prescindir completamente de los límites que existen entre el hombre y el animal. Un animal predilecto puede ser más sensato y más tonto, más fuerte o más débil, que un indiano, puede tener otro género completamente diverso de vida; pero sus ojos son una persona exactamente como él mismo. Los animales, como los hombres, se reunen en familias y tribus, tienen diversos lenguajes como las tribus humanas".

"Los pueblos primitivos se regulan en su personalidad por la ley para pro toto. Cada parte corresponde esencialmente al entero síquico y lo determina. No hay partes accesorias en el yo primitivo, como no es accesorio el yo mismo. Toda parte del yo corporal y espiritual representa hasta cierto punto la totalidad síquica. El nombre no es una parte de la persona sino la persona misma. El vestido, la flecha, los cabellos, la sombra, los pilones, no son atributos o pertenencias de la persona. Se confunden con el yo del que se proyectan, mágicamente, sin contraponérsele. Lo propio ocurre con el yo difuso e indiferenciado del hombre y su mundo circundante, frente al cual su personalidad se limita escasamente, pues con él se confunde. El hombre, el jaguar, la cabra, el pez, todos son personas con diferentes propiedades y aspectos. "La razón profunda de esta forma indiferenciada de ser el yo primitivo o salvaje se deriva de la inexistencia de una personalidad ética". Tampoco existe así la posibilidad de que el indígena ostente el sentido del bien y del mal. Su concepto sobre el particular es grosero y se confunde con lo agradable o perjudicial. Su conocimiento del ideal y de lo moral, estimulados por la recompensa o por el temor del castigo, no forman parte de su conducta". (H. Wermer. Sicología Evolutiva).

Existencialmente, su tiempo no coincide con el mundo civilizado del cual es cronológicamente contemporáneo. Coexiste con él en tiempos diferentes, a la manera como, paradógicamente, pudieran coincidir dos esferas en periferia y volumen, pero con centro distinto. García Bacca hace notar cómo dentro de la fenomenología social y jurídica, este absurdo geométrico es apenas aparente. Los sociólogos dirían que por tal modo coinciden lo contemporáneo y lo no contemporáneo. Biológicamente coinciden igualmente el hombre primitivo y el hombre civilizado. Pero el primero no es una

categoría social. Por ello, aunque los dos coexisten al tiempo en el ámbito de la nacionalidad, no conviven culturalmente y se gobiernan por normas diferentes. Apretando un poco los hechos pudiéramos decir que cronológicamente tampoco coinciden el aborigen y el hombre civilizado. El aborigen es un hombre anacrónico, un hombre sin tiempo. Raúl Haya de la Torre apuntaba con sobrada razón, que para realizar un viaje a través del tiempo era suficiente cruzar uno y otro confín del continente nuestro americano. Las distancias se profundizan y ensanchan, aún más si cabe, cuando pensamos que en los últimos treinta años el mundo civilizado ha evolucionado en proporción geométrica en comparación con los siglos que nos preceden. En la época de la fisuración del átomo, de la ingeniería genética, cuando la biología molecular promete para las próximas décadas revolucionar el comportamiento de los grupos animales, sin excluir al hombre, el salvaje es el pretérito irreversible o, cuando más, lo prehistórico actual. Nuestras leyes dictadas para el mundo contemporáneo no lo alcanzan, a menos que contemplen expresamente su específico estado. El Código Penal vigente no tiene categorías jurídicas ni mentales para confrontar la situación de los salvajes. Las tiene sí para las gentes civilizadas normales. Y para los anormales, para los menores que delinquen, a quienes se consideró originariamente como peligrosos por el hecho de ser menores delincuentes. No obstante, esta situación fue corregida posteriormente por la Ley 83 de 1946 y concordantes sobre la materia.

No puede negarse, sin embargo, que existe una legislación incipiente sobre los estados salvajes, (leyes 89 y 72 de 1890 y 1892, respectivamente). La primera los excluyó del principio de la igualdad jurídica y los asimiló a menores de edad, para algunos, muy limitados, efectos civiles (art. 40). La segunda, la 72 de 1892, suspendió los efectos de la legislación ordinaria para los aborígenes y facultó al Gobierno para delegar en los Misioneros la competencia judicial, penal y civil, al favor de convenios. La Ley 89 de 1890, en su art. 1º, es terminante en sus mandamientos. Establece un régimen exceptivo en favor de los salvajes delincuentes y, en general, los divide en tres grandes categorías: salvajes, semisalvajes, civilizados. Sólo para estos últimos se considera imperante la legislación general. Su texto conforma una proposición jurídica completa, claro en su tenor literal, unívoco, operante. Su imperio no admite discusiones. La Comisión Redactora del Código de 1936, ignoró su existencia. Quizás porque la consideró vigente o porque simplemente no reparó en la presencia de tribus en las condiciones de vida a que se refiere la norma en cuestión. Entre las disposiciones del C. P. y la Ley 89 de 1890 no se da contradicción alguna, por sustracción de materia. El argumento de que en materias civiles rige, para los indígenas, esta Ley (art. 40), porque no se ha expedido un nuevo Código, como si ocurrió en lo penal, cuyo Código, artículo 432, derogó todas las normas que le sean contrarias, es argumento ilógico. Pues si bien es cierto que no ha sido expedido un nuevo estatuto civil, no lo es menos que el Código respectivo norma sobre los incapaces. Y los menores son incapaces. No se ve entonces por cuales razones valederas pudiera fundamentarse dicho argumento. Si las excepciones establecidas por el art. 40, de la Ley 89 de 1890, rigen en lo civil para los indígenas que vayan reduciéndose a la vida civilizada a través de Misiones, con el mismo argumento debe considerarse vigente el régimen exceptivo establecido por dicha ley en materia penal, en su artículo primero, acogiendo el principio universal, muy conocido, de que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Distinto es, que se alegue por el Procurador que la competencia en materia penal, civil y judicial, es de carácter indelegable, y corresponde a la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Que el art. 2º de la Ley 72 de 1892, resulta claramente contrario a las normas constitucionales que determinaron la competencia y los organismos que la ejercitan en la República. Para delegar la competencia hay que ostentar su personanería, y no puede reclamarla para sí el Ejecutivo, ni puede delegarla. En este particular, el criterio de la Procuraduría es acertado y la Sala habrá de modificar, en tal sentido, jurisprudencias suyas anteriores.

Resulta contradictorio también invocar

para los indígenas la aplicación de las medidas de seguridad a que remite el art. 29, por interpretación extensiva, asimilándolos a deficientes mentales, si, como requisito previo a dicha aplicación, los médicos legistas deben determinar, en cada caso, a través de pormenorizado estudio, el estado salvaje o semisalvaje del sindicado, haciendo pie en las disposiciones que se consideran derogadas. Dice la Procuraduría: "mas para llegar a estas sanciones (medidas de seguridad) es preciso que en el auto de proceder se formule el cargo teniendo al indígena como sujeto anormal (deficiente o retrasado mental, según el caso, o como menor de edad, conforme a la Ley 89 de 1890), y que el veredicto de los jueces de conciencia, en los procesos de conocimiento del Juez Superior, así lo califique". Se piensa que para los efectos de equiparar a los indígenas con los menores de edad se encuentra vigente la Ley 89 de 1890. Pero no en cuanto los excluye de la aplicación de la legislación ordinaria de la República. El principio de contradicción lógica invalida el raciocinio del Procurador, por obvias razones. Pero de todos modos el argumento de la Procuraduría, sin proponérselo, viene en apoyo de la tesis sustentada por esta Sala, favorable a la vigencia de la Ley 89 de 1890, en los artículos pertinentes.

La Sala insiste en que los aborígenes, por el hecho de serlo, no son deficientes ni retrasados mentales, pero tampoco menores de edad, sin embargo de la asimilación a estos últimos, por la ficción legal establecida por el art. 40 de la Ley 89 de 1890. Ocurre simplemente que la doctrina de los autores concuerda en dicha asimilación, porque, sicológicamente, los sicópatas, los retrasados mentales y los menores de edad, ostentan características que les son comunes aparentemente. Los tres poseen, efectivamente, una personalidad peculiar, cuyo acento dominante es la evidencia de un "yo" indiferenciado, lábil, carente de notas esenciales, falto de concentración, periférico, no contrapuesto al mundo circundante, con el cual se confunde.

Este 'yo" peculiar se da en cada uno de esos estados, por razones diferentes: en el niño, el "yo" es incipiente, pero en estado de evolución. En el aborigen, esta característica del "yo", depende de las condiciones de su medio incipiente. Las causas son exógenas. En ninguno de estos casos existe anormalidad. En el retrasado mental, en cambio, se da un "yo" detenido en su evolución. Su estado es de carácter irreversible. En el esquizofrénico, su estado radica en la disolución, más o menos acusada, de su personalidad, que en estado de normalidad es delimitada formalmente, y de modo significativo. (Schilder, Storch). La irrupción del mundo en el "yo", la transformación del yo en el ambiente, su labilidad, su difusibilidad, obedece a la desconcentración de la personalidad. (H. Werner).

José Sanchies Banús, citado por Jiménez de Asúa, decía que "la conciencia es una noción particularmente imprecisa; y por justa razón lo es tanto como ella misma el término contrario de la 'inconciencia'... No hay situación de inconciencia. Hay grados de conciencia. La perturbación de la conciencia no es nunca pura, además, sino que se acompaña de una perturbación global del siquismo. Definir un estado mental como una situación de inconciencia, es como definir una pulmonía como un estado de fiebre".

Si pues dentro de los terrenos francamente sicopáticos encuentra la siquiatría contemporánea tan serias dificultades para orientar el criterio del legislador, qué decir de quienes se refieren al estado salvaje como situación mental deficitaria?

Medrano Ossio afirma que "El estado sicológico mental del indígena de hoy no permite responsabilizarle conforme a las vigentes normas procesales. No se da cuenta ni forma conciencia del verdadero alcance del acto que perpetra, incluso si es un crimen abominable, ni menos puede comprender, porque vive al margen de los convencionalismos, aquellos otros delitos que se han llamado artificiales. La vida indígena contemporánea se desarrolla al margen de

la civilización que goza el blanco y el mestizo. La igualdad ante la ley en que se vea colocado es por tanto absurda y no admisible en el derecho punitivo". Y agrega: "A la vista de estas realidades el indígena debe ser considerado inimputable por el delito cometido, y la pena, infecunda, debe ser sustituída por medidas sicopedagógicas, siquiátricas y otras que hagan del indígena un ser innocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".

Algunas legislaciones penales latinoamericanas que doctrinariamente se inspiran en los principios que fundamentaron nuestra reforma de 1936, para salvar los escollos creados en su territorio por la existencia de pueblos aborigenes, dictaron normas específicas y adecuadas a la idiosincrasia del hombre primitivo. Este es el caso de Venezuela. En el anteproyecto del Código de 1967 art. 16, se dijo: "El Tribunal podrá declarar inimputable al indígena que cometa un hecho calificado de punible, teniendo en cuenta su incapacidad de comprender la ilicitud de su acto o de obrar conforme a las normas de derecho".

No existe en nuestra legislación norma similar a la transcrita, y no es posible, en el caso del indígena, considerarlo imputable, por la comisión de hechos que se catalogan punibles, por interpretación extensiva de las normas generales, de cuyo imperio fueron extraídos expresamente.

No es que el indígena se considere o pueda ser considerado como un deficiente mental en el sentido patológico de la expresión. El indígena no es un frenasténico, ni un imbécil, ni un perturbado mental, aquejado de morbosidad, sino la persona a quien el grado incipiente de cultura social le impide comprender, en el momento de la ejecución del hecho, la ilicitud de sus acciones, y arreglarlas conforme a los valores exigentes que gobiernan la vida de los pueblos civilizados.

Conclusiones:

Dos aspectos de la cuestión quedan perfectamente claros: 1º Los salvajes no son retrasados mentales, por el solo hecho de su "estado". 2ª Si lo fueran, no les serían aplicables las disposiciones de la legislación ordinaria de la República, de la que fueron excluídos, por el art. 1º de la Ley 89 de 1890, consagratorio de un régimen exceptivo, especialísimo, —acorde con su categoría— cuyos preceptos organizam una proposición jurídica completa.

Queda por dilucidar si, en ausencia de normas precisas, el régimen señalado por el recurrente, los ordenamientos y procedimientos de la Ley 83 de 1946 y complementarias, rectoran los hechos de los salvajes y semisalvajes que delinquen, ya que el principio esbozado por el art. 1º de la Ley 89 de 1890, no tuvo desarrollos posteriores, y, si los tuvo, no son aplicables por las razones explicitadas en los comentarios al art. 2º de la Ley 72 de 1892.

La verdad sobre el particular es que los salvajes no siempre son menores de edad, y no es posible asumirlos como tales, por interpretación extensiva, puesto que también la Ley 83 de 1946 y las normas que la complementan, forman parte de la legislación ordinaria de la República, de la que fueron excluídos perentoriamente.

Los arts. 8º y 10º de la Convención Internacional del Trabajo, ratificados por el Congreso de la República (Ley 31 de 1967), obligan a legislar sobre la materia. Pero no fueron traducidos a normas legales.

El art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, establece: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la Ley. A este respecto la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional y social, posición económica o cualquier otra condición social". Consagra este precepto un mínimo de garantías con apoyo en el principio de la igualdad jurídica, mas no se opone contradictoriamente a la existencia de un régimen de carácter favorable y específico, no discri-

minatorio. Ni podía oponerse, puesto que la Ley 89 de 1890 forma parte de la legislación de la República, sólo que es de condición excepcional. No se desvirtúa con su aplicación el principio de la territorialidad de la Ley. Se aplica, en sus términos precisos, como principio exceptivo, sin que pueda pretenderse que por imperio del citado art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles, fueron abolidos los regímenes especiales establecidos por el legislador colombiano, como el de menores, regulado por la Ley 83 de 1946 y normas complementarias, para señalar un solo caso.

Finalmente, la Sala comparte el criterio de quienes sostienen que "la justicia es un 'servicio público' de cargo de la Nación" (art. 58 de la Carta), a partir del cual no puede existir en Colombia ningún régimen de juzgamiento fuera del que corresponde a las autoridades de la República. Por consiguiente, fueron abolidas las jurisdicciones particulares: la de los Misioneros a que se contrae el artículo 2º de la Ley 72 de 1892.

Célimo Miquirucama fue definido por los forenses como "semisalvaje analfabeto, con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas". Siendo ello así, el concepto de los médicos legistas indica, con precisión incuestionable, que fue catalogado en la segunda de las tres categorías de indígenas reconocidas por nuestra legislación —semisalvaje— cuyos actos quedaron excluídos de la legislación ordinaria de la República. No obstante, el Juez de conocimiento, primero, y luego el Tribunal Superior de Villavicencio, sometieron su conducta a las normas y procedimientos contemplados por el art. 29 del C. P., a las medidas de seguridad de que trata el Libro 1º, Título 2º, Capítulo 2º, del mismo Estatuto, y lo condenaron a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas, con el criterio de que la pericia médica —folios 90 del cuaderno principal— señala a Miquirucama como débil mental, víctima, en consecuencia, de grave anomalía síquica, habiendo incurrido por este modo en error de hecho manifiesto en la apreciación de dicha prueba, pues uno es definirlo, como lo dice la pericia médico-legal, "semisalvaje analfabeto, con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas", y de otro, catalogarlo, como lo hace el Tribunal ad quem, débil mental, aquejado de grave anomalía síquica. Incurrió el sentenciador, por este medio, en violación de la norma sustancial contenida en el art. 29 del C. P., en forma indirecta, por aplicación indebida y aplicó también indebidamente las medidas de seguridad (Libro 1º, Título 2º, Capítulo 2º del C. P.), cuando condenó a Miquirucama a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas. Por último, dictó sentencia en juicio viciado de nulidad —incompetencia de jurisdicción— y violó igualmente, por falta de aplicación, el numeral 1º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, y el art. 1º de la Ley 89 de 1890. Incurrió así el sentenciador en la causal cuarta de casación, art. 56 del Decreto 528 de 1964, en la forma indicada por el recurrente.

La Corte ha sostenido —y parcialmente lo reitera en esta oportunidad— que por mandato de los arts. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, la legislación general de la República no rige entre salvajes, pero que esas leyes sobre indígenas no tienen aplicación ni los preceptos dejan de regir, "sino cuando se demuestre dentro del juicio penal que quien las invoca o se acoge a esas normas de excepción, se halla en estado salvaje y por esta circunstancia, sus actos, comprendidos dentro de la esfera penal, escapan al control de las leyes generales, debiendo regirse por las leyes especiales aplicables a su estado".

No es ésta la primera vez que la Corte considera vigentes normas cuya existencia ésta de fechas anteriores a la expedición del Código Penal actual. En providencia de 8 de junio de 1942, al dirimir colisión de competencias entre el Juez 1º del Circuito Penal de Manizales y el Juez de Circuito de Pereira, manifestó que "el giro de un cheque sin previa provisión de fondos en el banco girado, no puede ser estafa en ciertos casos. pero en la contingencia actual únicamente podría considerarse como violación del artículo 3º, Ley Octava de 1925". Lo cual se explica si se consideran que la legislación penal colombiana, es un complejo unitario, sin que importe que no todas sus

normas se encuentran incluídas en el mismo estatuto, o leyes y estatutos distintos, siendo suficiente que puedan ser consideradas vigentes a la luz de una correcta interpretación jurídica que consulte su jerarquía y prevalencia.

Los requisitos condicionantes de la aplicación del art. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, se cumplen a cabalidad en el caso de autos. Se contraen a la definición médico legal del sindicado como semisalvaje de lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Demostrada la nulidad configurada por el sentenciador, por incompetencia de jurisdicción, es indiferente que el recurrente no hubiera indicado en forma correcta el procedimiento a seguirse en el caso concreto objeto del recurso interpuesto a través de la causal cuarta de casación, pues, cuando este es el caso, surge como obligación de oficio para la Corte declarar la nulidad y estatuir el procedimiento, indicado en qué estado queda el proceso, disponiendo su remisión al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo dispuesto por ella (numeral 3º del art. 58, Decreto 528 de 1964), sin que le sea permitido, examinar el material de mérito. Sin embargo, por vía de extensión, la Sala advierte que no puede ser una pericia sin motivación suficiente, dictada por médicos del común, la que sirva a los jueces para decidir en tan intrincada materia, privativa de los especialistas, de preferencia peritos en siquiatría forense, o antropólogos calificados, cuyo dictamen, ilustre el criterio de la justicia satisfactoriamente.

Dicho lo anterior corresponde a la Corte declarar la nulidad demostrada por el recurrente y decidir en qué estado queda el proceso.

Como el art. 1º de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2º de la Ley 72 de 1892, que otorgó al Gobierno la facultad de hacer delegación de competencias en lo judicial, civil y penal, a manos de los Misioneros resulta en franca oposición con la Constitución Política, pues la competencia es privativa de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, tiénese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes.

No sobra advertir que la competencia tiene que estar claramente establecida por la Ley y que no es permitido a los jueces estatuirla o deducirla con criterio analógico.

El cargo prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

Primero. - Se Invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual impuso a Célimo Miquirucama la pena de reclusión en Colonia Agrícola Especial o en Establecimiento Industrial por el término mínimo de cuarenta y ocho (48) meses como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Francisco Javier González U.

Segundo. - Se Declara Nulo todo lo actuado en este proceso en contra de Célimo Miquirucama, a partir del auto de 3 de octubre de 1967, fecha en la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Granada (Meta) avocó su conocimiento.

Tercero. - Se ordena la libertad inmediata del procesado.

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

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Al discutirse el proyecto por el cual se invalidó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio y se anuló el proceso seguido al indígena CELIMO MIQUIRUCAMA, los suscritos Magistrados expusimos nuestra oposición al razonamiento determinante de esta providencia. Debemos sintetizar por escrito los motivos que tuvimos para mantener esa posición.

Primero.—Admitimos con la mayoría de la Sala que el punto principal es saber si respecto de los indígenas no reducidos a la vida civilizada o que se encuentran en estado de salvajismo rigen las normas del Código Penal o el artículo 1º de la Ley 89 de 1890, que segregó a estos núcleos humanos del principio de la igualdad jurídica. También admitimos que no son correctos los criterios de peligrosidad o enfermedad mental respecto de los indígenas o de los menores, por el hecho de serlo. Esta es una tesis equivocada, como lo observa la Sala, y a nuestro juicio revive arcaísmos ideológicos en pugna con los avances de la antropología y el derecho. La peligrosidad del indio fue sostenida por algunos profesores suramericanos en momentos desafortunados de su carrera y, hasta donde se nos alcanza, ese extremo no se ha vuelto a transitar por éllos ni menos por quienes han sostenido siempre la idoneidad de todos los seres humanos para superar una situación de atraso que no se debe precisamente a su desinterés ni a su capricho.

Segundo. - También admitimos con la mayoría de la Sala varias apreciaciones sobre la mentalidad primitiva, refrendadas por autores extranjeros, aunque discrepemos de otras, especialmente las que niegan en los salvajes una personalidad ética, con todas las consecuencias derivadas de la negación. No encaja esta última idea con otras orientaciones de la antropología contemporánea que ve en el comportamiento de los grupos alejados de nuestro desarrollo cultural estímulos muy distintos de los que acusaban los venerables aportes anteriores. Investigaciones numerosas realizadas en distintos medios americanos, asiáticos y polinésicos inducen a otras variantes que, si bien pueden ser rectificadas después, al menos descubren la inconsistencia de doctrinas que veían en la mente del hombre primitivo nada más que facultades mágicas, ausentes de todo sentido crítico y de toda práctica productiva. Los salvajes, según estos estudios, tienen gran gusto por el conocimiento de las cosas que les rodean, lo cual supone capacidades intelectuales y el empleo de métodos adecuados para llegar hasta éllas e interpretar su sentido. El universo es para éllos, tanto como lo es para los demás hombres, un objeto de pensamiento y un medio de satisfacer necesidades. Más aún, se descubren ahora facultades finamente agudizadas y correlaciones con el mundo exterior que han llegado a desconcertar a los etnólogos. Si fuéramos a robustecer este argumento de autoridad tendríamos que referirnos a una constelación de científicos norteamericanos que a su vez sustentan la brillante y armónica exposición de Claude Levy-Straus.

Tercero.—Para nosotros, el punto clave de la cuestión a que alude el fallo se resuelve con la afirmativa de que los artículos 4º y 432 del Código Penal derogaron tácitamente las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 y que, en consecuencia, la ley penal debe aplicarse a todos los grupos que habiten la República, así sean nacionales o extranjeros, transeúntes o domiciliados, convivientes de los centros poblados o moradores de la periferia. No otra es la conclusión que deriva del principio de soberanía nacional, materializado en el de la territorialidad que consagra el artículo 4º, norma ésta de carácter

público que otorga al Estado el derecho represor sobre todas las personas que se hallen en su territorio. Cuando la ley establece que solo quedan por fuera de su órbita los casos señalados por el Derecho Internacional, y que son bien conocidos, enfáticamente cierra el campo a toda otra excepción. Los códigos anteriores consagraron este principio pero el actual le dio más énfasis al decir que la ley se aplica a todos los habitantes y no a los nacionales o extranjeros, según prescribían aquéllos.

Cuarto.—Aunque se admitiera que la territorialidad había sido reconocida por el Código de 1890 y que después de la expedición de éste se dictaron las excepciones sobre indígenas (Leyes 89 de 1890 y 72 de 1892), es imprescindible atenerse al imperativo del estatuto actual que mediante el artículo 432 derogó el Código de 1890 "y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley". No puede dudarse que son contrarias las excepciones del principio de territorialidad refrendado por su artículo 4º de otra parte, es contrario un sistema que autoriza la imposición de sanciones no previstas en él, como las que habrían de dictarse, de las cuales son ejemplo las que menciona el decreto número 706 de 1931, ya derogado. No puede el Gobierno, a nuestro juicio, establecer un orden penal o correccional para los salvajes o semisalvajes basándose en textos en pugna con la ley 95 de 1936. La contrariedad entre las normas citadas no reside en las palabras sino en cuestiones mucho más sustanciales como son las que conciernen al ejercicio de la potestad soberana en la cual se funda toda pretensión penológica.

Quinto.—Al declarar inexequible la norma que adscribía la instrucción criminal a la Procuraduría General de la Nación, la Corte Suprema observó: "Con el ejercicio de la jurisdicción el Estado realiza una de sus más importantes finalidades: sancionar a quien lesione el orden jurídico de la sociedad. Es propiamente una atribución del Estado que ejerce para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares en los términos del artículo 16 de la Constitución. Por esta razón el enfrentamiento del Estado con los particulares ante una norma penal se ha encomendado a la rama jurisdiccional para su decisión exclusiva, a fin de que el Ejecutivo no sea al mismo tiempo parte y juez en la más genuina realización de sus fines, que es reprimir a quien viola la ley". El artículo 16 de la Constitución corresponde al 9º del Acto Legislativo Nº 1 de 1936, dictado mucho después de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892. En este tiempo no se entendían los deberes sociales de las personas en la forma en que hoy lo prescribe la Carta. Esos deberes corresponden a todos los habitantes del territorio, entiendan o no entiendan su cabalidad, hállense rodeados de incentivos civilizadores o deplorablemente alejados de su goce. Si la jurisdicción, de acuerdo con la Sala Plena, es una atribución del Estado para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares, síguese que ningún sector puede aparecer excusado de dicho ejercicio.

Sexto.—Consideramos que las dos jurisprudencias anteriores de la Corte, en el sentido de que rigen las leyes especiales sobre indígenas y que éstos están excepcionados del imperio de la ley penal, no responden a la concreción jurídica colombiana y deben ser rectificadas. Tanto más cuanto que, si, como lo ha resuelto la Sala por mayoría de sus componentes, la vigencia de aquellas disposiciones lleva al mismo punto a que conduce el Código Penal, es decir, a reconocer carencia de instituciones para corregir o reprimir a los salvajes o semisalvajes que cometan alguna infracción. Si se aplica el Código, se desemboca en un vacío tan grave como el que resulta de aplicar aquellas dos leyes, pues éstas se quedaron en el ámbito declarativo, sin completarse con el desarrollo correspondiente. Es así como el fallo invalida el que dictara el Tribunal Superior de Villavicencio, declara nula la actuación, y dispone la libertad del procesado pero sin indicar que debe hacerse después con él. Lo mismo procedería si se aplicara la ley penal de modo que por este aspecto tampoco es ventajosa la determinación.

Séptimo.—A pesar de los errores que pueden deducirse al clasificar a los indígenas en salvajes, semisalvajes y civilizados, especialmente en cuanto se diga que los pri-

meros no son imputables, los segundos solo semi imputables y los últimos plenamente imputables, puede presentarse el caso de que alguno incluído en el grupo segundo se encuentre condicionado por la situación de ignorancia invencible consagrada en el artículo 23 del Código. Sería ésta la única hipótesis posible de aplicación del estatuto represor para el solo efecto de reconocer la causal de imputabilidad referida.

Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto.

DEMANDA DE CASACION EN MATERIA PENAL

La presentada por el Fiscal del Tribunal y la ampliación que de ella pueda presentar la Procuraduría, deben formar un solo todo complejo, una unidad inescindible, como demanda formulada en conjunto por el Ministerio Público, no siendo dable calificar la demanda conforme al mandato legal, hasta tanto no se haya corrido el traslado a la Procuraduría General de la Nación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, quince de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 17. - Mayo 15 de 1970).

V i s t o s :

Cumplida la tramitación de ley, se decide sobre el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Primero Delegado en lo Penal contra el auto de 7 de abril del año en curso. El auto recurrido declara ajustada a las exigencias legales la demanda de casación formulada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Ibagué contra la sentencia proferida por el mismo Tribunal el 29 de octubre de 1969 en el proceso seguido contra Luis Alfredo Obando Corredor por el delito de lesiones personales, y ordena, en consecuencia, dar traslado de ella al Procurador para los efectos indicados en el artículo 3º del decreto 1154 de 1954.

El Procurador sustenta el recurso con la siguiente alegación:

"Estima este Despacho que al permitir la citada disposición legal (art. 3º del decreto 1154 de 1954), que la Procuraduría amplíe la demanda presentada por el representante del Ministerio Público ante el Tribunal, da lugar a que dicho escrito se complemente con los argumentos y razones que considere del caso agregar, en relación con el fundamento del recurso; y si las razones que la Procuraduría considere del caso exponer, solo constituyen una ampliación de la demanda respectiva, forman con esta una sola pieza o escrito, el cual debe examinarse en su conjunto.

"Por otra parte, es conveniente advertir que la intervención de la Procuraduría al ampliar la demanda, puede suplir las deficiencias que ésta represente y que podrían conducir, en algún caso, a su rechazo por falta de forma; lo cual aconseja que previamente se corra el traslado contemplado por el Decreto 1.154 citado.

"Las anteriores son las razones por las cuales la Procuraduría solicita reposición del auto citado, para que se revoque y previamente se ordene el traslado que debe disponerse en orden a la ampliación de la demanda; y una vez cumplido tal traslado, se califique la demanda, providencia que debe ser posterior a dicho traslado por lo antes anotado y en seguida sí, se disponga el traslado a la parte no recurrente.

Se Considera:

Establece el artículo 3º del decreto 1154 de 1954 que "'El fiscal del Tribunal Superior que interpusiere el recurso de casación en materia penal, debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de

Procedimiento Penal, demanda que podrá ampliar el procurador general de la nación".

El artículo 64 del decreto 528 de 1964, que modificó el 563 del C. de P. P., dispone que admitido el recurso de casación, se ordenará el traslado al recurrente o recurrentes por treinta días, a cada uno, para que dentro de este término presenten las demandas de casación. Y el 65 del citado decreto, que derogó los 564 y 565 del propio Código, ordena que, presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos exigidos por el 63 del mismo decreto.

En el caso presente, el Fiscal Primero del Tribunal de Ibagué fue quien interpuso recurso de casación, de modo que, al tenor del artículo 3º del decreto 1154 de 1954, debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda, que realmente presentó dentro del término señalado en el artículo 64 del decreto 528 de 1964 y que puede ampliar el Procurador General de la Nación.

De manera que obviamente la demanda del Fiscal y la ampliación que de ella puede presentar la Procuraduría deben formar un solo todo complejo, una unidad inescindible, como demanda formulada en conjunto por el Ministerio Público.

Si ello es así, como indudablemente lo es, el traslado que de la demanda debe hacerse al Procurador para los efectos indicados en el artículo 3º del decreto 1154 de 1954. ha de preceder lógicamente a la calificación que la Sala debe hacer de la misma por mandato del artículo 65 del decreto 528 de 1964 en consonancia con el 63 ibídem. Mal podría la Sala. en efecto, calificar una demanda que aún puede encontrarse incompleta o adolecer de deficiencias subsanables con la ampliación que es dable formular a la Procuraduría, como con tino apunta el recurrente.

De lo expuesto se colige que se debe revocar el auto recurrido, para ordenar, en su lugar, que se dé traslado de la demanda del Fiscal del Tribunal al Procurador y después sí calificarla, vale decir, declarar si se halla ajustada o no a las exigencias puntualizadas en el artículo 63 del decreto 528 de 1964.

Como la ley no señala término a la Procuraduría General de la Nación para ampliar la demanda de casación presentada por el Fiscal del Tribunal, corresponde a la Corte tal señalamiento, de acuerdo con el artículo 180 del C. de P. P., y para el caso estima que es razonable el de quince días.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de 7 de abril del año en curso y, en su lugar, ORDENA dar traslado, por quince días, al Procurador Primero Delegado en lo Penal de la demanda de casación presentada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Ibagué, para los efectos indicados en el artículo 3º del decreto 1154 de 1964.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Se ratifica la jurisprudencia de la Corte sobre la inexistencia de nulidad, cuando en un solo cuestianorio se pregunta al jurado por varios delitos, si se ha identificado al ofendido u ofendidos y las circunstancias en que se ejecutaron los hechos. - Cuando el Artículo 31 del C. P. dice "el que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal" no está significando con la palabra "hecho", únicamente los movimientos corporales realizados por el sujeto activo sino el episodio total, comprendido también el resultado material. Cuando ha habido solo un movimiento o una serie de movimientos y una sola modificación del mundo exterior, pero varias violaciones de la ley penal, se está frente a un concurso formal de delitos. Pero si los resultados son separables, no puede hablarse de un solo hecho como lo requiere el art. 31 para el concurso formal, sino de un concurso material. El criterio de la separabilidad de los resultados es más seguro que el de la unidad del elemento psicológico, para distinguir las dos clases de concurso de delitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo quince de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta Nº 16 de mayo 8 de 1970).

V i s t o s :

Agotados los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra la sentencia proferida, por esa entidad, con fecha 21 de noviembre del año pasado, por la cual reforma la que dictó, el 23 de junio del mismo año, el Juzgado Superior de Tumaco y condena a GENARO TORRES ESTUPIÑAN, a la pena de treinta y seis meses de prisión, por el doble delito de homicidio, cometido el 4 de junio de 1965 y del cual aparecen como víctimas los menores Natividad Granja Garcés y Segundo Alfonso Garcés.

Hechos y Actuación Procesal:

En la fecha que se ha mencionado en último término, y a eso de las ocho de la noche, Genaro Torres Estupiñán, quien estaba bebiendo desde horas atrás, y a la de los hechos se encontraba bastante embriagado, sacó un revólver, acto que había ejecutado repetidas veces en ese tiempo, y disparó hacia el interior de la vivienda ocupada por Josefa Garcés y sus hijos, dentro de la cual se encontraba también el procesado, y dio muerte a dos de estos, que se hallaban en una cama que había en una pieza de la misma casa, luego de lo cual se alejó. Los hechos sucedieron en la región de Campo Alegre (Río Tapaje), municipio de Iscuandé, del Distrito Judicial de Tumaco.

Ellos dieron origen a la correspondiente investigación, que fue calificada por el Juzgado Superior de Tumaco, por medio de auto de 9 de junio de 1967 en el cual se llamó a juicio al mencionado Torres Estupiñán, por el delito de HOMICIDIO, haciéndose la advertencia, en la parte motiva de ese pro-

veído, de que se trataba de un delito culposo pues el procesado no había tenido el propósito de matar (fl. 177).

Adelantada la causa, se llevó a cabo la audiencia pública en la cual se sometió a los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"GENARO TORRES ESTUPIÑAN es responsable del delito de "DOBLE HOMICIDIO" por haberle causado la muerte a NATIVIDAD GRANJA GARCES y SEGUNDO ALFONSO GARCES de un disparo de revólver que penetró por el flanco derecho a tres traveses de dedo por dentro de la espina ilíaca aterosuperior derecha y salió en la región lumbar derecha por encima del reborde superior del hueso ilíaco derecho, perforando las asas intestinales y vasos abdominales, del cuerpo de NATIVIDAD GRANJA GARCES muerte ésta que se produjo necesariamente en forma casi inmediata a consecuencia de la anemia por hemorragia, proyectil éste que a su vez hirió a SEGUNDO ALFONSO GARCES que perforó intestino grueso y vasos del abdomen, habiendo entrado dicho proyectil por debajo del reborde costal derecho, línea axilar anterior y que penetró en el abdomen perforando el ángulo derecho del colon, en la parte media del colon trasverso y otra en el ángulo cólico izquierdo, que le produjo la muerte necesariamente en forma casi inmediata por anemia debido a la hemorragia; en la casa de JOSEFA GARCES, madre de los occisos, ubicada en la vereda de "Campoalegre", jurisdicción del municipio de Iscuandé en la noche del domingo 4 de julio de 1965?

El Jurado respondió:

"En nuestra condición de jueces de conciencia y después de un análisis concienzudo de las partes, nos permitimos exponer veredicto. El señor Genaro Torres Etupiñán no es responsable, por falta de prueba, en vista de la deficiencia en la investigación sobre la cual hay duda, si el sindicado actuó en estado de enajenación mental o por intoxicación crónica, de los cuales produce (sic) el alcohol".

El Juzgado aceptó este veredicto y dictó sentencia absolutoria, con fecha 14 de agosto de 1968. Pero el extinguido Tribunal Superior de Tumaco, en providencia de 5 de noviembre de ese mismo año, revocó la del inferior por encontrar contrario a la evidencia de los hechos el mencionado veredicto y ordenó que se convocara un nuevo jurado.

Se reunió éste, en Tumaco, el 27 de marzo del año pasado y en esa oportunidad se le pidió que respondiera el siguiente cuestionario:

"El acusado GENARO TORRES ESTUPIÑAN, hijo legítimo de RAFAEL y ADELAIDA, natural del municipio de Iscuandé, con residencia en "Campo Alegre", casado, mecánico de profesión, alfabeta, es responsable SI o NO, de haber dado muerte en forma culposa, a NATIVIDAD GRANJA GARCES y SEGUNDO ALFONSO GARCES de un disparo de revólver que penetró por el flanco derecho a tres traveses (sic) de dedo dentro de la espina ilíaca abtero superior derecha y salió en la región lumbar derecha por encima del reborde superior del hueso ilíaco derecho, perforando las asas intestinales y vasos abdominales del cuerpo de NATIVIDAD GRANJA GARCES, muerte esta que se produjo necesariamente en forma casi inmediata a consecuencia de la anemia por hemorragia, proyectil éste que a su vez hirió a SEGUNDO ALFONSO GARCES, perforó intestino grueso y vasos, habiendo entrado dicho proyectil por debajo del reborde costal derecho, línea axilar anterior y que penetró en el abdomen perforando el ángulo derecho del colon, en la parte media del colon transverso y otra en el ángulo cólico izquierdo y se quedó incrustada la bala en la piel de la zona del reborde costal izquierdo, a nivel de la línea mamilar izquierda, que le produjo la muerte necesariamente en forma casi inmediata por anemia debido a la hemorragia; en la casa de JOSEFA GARCES, madre de los occisos, ubicada en la vereda de "CAMPOALEGRE", jurisdicción del municipio de Iscuandé, en la noche del domingo cuatro de julio de mil novecientos sesenta y cinco 1965?

Los jueces de conciencia contestaron:

"Sí; pero no con intención de matar sino

por imprudencia y en estado de embriaguez. Hacemos constar: que para dar un concepto más concreto, hace falta examen de los médicos especialistas en enfermedades mentales".

El Juzgado Superior de Tumaco, profirió, con base en ese veredicto, la sentencia ya mencionada, en la que impone al procesado la pena principal de tres (3) años, cuatro (4) meses de prisión "por el doble delito de HOMICIDIO" (fs. 371).

El Tribunal al conocer, por consulta, de este fallo, lo reformó en el sentido ya dicho, replicando en la sentencia a su Fiscal que solicitaba se declarara nulo lo actuado por no haberse formulado dos cuestionarios al jurado, ya que eran dos los delitos juzgados que si bien se había incurrido en la irregularidad anotada, tanto en la primera como en la segunda audiencia, no había nulidad por cuanto, según doctrina de la Corte, que transcribe en la providencia, se formuló sobre hechos idénticos y sin que hubiera incertidumbre en la especificación de los mismos.

En cambio si considera que se incurrió en nulidad en el primero de los cuestionarios mencionados por no haber relación lógica entre él y el auto de proceder, ya que dicho cuestionario era insuficiente e incompleto pues se dejó de consignar en él la calificación que el juez hiciera en la parte motiva del auto de proceder al decir que se trataba de un delito culposo.

Pero agrega que esa nulidad quedó validada al declararse contrario a la evidencia de los hechos el veredicto proferido en esta primera audiencia y ordenarse que se celebrara otra, que se llevó a cabo, según se ha visto, y en la cual el cuestionario ya no contiene sino la irregularidad anotada, o sea, haberse formulado una sola pregunta para ambos homicidios.

Demanda de Casación:

Insistiendo en sus puntos de vista, el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto, manifiesta en la demanda de casación, que no fue ampliada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal (a quien le correspondió en traslado) por estar en desacuerdo con los planteamientos jurídicos del recurrente, que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad por no haberse observado lo prescrito en el artículo 502 del C. de P. Penal en el cual se dice que "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquellos" y que por la misma razón es nulo el veredicto proferido sobre tal cuestionario.

Cita como fundamento de esta primera acusación la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Además, dirige contra la sentencia un segundo cargo, que basa en la causal primera del mencionado artículo y hace consistir en que se aplicó indebidamente el artículo 33 del Código Penal por cuanto, de acuerdo con el auto de proceder, se trata de un solo hecho, un disparo, que produjo dos muertes, lo que quiere decir que se cometieron dos homicidios en concurso formal y no en concurso material como lo determinó el Tribunal.

Consideraciones de la Corte:

Primer Cargo:

Se responde:

De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación, (sentencia de 7 de febrero de 1948) el hecho de formular un solo cuestionario para dos delitos, contraviniendo así lo dispuesto por el artículo 502 del C. de P. Penal, no constituye nulidad cuando, pese a esa unificación, se han determinado correctamente tanto la persona del procesado, como la del ofendido u ofendidos y las circunstancias en que se ejecutaron los hechos delictuosos por los cuales se interroga. En otras palabras, cuando el cuestionario, a pesar de ser único, menciona separadamente los delitos y permite al jurado saber cabalmente lo que se le está preguntando y contestar sin confusiones que provengan de haberse unificado en uno solo las preguntas sobre los diversos ilícitos.

Eso es lo que ha ocurrido en el caso de autos pues en el cuestionario sometido al "juri" en la segunda audiencia, están todos los elementos de hecho contenidos en el auto de proceder y se hace la debida separación de los dos delitos, tanto por los nombres de los sujetos pasivos como por la lesión que cada uno de ellos sufrió, mencionando en común solamente las circunstancias que ambos comparten como son la de haber sido ejecutados en el mismo lugar y tiempo y por el mismo procesado.

A tal punto es eso cierto que la respuesta del jurado es clara y señala, sin dubitaciones, la responsabilidad del sindicado. Y ni el Juzgado ni el Tribunal tuvieron la menor dificultad al interpretar ese veredicto.

No puede, tampoco, alegarse como lo hace el recurrente, que esa unificación dificultó la defensa del procesado por que basta ver el acta de audiencia para darse cuenta de que no hubo, por este aspecto, ningún tropiezo para el defensor, quien ni siquiera hizo mención del modo como había sido formulado el cuestionario y se conformó con el veredicto ya que, lejos de apelar de la sentencia, pidió la libertad incondicional de su defendido por pena cumplida.

Segundo Cargo:

No comparte la Corte la consideración del recurrente de que en el caso de autos se trata de un concurso ideal o formal de delitos por haberse producido las dos muertes con un solo disparo.

Ya en otra oportunidad ha advertido esta Corporación que "al referirse el artículo 31 a la violación de varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho, está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aún siendo varias, su pluralidad es simplemente ideal o más acertadamente ficticia. En esos eventos, uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, más no por ello puede afirmarse jurídicamente que existan dos infracciones separadamente. De tal suerte que el concurso ideal o formal sucede cuando un solo hecho produce pluralidad de resultados. Es decir, cuando hay unidad de hecho o de la acción delictuosa pero con pluralidad de derechos jurídicos violados. En cambio, en el caso de autos, la pluralidad no simplemente ideal o ficticia sino efectiva o material, pues dos son los delitos, homicidio y lesiones personales, tienen vida por ser autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo cuando se vengan a sancionar conjuntamente con una sola especie de pena, o sea la del delito más grave, con aplicación del artículo 33 del Código Penal, como lo hizo el Tribunal.

Las acciones, tanto físicas como subjetivas, desarrolladas por el acusado, lo mismo que los daños que produjo con ellas, fueron varios y distintos. La sola pluralidad de sujetos lesiones, en bienes jurídicos completamente separables, destruye el fenómeno del concurso ideal para constituír, en cambio, el concurso efectivo o material de delito de que trata el artículo 33 Citado" (G. J. Tomo LXXI, págs. 530 y 531).

A lo dicho puede añadirse que el artículo 31 del Código Penal al decir que "el que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal" no está significando con la palabra "hecho", únicamente los movimientos corporales realizados por el sujeto activo sino el episodio total, comprendido también el resultado material.

Quiere eso decir que cuando ha habido solo un movimiento o una serie de movimientos y una sola modificación del mundo exterior, pero varias violaciones de la ley penal, se está frente a un concurso formal de delitos.

Pero cuando tal clase de unidad no existe porque los resultados son separables, debido, por ejemplo, a que se lesionaron derechos personales, es decir, de aquellos que hacen parte de la persona humana, ya sea en su aspecto espiritual o en el físico (v. gr. la vida, la integridad, el honor, etc.), no puede hablarse de un solo hecho como lo requiere el artículo 31, y no es, por lo tanto, el caso de aplicar esa disposición.

Este criterio de la separabilidad de los resultados es fundamental para distinguir el concurso ideal del material porque en el primero de ellos existe imposibilidad natural de separarlos pues, producido uno, es inevitable que se produzca el otro o los otros. Así, en el caso de violencia carnal sobre una hermana, es imposible separar un resultado del otro, ya que ambos forman una unidad natural. Violada la hermana se comete, inevitablemente el incesto.

Pero cuando se dispara un solo tiro sobre dos personas, hiriéndolas o dándole muerte a ambas, se ve claramente que no era necesario matar a uno para matar al otro. Y que bien pudo ocurrir una sola muerte sin que, para ejecutarla, hubiera debido intentarse siquiera la otra.

Este criterio es mucho más seguro que el de la unidad del elemento psicológico ya que con una sola intención, pueden causarse varios resultados o, como sucede en los delitos culposos, no haber intención y, sin embargo, presentarse la pluralidad de resultados. Además el elemento psicológico, por importante que sea, no puede fusionar en uno dos resultados que en la realidad aparecen perfectamente separados.

Teniendo en cuenta estas consideraciones es posible decir que en el caso de autos, pese a tratarse de dos delitos culposos, es decir, de estar ausente el elemento intencional, hay un concurso material o real de delitos porque, se repite, los resultados son perfectamente separables ya que, a más de tratarse de dos sujetos pasivos diversos y de ser ofendido un bien personal en cada uno de ellos, no existe ninguna relación de necesidad entre la presentación de uno de esos resultados y la del otro.

No puede, en consecuencia, prosperar el cargo aducido.

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 por el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto, contra la sentencia del mismo, de fecha 21 de noviembre del año pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Si en el cuestionario sometido a la consideración del Jurado, se incluye una circunstancia agravadora de la responsabilidad, no considerada en el auto de proceder, pero que no ha sido tomada en cuenta al dictar sentencia, ni ha influído en la graduación de la pena, es una irregularidad que no constituye nulidad constitucional. Tampoco la constituye el hecho de haber hecho mención en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento de la especie del delito por el cual se llamó a juicio, ya que el Jurado, en los juicios en que interviene, puede desecharlo, o el Juez cuando se trata de asunto no sometido a la consideración del Tribunal Popular, no tomarla en cuenta; así lo ha sostenido esta Corporación, negando además, a esta irregularidad, entidad suficiente para constituír nulidad constitucional. - Veredicto contradictorio. No puede considerarse como tal, el comparado con otro emitido en el mismo proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo quince de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobada: Acta Nº 15 de abril 28 de 1970).

V i s t o s :

Agotado el trámite correspondiente procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado EUCARIO ZAPATA CUARTAS contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 9 de septiembre del año pasado, por medio de la cual, reformando la de 30 de junio del mismo año pronunciada por el Juzgado 6º Superior de esa ciudad, impone a aquél una pena principal de 24 años de presidio, como responsable por los delitos de homicidio, con caracteres de asesinato, y robo cometidos contra la vida y el patrimonio de Manuel de Jesús Solórzano.

Hechos y Trámite del Proceso:

Los hechos los resume en la siguiente forma el Tribunal Superior de Medellín:

"a). - El 29 de abril de 1967, entre las cinco y media y las seis de la tarde, en el establecimiento comercial denominado "Joyería Londres", ubicado en la carrera 47 y distinguido en la puerta con la placa Nº 49-65 de la nomenclatura de esta ciudad, dedicados a distintos menesteres, especialmente la liquidación y pago de salarios, se encontraban el co-propietario del almacén Manuel de Jesús Solórzano Rico, Nubia Correa Vélez, Manuel Londoño Medina, Ramón Marulanda Uribe y Manuel Hernando Solórzano Rocero, hijo del primero de los nombrados.

"b). - A dicha hora y cuando todos estaban desprevenidos, en forma súbita penetró al establecimiento Eucario Zapata Cuartas seguido por otros tres, cuatro o cinco hombres. Todos estaban provistos de armas de fuego de alta capacidad mortífera. De inmediato ordenaron a los presentes se tendieran en el piso bajo la amenaza de abrir fuego.

"c). - Sin pensarlo dos veces don Manuel de Jesús Solórzano Rico, con el fin de repeler la violenta agresión, esgrimió un revól-

ver y disparó contra Zapata Cuartas alcanzando a lesionarlo. Pero el agresivo atacante, respaldado por sus compañeros de delincuencia, disparó contra el infortunado Manuel de Jesús causándole graves heridas en el cuerpo que le ocasionaron la muerte el día 2 de mayo de 1967 en la Clínica "SOMA" de esta ciudad.

"d). - Los asaltantes se apoderaron de objetos por valor aproximado de $ 100.000.00 y huyeron de inmediato. Pero posteriormente fueron capturados varios sospechosos entre ellos Eucario Zapata Cuartas".

En auto de febrero 6 de 1968, el Juzgado 6º Superior de Medellín llamó a Eucario Zapata Cuartas a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio en calidad de asesinato en la persona de Manuel de Jesús Solórzano Rico, advirtiendo que tal delito lo ejecutó "con el fin de facilitar la consumación de otro ilícito" y por el delito de robo en calidad de agravado cometido "mediante violencia y con armas y reduciendo a la impotencia a la víctima y a sus acompañantes".

En la misma providencia se sobreseyó temporalmente en favor de Horacio Elkin Alvarez Díaz o Elkin Alvarez Díaz (alias Pinganillo), Arturo Jaramillo Arismendi y Hernando Calle Arias y se ordenó consultar el sobreseimiento.

El Tribunal Superior de Medellín por auto de 28 de junio de 1968 revocó el sobreseimiento proferido en favor de Calle Arias y lo llamó a juicio por el delito de homicidio, haciendo consistir el cargo "en haber cooperado con Eucario Zapata Cuartas y otros sujetos no identificados aún, en haber herido al señor Manuel de Jesús Solórzano Rico con arma de fuego (revólver), con el propósito de matar y con el fin de apoderarse de objetos de la joyería del mismo y a consecuencia de lo cual falleció éste días después". Asimismo lo llamó a juicio por el delito de robo con violencia contra las personas y en asocio de Eucario Zapata Cuartas y otros sujetos no identificados.

El día 6 de junio de 1969 se llevó a cabo la audiencia pública, en la cual se sometieron a los jurados los siguientes cuestionarios por lo que respecta a Eucario Zapata Cuartas:

"Cuestión Primera:

"El acusado Eucario Zapata Cuartas es responsable de las lesiones que, intencionalmente y con arma de fuego (revólver), con el propósito de matar en cooperación con Hernando Calle Arias y otros no identificados, le infirió a Manuel Solórzano Rico para preparar, facilitar o consumar un delito de robo, colocándo a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión, a consecuencia de lo cual falleció éste, hechos ocurridos así: las heridas dentro de la Joyería Londres, establecimiento de su propiedad, ubicado en la carrera 47 (Sucre) de esta ciudad, distinguido con el Nº 49-65, a eso de las cinco y cuarenta y cinco minutos de la tarde del día veintinueve de abril del año de mil novecientos sesenta y siete, y el deceso el día dos de mayo del mismo año (a las 42 horas) en la Clínica "Soma" de Medellín".

Cuestión Segunda:

"El acusado Eucario Zapata Cuartas es responsable de haber despojado mediante la violencia física y con armas, en cooperación con Hernando Calle Arias y otros no identificados, reduciendo a la impotencia a la víctima y a sus acompañantes, al dueño de la Joyería Londres señor Manuel Solórzano Rico, fallecido, de objetos de joyería cuyo valor se aproxima a los $ 100.000.00, hechos ocurridos en el establecimiento mencionado, situado en la carrera 47 (Sucre), distinguido con el Nº 49-65 de Medellín a eso de las cinco y cuarenta y cinco minutos de la tarde del día veintinueve de abril del año de mil novecientos sesenta y siete?"

Los cuestionarios formulados en relación con Hernando Calle Arias fueron en un todo semejantes a los que se dejan transcritos.

Los jueces de conciencia respondieron los cuestionarios concernientes a Zapata Cuartas con un "SI ES RESPONSABLE", por unanimidad.

Los relativos a Calle Arias fueron contestados, también por unanimidad, de la siguiente manera: "NO POR FALTA DE PRUEBA".

En sentencia de 30 de junio de 1969 el Juzgado 6º Superior de Medellín, acogiendo los mencionados veredictos, condenó a Eucario Zapata Cuartas a la pena de veintiún (21) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes. En la misma providencia absolvió a Hernando Calle Arias.

En la parte considerativa de la sentencia mencionada el Juzgado se limitó a hacer una breve reseña de las pruebas que respaldaban el veredicto condenatorio para Zapata Cuartas y aplicarle a Hernando Calle Arias el principio "in dubio pro reo" como base de su absolución.

El Tribunal Superior de Medellín en la sentencia ya mencionada confirmó la del inferior, modificando la pena principal de Zapata Cuartas para elevarla a veinticuatro (24) años de presidio.

En la parte considerativa y respecto a la decisión de los jurados de conciencia se limitó a decir:

"Ninguna dificultad entraña la interpretación de los veredictos más de una vez citados. De veras, en el visible a folio 315 se contiene la afirmación lisa y llana de la responsabilidad penal de Eucario Zapata Cuartas como coautor del delito de homicidio elevado a la categoría de asesinato. Este delito está previsto y sancionado en el artículo 363 del Código Penal. El que obra a folios 316 contiene la afirmación lisa y llana de la responsabilidad penal del mismo Zapata Cuartas como coautor del delito de robo en su forma específica prevista en el artículo 404 de la obra citada. Por ello tales veredictos son simplemente condenatorios".

Demanda de Casación:

El procesado Eucario Zapata Cuartas formuló, en tiempo oportuno y por medio de apoderado, demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos legales. En ella hace contra la sentencia acusaciones basadas en la violación de diversas disposiciones, en la forma que pasa a resumirse a continuación.

Causal Cuarta:

Al amparo de este motivo, que consagra el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", el actor formula cuatro cargos así:

Primer cargo:

Sostiene que el juicio está viciado de nulidad por haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional ya que no se observó en este caso la plenitud de las formas propias del juicio.

Para respaldar su acusación a la sentencia arguye que en ésta se incluyó un cargo contra el acusado que no se había contemplado en el auto de proceder ya que en éste solo se hizo mención de una circunstancia calificatoria del delito de homicidio, que fue la de haber dado muerte a Manuel de Jesús Solórzano Rico "con el fin de facilitar la consumación de otro ilícito", en tanto que en el cuestionario que se sometió a la consideración del jurado de conciencia se dice además, que obró "colocando a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión".

Segundo cargo:

Lo hace consistir en que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín también viola el mencionado artículo 26 de la Constitución Nacional por no haberse evacuado las citas que hizo el procesado, especialmente en la audiencia pública.

Se refiere el recurrente a las manifestaciones que Zapata Cuartas hiciera en la audiencia de que durante un reconocimiento en rueda de presos a que fue sometido se le obligó, por el Juez, a ponerse un vestido que no era el suyo, y a que el Juez 10º en la etapa instructoria, le pegó en la cara para que manifestara quiénes eran los autores del delito. Igualmente afirma que el procesado

había dirigido al Juez de la causa varios memoriales en que solicitaba la práctica de pruebas en su favor y que tales memoriales no aparecen en el expediente.

Tercer cargo:

Lo radica en que no se cumplió con la formalidad procesal de correrle traslado al Agente del Ministerio Público antes del llamamiento a juicio.

Sostiene el recurrente que el Juez ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 424 del C. de P. Penal, es decir, correr traslado al Ministerio Público para que éste emitiera su concepto sobre el mérito del sumario.

Argumenta que el Decreto 1358 de 1964 no suprimió el artículo 25 (sic) del Código mencionado ni el 426 de la misma obra por lo cual, al no observar el Juez lo dispuesto allí, se violó la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional (incurriéndose así en nulidad supralegal.

Cuarto cargo:

Lo basa en que el Juez del conocimiento calificó en el auto de proceder el género (sic) del delito de homicidio contra la expresa prohibición del artículo 431 del C. de P. Penal.

En el llamamiento a juicio contra Eucario Zapata Cuartas el Juzgado de la competencia manifestó que la apertura de la causa se hacía "por el delito de homicidio en calidad de asesinato".

Asevera el recurrente que al mencionar la palabra "Asesinato" en la parte resolutiva del auto de proceder el Juez violó el artículo 431 del C. de P. Penal porque calificó de antemano la infracción por la cual se estaba llamando a juicio, privando al procesado, en esa forma, de una garantía para su defensa y violando, lo mismo que en los casos anteriores, el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Causal Segunda:

Con apoyo en lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, hace el cargo de que la sentencia recurrida no se encuentra en consonancia con el auto de proceder ya que en éste solo se acusó al procesado de haber cometido el homicidio "con el fin de facilitar la consumación de otro ilícito" en tanto que en aquella se le condenó, además, por haber "colocado a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad", lo cual implica una evidente desarmonía entre esta providencia y la enjuiciatoria.

Causal Tercera:

Alega el demandante que la sentencia impugnada se ha dictado sobre un veredicto contradictorio.

Aduce, en este capítulo, un solo cargo que hace consitir en que se afirmó en el cuestionario referente a Eucario Zapata Cuartas que éste había obrado en cooperación con Hernando Calle lo que fue aceptado por los jueces de conciencia. Pero éstos, al responder los cuestionarios referentes al mencionado Calle Arias, negaron la responsabilidad de este procesado.

Argumenta el recurrente que si los jueces de hecho afirmaron la responsabilidad de Zapata Cuartas y luego negaron la del cooperante, incurrieron en una clara contradicción porque en el mismo veredicto aparecen dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra.

Causal Primera:

Bajo el amparo de la causal señalada en el numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, o sea por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, el recurrente formula contra ella tres cargos:

Primer cargo:

Se sostiene que el Tribunal sentenciador quebrantó en forma indirecta la ley sustancial al tomar como base para elevar la pena las constancias de entrada a las cárceles siendo así que, según el recurrente, para aplicar lo previsto en el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal se requiere la copia de los fallos condenatorios, prueba que no obra en el presente proceso.

Segundo cargo:

Se afirma que la sentencia viola el ordinal 9º del mencionado artículo 37 porque al negar el Jurado la responsabilidad de Hernando Calle Arias no podía afirmarse, como lo hizo el Tribunal, que Zapata Cuartas había obrado con previa preparación ponderada del delito.

Dentro de este mismo cargo el recurrente argumenta que la circunstancia calificadora mencionada ya había sido tenida en cuenta en el ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal y no podía volverla a considerar, como lo hizo, al deducir la circunstancia de mayor peligrosidad que se deja mencionada.

Tercer cargo:

El Tribunal, al graduar la pena partió, según el actor, de una base equivocada pues primero valoró las circunstancias de mayor peligrosidad para sumar la pena a éllas correspondiente y luego fijó la pena básica, cuando debió ser al contrario.

Con este proceder el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 363 del Código Penal e interpretó erróneamente los ordinales 2º, 5º y 9º del artículo 37 del mismo ordenamiento.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer un resumen de los hechos y de la actuación procesal, examina el primer cargo de la causal 4ª propuesto por el recurrente y lo encuentra fundado por considerar que, al llamarse a juicio mencionando en el auto de proceder solo una de las características de asesinato, a saber, haber ejecutado el delito para facilitar la consumación de otro ilícito y luego, en el cuestionario, haber consignado, además, la circunstancia de haber colocado a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión, se estaba juzgando deslealmente al incriminado lo que se traduce, según el Procurador, en incuestionable nulidad constitucional.

Al encontrar fundado dicho cargo se abstiene de examinar los restantes y pide que se acepte y que se decrete la nulidad del proceso a partir del auto que señaló fecha y hora para el sorteo de jurados, con el objeto de que el cuestionario sobre la responsabilidad de Zapata Cuartas, con respecto al delito de homicidio, se haga con sujeción al auto de enjuiciamiento.

Consideraciones de la Corte:

La Sala procede a estudiar los cargos que contra la sentencia del Tribunal de Medellín ha propuesto el recurrente en el mismo orden observado por éste, así:

Primer cargo:

La acusación de nulidad que el recurrente dirige contra la sentencia por haber incluído ésta una circunstancia calificatoria del delito que no figuraba en el auto de proceder, no alcanza a invalidarla, en primer término, porque no se varió ni el género ni la especie del ilícito ya que tanto en aquella providencia como en ésta se habla de homicidio en calidad de asesinato.

En segundo lugar, es fácil ver, por la sola lectura de la sentencia recurrida, que el haber incluído una circunstancia más de la contemplada en el auto de proceder no tuvo ninguna influencia en la sanción, ya que entre los motivos tomados en cuenta por el Tribunal para aumentar ésta no figura esa circunstancia.

De otro lado la Corte en varias sentencias ha declarado que si la calificación dada en ésta al delito no corresponde exactamente al auto de proceder no hay lugar a invalidarla cuando la diferencia ha sido irrelevante para la situación jurídica del acusado, como sucede en el caso de autos en que en ninguna parte de la sentencia recurrida se hace mención de que el procesado obró colocando a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, que fue la circunstancia mencionada en el cuestionario y que no aparece en el auto de proceder.

Segundo cargo:

El no haberse evacuado las citas que el procesado hiciera en la audiencia pública

y practicado las pruebas que solicitaba, según él, en varios memoriales, no viola el artículo 26 de la Carta por cuanto no aparece que las pruebas pedidas en ella por el procesado pudiera tener importancia decisiva en el ánimo de los jurados ni, de otro lado, se ha establecido la existencia de esos memoriales, que no figuran en el proceso..

Tercer cargo:

El traslado al Ministerio Público de que tratan los artículos 421 y 424 del C. de P. Penal ya no es obligatorio, y por lo tanto su omisión no constituye causal de nulidad.

En efecto, el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964, derogó aquellas normas al establecer que una vez cerrada la investigación se dispondrá en la misma providencia que el proceso permanezca en la Secretaría por cinco días improrrogables para que las partes presenten sus alegatos.

Esa disposición está diciendo muy claramente que el Ministerio Público puede, dentro del término que ella fija, conceptuar sobre el mérito del sumario sin que se necesite que el expediente sea llevado a su oficina para ese efecto.

Cuarto cargo:

La mención que el Juez del conocimiento hizo de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder no es tampoco una violación del artículo 26 de la Carta.

La calificación que en esa parte se hace del delito solo tiene un carácter provisional que puede ser alterado por los jueces de conciencia en su veredicto o por lo que resulte del aporte de pruebas en el plenario de la causa.

Tal situación no se altera porque en la parte resolutiva del auto de proceder se haya mencionado la especie del delito por el cual se llama a juicio ya que el Jurado, en aquellos casos en que interviene, bien puede desecharla, o el Juez, cuando no se trata de un asunto sometido al tribunal de conciencia, no tomarla en cuenta al dictar la sentencia.

En tales casos, la mención de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder, no lesiona el derecho de defensa del procesado ni altera las formas propias del juicio, de donde se deduce que no hay violación de la norma constitucional citada por el recurrente.

La Corte así lo tiene resuelto en diversas providencias una de las cuales es la de fecha 15 de octubre del año pasado dictada en el proceso por homicidio contra Régulo Vargas Losada. Dijo en aquella oportunidad esta Corporación:

"Es evidente, por así estatuirlo el artículo 431 del C. de P. Penal, que en la parte motiva del auto de proceder se deben determinar y especificar las condiciones y características que tipifican el hecho delictuoso dentro del género respectivo, pues allí es donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al inculpado, calificación específica que es provisional y puede ser modificada por el Juri —juicios con intervención del Jurado— o por el Juez —juicios de derecho— de acuerdo con los elementos probatorios allegados al procesado. También es verdad que en la parte resolutiva del auto en referencia el llamamiento a juicio debe hacerse por el delito que corresponda, "el cual se determina con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

"En la motivación del auto de proceder, como aparece del correspondiente pasaje transcrito en la reseña de la actuación procesal cumplida en este juicio, se determinó con precisión la especie de homicidio porque debía responder Vargas Losada, recalcando con toda claridad sobre la inculpación que se hacía al acusado, con indicación de las circunstancias de asesinato que mediaron en la consumación del crimen. Por manera que esa precisa imputación específica está puntualizada en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, tal como lo de-

termina la ley procesal penal. Y en la parte resolutiva de la precitada providencia se llamó a juicio a Vargas Losada por el delito cometido, designándolo genéricamente, o sea, por la denominación que le dá el Código Penal en "el Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1º", si bien, dicha denominación fue precedida de la frase "por el delito de homicidio agravado (asesinato)"; pero tal frase si bien innecesaria porque en la motivación del auto de proceder ya se habían enunciado las características circunstancias que especificaban la infracción penal, y asimismo irregular por contrariar la prohibición contenida en el inciso 2º de la glosada norma del C. de P. Penal, no tuvo consecuencia de ninguna naturaleza, ni para los intereses de la justicia ni del procesado, pues el juicio se desarrolló con sometimiento a sus formas propias y en forma alguna se dificultó o menoscabó el derecho de defensa del acusado por razón del cargo claro y determinado que se le había imputado en el auto de proceder. En tales condiciones debe concluírse que la irregularidad en referencia no tiene la suficiente entidad como para configurar una nulidad supralegal por quebranto del artículo 26 de la Ley de Leyes".

Esta doctrina es perfectamente aplicable al caso de autos porque basta revisar el proceso y, particularmente, las sentencias de primera y de segunda instancia, para llegar a la conclusión de que el hecho de haber consignado, en la parte resolutiva del auto de proceder, la especie de delito por el cual se llamó a juicio no impidió la defensa del procesado ni tuvo influjo alguno en la fijación de la pena.

No prospera por lo tanto este cargo.

Causal Segunda:

No existe, a juicio de la Corte, la desarmonía que el recurrente dice encontrar entre la sentencia recurrida y el auto de proceder por haberse dictado ésta sobre un veredicto afirmativo al cuestionario en que a más de señalarse que el homicidio se había cometido con el fin de facilitar la consumación de otro ilícito se decía que la víctima había sido colocada en condiciones de indefensión o inferioridad.

Es cierto que al llamarse a juicio al procesado Eucario Zapata Cuartas no se mencionó, en la providencia respectiva, sino la primera de estas circunstancias pero también es verdad que la segunda, si bien contenida en el cuestionario referido, no fue tenida, para nada, en cuenta ni por el Juzgado a-quo ni por el Tribunal en sus respectivas sentencias.

De tal modo que, como ya se dijo al examinar el cargo anterior, se puede afirmar que en ningún momento tal situación alteró el derecho de defensa del sindicado ni afectó, en forma alguna, el desarrollo del proceso.

No hay por lo tanto contradicción entre la sentencia recurrida y el auto de proceder y tampoco prospera en consecuencia esta causal.

Causal Tercera:

El recurrente invoca el numeral 3º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por considerar que la sentencia impugnada se ha dictado sobre un veredicto contradictorio.

La Corte no encuentra contradicción alguna en los veredictos que se pronunciaron sobre los cuestionarios relativos al procesado Zapata Cuartas.

En ambos se dice simplemente que éste es responsable. Tal respuesta por su misma sencillez no puede, en ningún caso, ser calificada de contradictoria.

Veredicto contradictorio es aquél que, en sí mismo, contiene una afirmación y una negación de la misma cosa o dos afirmaciones o dos negaciones que se excluyen mutuamente.

Pero no puede llamarse contradictorio un veredicto por comparación con otro pronunciado en el mismo proceso. Lo que el Jurado resuelva respecto a otros procesados no influye sobre lo que respecto a uno de ellos conteste.

En el presente caso no puede acudirse a las respuestas que el Jurado diera a los cuestionarios relativos al procesado Hernando Calle Arias, como lo ha hecho el recurrente. Para decir que las proferidas en relación al recurrente son contradictorias.

No prospera este cargo.

Causal Primera:

Primer cargo:

Consiste, según el recurrente, en indebida aplicación de la ley por interpretación errónea de la prueba, ya que el Tribunal, en la sentencia recurrida, tomó en consideración, para fijar la pena, la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal siendo así que en los autos no aparecen copias de sentencias condenatorias proferidas contra el procesado Zapata Cuartas sino solo constancias de entradas carcelarias.

Tiene razón, en parte, el recurrente, porque, en verdad, en la sentencia condenatoria de segunda instancia se dice que es innegable que dicho procesado registra numerosas entradas a la cárcel y que ha purgado condenas por infracciones policivas lo que significa que en su contra concurre la circunstancia de mayor peligrosidad ya mencionada. Se citan además los folios en que se encuentran tales constancias.

Revisado el expediente no se encuentran copias de sentencias condenatorias y los documentos a que hace referencia el Tribunal consisten, dos de ellos, en certificados de la Cárcel Distrital de Medellín (La Ladera) sobre entradas del procesado a ese establecimiento y en algunas de las cuales se anota que sale por tiempo cumplido. El tercero es un certificado de una Inspección Municipal sobre un sumario que fue archivado.

De acuerdo con reiterada doctrina de la Corte las certificaciones carcelarias no sirven para establecer la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 2º del ya mencionado artículo 37 sino que se hace necesario allegar las copias de las sentencias respectivas.

Empero como el Tribunal no solo tomó en cuenta esta circunstancia para aumentar la pena sino, además, las contempladas en los numerales 1º, 3º y 9º del referido artículo 37 y la pena que se fijó es adecuada a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del delincuente, no se ve la razón para casar, así sea parcialmente, la sentencia.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo:

La preparación ponderada del delito que según el recurrente fue tomada dos veces en cuenta por la sentencia, una como circunstancia de mayor peligrosidad al considerar aplicable el numeral 9º del art. 37 del Código Penal, y otra como característica de asesinato en el numeral 3º del artículo 363 del mismo ordenamiento, no aparece en esa forma, en dicha sentencia.

El Tribunal solo menciona esa circunstancia en el aparte en que habla de las de mayor peligrosidad. Y como quiera que no la cita cuando examina el delito, no hay razón para sostener que en esta oportunidad la hubiera tomado en cuenta, violando el principio "non bis in idem".

Tercer cargo:

Examinada atentamente la sentencia recurrida no se encuentra que en ella se hubiera sumado primero las penas correspondientes a las circunstancias de mayor peligrosidad y fijado, después, la sanción básica.

Por el contrario, el Tribunal comenzó por determinar la pena correspondiente al homicidio para luego hacer el aumento de que trata el artículo 33 del Código Penal y solo en último término mencionó las circunstancias de mayor peligrosidad.

No prospera, tampoco este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 9 de septiembre de 1969.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEL DELITO DEL CENTINELA

Se ratifica la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que el delito del centinela lo comete el militar cuando no cumple con las consignas dadas transitoria y reservadamente al centinela, al iniciar el servicio, en razón de las especiales circunstancias del puesto, y no cuando infringe las de carácter general" que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse del servicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 18, mayo 22 de 1970).

V i s t o s :

Cumplidos los trámites legales correspondientes, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1º del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de 21 de octubre de 1969, por la cual dicha Corporación confirmó la de 15 de julio del mismo año de la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado en Bogotá —Escuela de Ingenieros Militares— Brigada de Institutos Militares— para juzgar al soldado SAMUEL CASTILLO SEGURA que condena a éste a la pena principal de catorce meses de arresto, adicionándola en el sentido de imponerle como pena accesoria la "separación temporal de las Fuerzas Militares por un tiempo igual al de la pena principal", como autor responsable del delito del Centinela.

Hechos y trámites del Proceso:

Con fundamento en las declaraciones del soldado Jesús María Acuña Bautista (fl. 5), del Cabo Primero Benicio Arévalo (fl. 9) y en la propia indagatoria del sindicado (fl. 13), los hechos pueden sintetizarse así:

"Por medio de la Orden del Día Nº 078 Art. 170 del Comando de la Compañía "D" para el día 28 de junio del año en curso (se aclara: 1965), fue nombrado el Soldado CASTILLO SEGURA SAMUEL (sic) Serie Nº A-73 111, para prestar el día Miércoles 30 de Junio el servicio de CENTINELA DIURNO DORMITORIO Y ARMAMENTO" (Fl. 12). A eso de las nueve de la mañana de la fecha fijada, encontrándose el soldado Castillo cumpliendo la orden impartida, entró al dormitorio, con el propósito de arreglar una escopeta del Teniente Latorre, el soldado Jesús María Acuña Bautista, a quien el soldado Castillo le dijo que le tuviera el puesto mientras iba a tomarse una gaseosa o comprar unos cigarrillos, propuesta que su compañero aceptó. Castillo le entregó el fusil y las cartucheras y se fue a cumplir su propósito con tan mala fortuna que estando en esta indebida diligencia llegó al dormitorio el Cabo Primero Benicio Arévalo quien al interrogar al soldado Acuña por el paradero del centinela Castillo, aquél le contó lo que había sucedido.

"La calidad militar del sindicado se encuentra legalmente probada mediante la constancia expedida por el S-1 de la Escuela de Ingenieros Militares en que se determina que CASTILLO SEGURA SAMUEL prestaba su servicio militar obligatorio en

la fecha de autos, como soldado integrante del tercer contingente de 1963, Serie A-73111 (folio 11), lo mismo que la tarjeta de folio de vida" (fl. 39).

Con fundamento en lo anterior y en las pruebas que lo acreditaban, atendiendo el concepto del Auditor Auxiliar 40 de Guerra (fls. 25 sgt.), el Comando de la Escuela de Ingenieros de la Brigada de Institutos Militares por medio de Resolución número 7 de 1966 (8 de septiembre), resolvió "Convocar un Consejo de Guerra Verbal en la Guarnición de Bogotá, para que por el procedimiento señalado en el Libro Cuarto —Título VI— Capítulo II del Código de Justicia Penal Militar, juzgue al Soldado CASTILLO SEGURA SAMUEL, presente, por el delito de "Deserción", cometido en la Guarnición de Bogotá, Escuela de Ingenieros Militares, el día 30 de junio de 1965, establecido y sancionado en el Código citado, Libro Segundo —Título IV Capítulo V" y, además, señaló la fecha y hora en que había de reunirse el Consejo y su personal integrante (Fl. 27).

El primer veredicto, absolutorio por unanimidad (fls. 29 ss.), fue declarado contrario a la evidencia de los hechos (fls. 37 ss.). Subidas en consulta las diligencias al Tribunal Superior Militar, el Ministerio Público en su concepto de rigor, estimando que se estaba frente al ilícito de "Abandono del Puesto" y no del "delito DEL CENTINELA", solicitó que se declarara la nulidad correspondiente (fls. 45 sgt.), petición a la cual no accedió la Corporación ya que por mayoría confirmó la decisión de contraevidencia (fls. 47 ss.), habiendo salvado el voto uno de los Magistrados (fl. 53), por participar del mismo criterio de su Fiscal colaborador. - Convocado (fl. 59) y llevado a término el segundo Consejo de Guerra Verbal, se produjo por mayoría veredicto condenatorio (fls. 61 ss.), en cuyo desarrollo se dictó, acogiéndolo, la sentencia de primer grado (fs. 67 ss.), la cual fue confirmada por el Superior en la forma indicada en los Vistos de la presente y contra la cual se interpuso en tiempo oportuno el extraordinario recurso de casación.

El cuestionario propuesto a la consideración de los Vocales fue el siguiente:

"El acusado, soldado del Ejército Nacional, SAMUEL CASTILLO SEGURA, Serie A-73111 del Tercer Contingente de 1963, quien fue declarado reo ausente, es responsable, SI o NO, de haber faltado a las consignas recibidas como Centinela diurno de dormitorio y armamento de la Compañía D, cargo para el cual fue legalmente nombrado, mediante el artículo 170 de la Orden del Día Nº 078 del Comando de la citada Compañía, del día 28 de Junio de 1965, para el 30 de los mismos, según los hechos sucedidos el día últimamente citado, en la Escuela de Ingenieros Militares, aproximadamente a las 09:00 horas, cuando dejó a otro soldado en su lugar para abandonar el dormitorio?".

Ha de advertirse que en la tramitación de segunda instancia el Fiscal del Tribunal insistió en que "la denominación jurídica de la infracción ha sido variada, hallándose en presencia de una causal de nulidad por error relativo a la misma. Ello también conlleva a la existencia de una nulidad de origen constitucional al no haberse empleado las formas propias del juicio" (fs. 74 sgt.); y, que también la sentencia recurrida en casación fue proferida por mayoría ya que uno de los Magistrados salvó el voto, por compartir las tesis del representante de la sociedad (f. 81).

La parte medular de la motivación de la sentencia recurrida en casación, está concebida en los siguientes términos:

"El sindicado en su indagatoria acepta plenamente que a iniciativa suya lo reemplazó como Centinela ACUÑA BAUTISTA; que su ausencia duró alrededor de unos 10 minutos.

"Queda claramente establecido que al autorelevarse, así fuera en forma transitoria, CASTILLO SEGURA violó el Art. 163 del Código Penal Militar, recayendo la violación en consigna de carácter general.

"Sobre la violación a consigna de este tipo y a que se trataba del delito Del Centinela, no del Abandono del Puesto, ya la Sa-

la en anterior oportunidad, había puntualizado:

". - Pues bien: está probado que el soldado SAMUEL CASTILLO SEGURA ejercía las funciones de centinela el 30 de junio de 1965. Al ausentarse de su lugar asignado, para ir a comprar cigarrillos y dejar como su reemplazo al soldado JESUS MARIA ACUÑA BAUTISTA, se separó de la vigilancia y seguridad confiadas, violando así el Artículo 46, ordinal 1º del Reglamento de Servicio de Guarnición. Por tanto, la conducta de dicho soldado encaja en el Artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, porque precisamente faltó a la consigna de no separarse del sitio asignado, por ningún motivo, consigna ésta de carácter general que debe cumplir todo centinela. De manera que en el presente asunto la cuestión de hecho, probatoria y jurídica, se traduce en que el soldado SAMUEL CASTILLO SEGURA, está incurso en el delito DEL CENTINELA, porque faltó a las consignas recibidas. 3º Es ilógico predicar que el Artículo 163, solo se refiere a las consignas particulares —ese no es un alcance— para luego caprichosamente echar de menos las generales, cuando la disposición en comento no señala cuáles son aquéllas. Claro está que los términos son diferentes, pero no excluyentes, porque se conjugan en un determinado servicio, esto es, el asignado a todo centinela, porque las consignas generales son el género y las particulares, la condición específica de una función que también engloba el servicio propio a todo Centinela. Por consiguiente, la calificación jurídica dada a los hechos investigados por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal al formular el cuestionario relativo a la responsabilidad del soldado SAMUEL CASTILLO SEGURA, con respecto al delito DEL CENTINELA es correcta. En consecuencia, la causal de nulidad invocada por el señor Agente del Ministerio Público, es improcedente y desde luego, no está llamada a prosperar...".

Demanda de Casación:

Contra dicha sentencia invoca el Fiscal recurrente la causal prevista en el numeral 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad y, como subsidiaria de ésta, la consagrada en el ordinal 1º de la misma disposicion por ser "violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida o interpretacion errónea de ésta": "(en el presente caso se dio aplicacion al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, cuando lo indicado era aplicar el artículo 153 ibídem. Se formuló cuestinario, cuando lo indicado era emplear el procedimiento especial del artículo 590 produciéndose un fallo en derecho)". (Cuaderno de la Corte fs. 7 y 15).

Considera que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad entre otras razones porque "El procedimiento seguido no era el apropiado para el caso, pues empleó el consagrado en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo II, que trata de los procedimientos de los Consejos de Guerra Verbales y el indicado como consecuencia lógica de la correcta aplicación de la Ley, lo era el establecido en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo III, o sea el "procedimiento especial". Y fundamenta lo anterior en que se dispuso juzgar por el "Procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales" al soldado Samuel Castillo Segura por el "Delito del Centinela" definido y sancionado en el artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar cuando el que ha debido contemplarse era el "Del Abandono del Puesto" (artículo 153 de la misma obra). Acepta el recurrente los hechos tal como los juzgadores de instancia los plantean, pero discrepa de éllos en cuanto los consideran como tipificadores del "Delito del Centinela", puesto que, en su concepto, como ya se indicó, se está es frente al de "Abandono del Puesto". Para fundamentar lo anterior formula diversos argumentos de carácter jurídico tendientes a establecer, con cita de varias sentencias de la Corte (las de 4 de noviembre de 1966 y de 10 de octubre de 1969, que adelante se verán en lo pertinente), que estando los hechos sub-judice expresamente contemplados en el artículo 153 del Código castrense, mal podían ubicarse en el 163 de la misma obra. Lo cual implica que la sentencia se

produjo dentro de un juicio viciado de nulidad por un doble aspecto: por error en la denominación jurídica de la infracción (C. J. P. M., art. 441, ord. 2º) y por violación del artículo 26 de la Carta Fundamental porque esta disposición "estatuye que el juzgamiento de toda persona debe llevarse a término conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio; omitiéndose esto en el presente caso". Por lo cual, por este aspecto, se ha incurrido en la causal 4ª de casación, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Concepto del Ministerio Público:

Cuando se corrió el traslado legal del expediente al Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, éste manifestó: "De conformidad con lo dispuesto en su auto de 9 de marzo próximo pasado, esta Procuraduría Delegada manifiesta que no es el caso de ampliar la demanda de casación interpuesta por el señor Fiscal 1º del H. Tribunal Superior Militar contra la sentencia dictada por la citada Corporación, en el proceso adelantado al soldado SAMUEL CASTILLO SEGURA, por el delito Del Centinela. En consecuencia esta Delegada se reserva el derecho de emitir su concepto de fondo, sobre el mismo caso, cuando el señor Magistrado lo solicite, previa aceptación de la demanda" (Cuaderno de la Corte, Fl. 19).

Consideraciones de la Corte:

Según el cuestionario que se propuso al Consejo de Guera Verbal al soldado Samuel Castillo Segura se le atribuyó concretamente el Delito del Centinela "cuando dejó a otro soldado en su lugar para abandonar el dormitorio" en el cual estaba prestando su servicio. Ahora bien: ese abandono del puesto implica simplemente una falta a las consignas recibidas, sancionable conforme al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar como "Delito del Centinela", o constituye propiamente el delito "Del Abandono del servicio" que define el artículo 153 ibídem?". La anterior pregunta que se había formulado esta Corporación en casos semejantes al que ahora la ocupa, en repetidas ocasiones ha sido estudiada y respondida por élla con los siguientes razonamientos:

"Por centinela se entiende según el Reglamento de Servicio de Guarnición el "Individuo colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia o seguridad".

"Y entre las referidas consignas ese mismo ordenamiento las divide en generales y particulares. Las primeras son "aquellas prescripciones que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados". Se determinan en el artículo 46 del mencionado Reglamento y son entre otras las siguientes:

1). Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo;

"2). Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio;

".....

"10). Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta a su cabo relevante. .....".

"Las consignas particulares tienen conforme al mismo Reglamento carácter reservado y deben ser comunicadas por los centinelas "únicamente al individuo que los releve y a los superiores directos cuando así lo exijan". Son pues transitorias y corresponden a la situación especial del puesto.

"Ahora bien, cuando el artículo 163 preceptúa que comete el delito Del Centinela el soldado que cumpliendo este servicio "falte a las consignas que haya recibido", a qué clase de consignas se refiere: a las generales o a las particulares?

"La Sala en caso similar ha sostenido que la disposición citada se contrae a las segundas porque en relación con las prime-

ras solo algunos de los hechos que específicamente las constituyen, de especial gravedad (dormirse, dejarse sorprender o relevar por quien no corresponda) fueron expresamente erigidas en el premencionado artículo 163 como delito Del Centinela. No así otras de menor entidad (no fumar, no beber, mantenerse en actividad, etc.) a las que no se les dio cariz criminoso. Se las dejó como simples faltas del servicio sancionables disciplinariamente.

"Además, dicha disposición no incluyó el abandono del puesto como delito propio Del Centinela. El artículo 153 definió ese hecho y el embriagarse como delito específico, predicable no como caso particular del centinela sino más comprensivamente del "militar" que esté de facción o servicio, esto es, como infracción común a todos los militares.

"Por consiguiente, cuando el artículo 163 alude a las consignas recibidas, se refiere no a las generales sino a las particulares dadas transitoria y reservadamente al centinela al iniciar el servicio en razón, como ya se dijo y acertadamente lo sostiene el Ministerio Público Castrense, de las circunstancias especiales del puesto.

"La Corte en sentencia de 4 de noviembre de 1966 en caso similar al que ahora se estudia dilucidó esta misma cuestión en los siguientes términos:

"Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar... Y que, por razón de ese yerro, se dejó de tomar en cuenta el artículo 153 de la misma obra..." "...".

"Ambas disposiciones hacen parte del título IV ("De los delitos contra el servicio") del Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del Capítulo V ("Delito del Centinela") y la segunda se encuentra en el Capítulo II ("Del Abandono del Puesto").

"En este mismo Título IV se reprimen el "Abandono del Servicio" y la "Deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "Abandono del Puesto" y "Delito Del Centinela" son más graves, por constituír un mayor daño a los intereses del servicio militar.

"Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "Abandono del Puesto" (art. 154), "Abandono del Servicio" (art. 156) y "Deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aun la sustitución del arresto por la prisión".

A continuación viene la transcripción de los artículos 154, 156 y 159 del Código de Justicia Penal Militar que señalan concretamente la agravación de las sanciones en atención a las circunstancias de orden público y otras en que se encuentre el país al tiempo de cometerse el delito y, luego continúa:

"De lo anterior se desprende lo siguiente:

"1º Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el Código de Justicia Penal Militar al referirse a los delitos de "Abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

2º Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el Reglamento de Servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "Delito del centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoco sustituír el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete 'frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("Delito Del Centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó anotado, para el delito de "Abandono del puesto" (Capítulo II, Art. 154).

"Ya se dejó observado cómo, de conformidad con el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito

de "Abandono del puesto"), "el militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión (Art. 154). Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

"Como es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ("Delito del Centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el artículo 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena si resulta pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo II ("Del Abandono del Puesto")?.

"A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se da al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar.

"Además, el alcance que en dicho fallo se da al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

"1ª Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general, "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

"No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el "Delito del Centinela" y no en el de "Abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

2ª Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para ésto se requiere darle un alcance extensivo que aquél no exige.

"Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

"En cambio, en el artículo 163 ("Delito del Centinela"), no se habla de "Abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

"Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el artículo 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "Delito del Centinela" y no del delito de "Abandono del puesto"? (Casación de Oct. 10/1969).

Como la doctrina anterior tiene perfecta aplicación al caso ahora contemplado porque median las mismas circunstancias entre los dos primeramente estudiados y el presente, llégase a la conclusión de que prospera la causal 4ª invocada y, en consecuencia, no es necesario entrar a estudiar la propuesta de manera subsidiaria.

De acuerdo con el ordinal segundo del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, es causal de nulidad "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción". Y en ese error se incurrió a partir de la Resolución número

7 de 1966 en la que se calificó el cargo imputable al soldado Samuel Castillo Segura como de "Deserción", la cual para el segundo Consejo de Guerra Verbal, previa la declaratoria de contraevidencia se calificó como de delito del Centinela por medio de la Resolución Nº 1 de 4 de julio de 1969 y, así se ordenó juzgarlo en Consejo de Guerra Verbal, es decir, por un procedimiento distinto al que era debido aplicarse que no era otro que el señalado en el artículo 590 del mismo Código últimamente citado.

Habiendo sido aceptada la causal 4ª de casación, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, se invalidará el fallo impugnado para que se retrotraiga la actuación y se oriente por el procedimiento señalado por el artículo 590 del Código Castrense.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Superior Militar contra el soldado Samuel Castillo Segura y ORDENA reponer el procedimiento a partir de la Resolución Nº 7 de 8 de septiembre de 1966, visible al folio 27, inclusive, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

El artículo 295 del C. P. en la hipótesis que contempla, supone un acto de funcionario público que, teniendo capacidad jurídica para ordenar la detención de las personas, abusa de ese poder y priva a alguien de su libertad sin que medie motivo que autorice esa decisión (detención sustancialmente injusta), o cuando existiendo causa dispone la detención sin observancia de las formalidades prescritas en la ley (detención formalmente injusta). En la hipótesis del artículo 296 el agente abusa del poder funcional cuando prolonga "indebidamente" la detención originariamente legítima. El artículo 431 del C. de P.P., es normativo de las formas del auto de proceder y los errores en que haya podido incurrir el juez, en la parte motiva del auto de vocación a juicio, al individualizar la infracción dentro del género, por mala apreciación de los hechos o indebida selección de la norma, no genera la nulidad del ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, porque dicho error puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre y cuando no se haga más gravosa la situación del procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 18).

V i s t o s :

Por apelación del procesado revisa la Corte la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, de fecha febrero 11 del presente año, mediante la cual fue condenado el ex-Juez Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó) Jairo Castillo Rengifo, como responsable del delito de detención arbitraria cometido en la persona del indígena Félix Bailarín Guaseruca, a la pena principal de seis meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 295 del Código Penal.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el término de traslado propio de la segunda instancia, manifiesta que está probado que el ex-juez acusado prolongó indebidamente la detención del indígena Félix Bailarín, a quien se sindicaba de supuesto delito de homicidio, por no haberle definido su situación jurídica dentro del plazo legal señalado al efecto, como que después de haberle recibido indagatoria el 18 de noviembre de 1965 y de haber expedido boleta de encarcelación el 22 del mismo mes, lo mantuvo irregularmente privado de su libertad, sin que existiera auto de detención, hasta el 15 de enero del año siguiente, día en que decretó su excarcelación por haber aplicado en su favor el art. 153 del C. de P. P. Y después de aducir las razones que apoyan ese aserto conceptúa que se debe declarar la nulidad del juicio desde el auto de proceder, porque en esa providencia se incurrió, al igual que en la sentencia, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, motivo de nulidad previsto en el numeral 5º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, por haberse adecuado la conducta del inculpado al tipo delictivo descrito en el art. 295 del C. P., que sanciona la detención arbitraria por privación injusta de la liber-

tad personal sin fundamento legal o sin el lleno de las formalidades prescritas para ello, cuando ha debido acomodarse al art. 296, que reprime el hecho de prolongar sin justificación una detención iniciada con arreglo a la ley.

Antecedentes y resultados de la actuación:

1º - Por acuerdo Nº 11 de 14 de julio de 1965, el Tribunal Superior de Quibdó nombró al señor Jairo Castillo Rengifo como Juez Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio, cargo del cual tomó aquél posesión el 31 del mismo mes y que desempeñó hasta el 21 de febrero de 1967 (fls. 20 y 21).

2º - El 15 de noviembre de 1965 el referido funcionario ordenó abrir investigación penal contra el indígena Félix Bailarín, atendiendo a informe oficial del Alcalde de Murindó, para establecer un presunto delito de homicidio cometido en una india de apellido Baserama, concubina de Bailarín, y en la misma providencia dispuso, entre otras cosas, "librar orden de captura contra el sindicado, incomunicarlo y recibirle declaración indagatoria" (fls. 52 y 53).

3º - El 18 del mismo mes se oyó en indagatoria al incriminado, quien afirmó que era mentira que hubiera matado a su mujer, que ésta se hallaba sana "y yo aquí en cárcel"; que en momentos en que cargaba una balsa con su mujer "se cavó carabina de balsa y disparó ella sola y bala pegó a mujer mía Herminia que no murió porque bala pegó fue en pierna y ella misma sanó con inyección que yo puse a ella; está en casa ahora cuidando un poco de hijos míos y no pasado más nada" (fls. 57 y ss.).

4º - Al día siguiente declararon en dicho proceso Ibio Rentería, Jafet y Tobías Sánchez, quienes aseveraron haber visto poco antes y sana a la indígena que se suponía muerta por acción del sindicado Bailarín (fls. 53, 55 y 56).

5º - No obstante aquellas pruebas el juez Castillo Rengifo expidió el 22 de noviembre de 1965 boleta de encarcelación del indígena nombrado, dirigida al Alcaide de la Cárcel Municipal de Riosucio, en estos términos:

"Sírvase detener en ese establecimiento carcelario hasta nueva orden de este Despacho, al señor Félix Bailarín, sindicado del delito de "Lesiones Personales", y cuya detención se ordenó en auto de fecha dieciocho (18) de los cursantes" (folio 16).

6º - El citado indígena permaneció privado de su libertad, sin que en su contra se hubiera dictado por el referido juzgado auto de detención ajustado a las exigencias del art. 383 del C. de P. P., hasta el 15 de enero de 1966, fecha en que se ordenó su liberación (folio 16), por haberse declarado en auto de 13 del mismo mes y dando aplicación al art. 153 del estatuto procesal "la inexistencia del delito imputado" (fls. 30 y 31).

7º - El entonces juez Jairo Castillo Rengifo fue denunciado ante el Tribunal Superior de Quibdó por el ciudadano Pedro Elías Quejada Prada, en escrito presentado el 10 de octubre de 1966, por el delito de detención arbitraria cometido en perjuicio de Félix Bailarín, pues "no dictó ninguna providencia para legalizar" la detención que sufrió éste desde el 22 de noviembre de 1965, día en que fue encarcelado, hasta el 15 de enero de 1966, fecha en que fue excarcelado (fls. 3 y ss.).

8º - El funcionario acusado, en declaración indagatoria, manifiesta que inició la investigación contra el indígena Félix Bailarín y ordenó la captura de éste acogiendo la denuncia presentada por el Alcalde de Murindó; que dispuso la encarcelación de aquél, en boleta Nº 007 de 22 de noviembre de 1965, con fundamento en versión que le dio Emilio Casame Chori, en presencia de su Secretario y de los Agentes de Policía que lo acompañaron al sitio de residencia de Bailarín, según la cual éste había matado a su esposa; que inició el sumario contra el nombrado indígena dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 283 y 284 del C. de P. P.; que dio luego aplicación al artículo 153 del mismo estatuto, en auto de 13 de enero de 1966, porque, como lo observó el respectivo Agente del Ministerio Público y cuyo concepto acogió, se demostró que el hecho denunciado no había existido y ni siquiera "aparece auto de detención en

el expediente, precisamente porque no hubo mérito para detener conforme lo dispone el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal". Mas no dio ninguna explicación del por qué, en esas condiciones, mantuvo retenido en la cárcel al sindicado Bailarín hasta el 15 de enero de 1966, vale decir, no dio la razón por la cual no definió la situación jurídica del sindicado, después de su indagatoria, en el término que la ley prevé para ese efecto.

9º - En inspección judicial practicada en el expediente que se adelantó contra el indígena Bailarín y en el archivo del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio se verificó que contra aquél no se dictó auto de detención (fls. 84 y 95).

10º - Por resolución de 19 de junio de 1969 el Tribunal Superior de Quibdó llamó a responder en juicio al ex-juez Jairo Castillo Rengifo "por el delito de detención arbitraria, perpetrado en la persona del indígena Félix Bailarín Guaseruca, durante el tiempo comprendido entre el 22 de noviembre de 1965 y el 15 de enero de 1966, en la Cárcel de la población de Riosucio (Chocó)" (fls. 106 y ss.). En la parte motiva de esa providencia, al especificar el cargo, consideró el tribunal de la instancia, y así lo repitió en el fallo que se revisa, que el exjuez Castillo Rengifo había infringido el art. 295 del C. P., por haber privado de la libertad al supranombrado indígena, durante el lapso antes indicado, con abuso de sus funciones judiciales y por no haber decretado aquella detención con sujeción a las formalidades legales establecidas en el artículo 383 del C. de P. P.

Consideraciones de la Sala:

I. - El ex-juez aquí sindicado, al ordenar la captura de Félix Bailarín a fin de someterlo a indagatoria, lo que dispuso, como se ha visto, en auto cabeza de proceso de 15 de noviembre de 1965 y con apoyo en una denuncia aparentemente seria, obró autorizado por la norma del artículo 41 del Decreto 1358 de 1964, como lo observa la Procuraduría Delegada.

II. - La indagatoria de aquel sindicado, cumplida el 18 del mismo mes de noviembre, se recibió por el funcionario acusado dentro del plazo señalado por el artículo 42 del Decreto de anterior mención.

III. - Después de practicada tal diligencia, el juez Castillo Rengifo ha debido definir la situación jurídica del capturado Bailarín "a más tardar dentro de los cinco días siguientes", decretando la detencion preventiva, si existía prueba que justificara esa medida, u ordenando su libertad, según el claro texto del artículo 43 del referido estatuto.

IV. - Como dicho juez se limitó a expedir el 22 de noviembre siguiente una simple "boleta de encarcelación", destinada al Alcaide de la Cárcel de Riosucio, boleta a la cual hacen alusión los artículos 45 y 46 del Decreto 1358, y en virtud de esa orden esencialmente provisional y de efecto determinado el indígena Félix Bailarín permaneció detenido en aquel establecimiento hasta el 15 de enero de 1966 (fls. 1 y 16), sin que en su contra se hubiera dictado auto de prisión preventiva con arreglo al art. 383 del C. de P. P., que desarrolla el art. 23 de la Constitución Nacional, es evidente que el nombrado funcionario no dio aplicación al art. 43 del Decreto 1358 de 1964 y que la detención del indígena Bailarín en la Cárcel de Riosucio, inicialmente legal por el aspecto de las formalidades prescritas, se tornó indebida al expirar el término de los cinco días siguientes al de la indagatoria y fue ilegítima desde entonces hasta el día en que aquél recuperó la libertad.

V. - Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, que tienen amplio respaldo en las pruebas allegadas a este proceso, estima la Corte, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que la conducta del funcionario inculpado es ciertamente constitutiva del delito de detención arbitraria, pues ninguna causa de justificación del hecho fue presentada, pero no en la figura descrita en el art. 295 del C. P., como lo entendió el Tribunal de la instancia, sino en la modalidad prevista en el art. 296 del mismo estatuto, que dice:

"Al funcionario o empleado público que

prolongue indebidamente la detención de una persona, se le impondrá arresto de un mes a un año".

IV. - El delito de detención arbitraria en la hipótesis del artículo 295 de la ley penal supone un acto del funcionario público que, teniendo capacidad jurídica para ordenar la detención de las personas, abusa de ese poder y priva a alguien de su libertad sin que medie un motivo que autorice esa decisión (detención sustancialmente injusta), o cuando existiendo causa dispone la detención sin observancia de las formalidades prescritas para el caso por la ley (detención formalmente injusta).

En el evento del artículo 296, en cambio, el agente de la infracción abusa del poder funcional en cuanto prolonga "indebidamente", sin justificación, la detención originariamente legítima de una persona. En tal caso la privación de la libertad se inicia de conformidad con la ley, tanto por el aspecto sustancial como por el aspecto de la forma, pero se hace durar más allá de los términos legales. Así ocurre, por ejemplo, cuando se concede el beneficio de libertad provisional o de libertad condicional y no se da cumplimiento a la resolución no obstante haberse otorgado la caución respectiva, o cuando pasa el término que la ley señala para definir la situación jurídica del capturado y se mantiene a éste encarcelado sin proferir en su contra auto de detención y sin que exista causa excusante de la demora.

Por ello ha dicho la Corte, y lo repite ahora, que "El artículo 296 está informado en la idea de que en estos casos deja el funcionario de cumplir con las formalidades señaladas por la ley. Y se adivina dicho espíritu, porque prolongar indebidamente la detención de una persona, por regla general constituye el incumplimiento de requisitos legales a que tiene derecho el ciudadano a fin de que su situación jurídica sea resuelta en debida oportunidad y todos aquellos términos que la ley de procedimiento señala para que se cumplan determinadas exigencias en la tramitación del sumario y no sean objeto de burla o violación alguna por parte del funcionario encargado de dicha investigación; que de ser de otra manera podría ocurrir que la pretermisión de esas formalidades dejar al sindicado indefinidamente privado de libertad, sin que tuviera medio alguno de evitar, o por lo menos, impedir que su detención se prolongue más allá de los justos límites que la ley señala". (G. J., Tomos LXIV, pág. 786 y LXXXV, pág. 425).

VII. - Ciertamente, como lo recuerda la Procuraduría Delegada, el art. 37 del Decreto 1358 de 1964, en su ordinal 5º, señala como motivo de nulidad en los procesos penales el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Tal error se presenta cuando en la parte resolutiva de la referida providencia se da al hecho demostrado en el sumario una calificación jurídica genérica diversa a la que según la ley le corresponde, como cuando un hurto se califica como robo, o una violencia carnal se califica de corrupción de menores.

El art. 431 del C. de P. P., normativo de las formas del auto de proceder, dispone que la parte resolutiva de este proveído "contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

La prohibición establecida en aquel precepto de determinar en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio la especie de delito dentro del género a que corresponda y de señalar en concreto el artículo que se estime aplicable, tiene por objeto el que en el fallo se puedan reconocer situaciones que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el respectivo capítulo del Código Penal, una fisonomía específica atenuada con relación a la precisada en los considerandos del auto de proceder, sin que se rompa la armonía que debe existir, por mandato del art. 159, regla 6ª, del C. de P. P., entre la sentencia y el auto procesatorio, como lo expresó la Corte en providen-

cia de 23 de enero del presente año.

VII. - Los errores en que haya podido incurrir el juez en la parte motiva del auto de vocación a juicio al individualizar la infracción dentro del género, por mala apreciación de los hechos o indebida selección de la norma específica reguladora de los mismos, no generan la nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, pues la denominación jurídica del delito se conserva. Esa clase de error puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre que no se haga más gravosa la situación del procesado, pues si en el fallo se contemplan, vervigracia, modalidades que den al hecho materia del enjuiciamiento una tipicidad de mayor entidad, esto es, en especie reprimida con pena más alta, o se deducen circunstancias de agravación de la infracción no señaladas en el auto de proceder, se lesiona el primordial derecho de defensa del acusado, ya que en esa parte no fue oído y vencido en juicio. Ningún acusado puede ser condenado excediendo los límites de la imputación formulada en el pliego de cargos, como lo tiene dicho esta Corporación.

IX. - En el asunto sub judice no se presenta el motivo de nulidad de anterior referencia, como lo pretende el colaborador del Ministerio Público, puesto que el llamamiento a juicio del procesado Castillo Rengifo se hizo, erí el correspondiente auto de proceder, "por el delito de detención arbitraria", de que "trata el Código Penal en el Lib. Segundo, Tít. XI, Cap. Segundo" (folio 112), y esa es justamente la denominación jurídica que corresponde a la conducta ilícita atribuída al inculpado y por la cual debe ser sancionado por haberse producido la prueba plena de la infracción y de la responsabilidad de aquél (art. 203 del C. de P. P.). El hecho de que la Corte estime que tal conducta coincide con la descripción legal del artículo 296 y no con la del tipo del artículo 295 del Código Penal, circunstancia que favorece ampliamente al procesado en razón de la menor penalidad fijada en la disposición primeramente citada, no incide en la calificación genérica del delito dada por el tribunal de la instancia a los hechos debatidos en el juicio, calificación que se mantiene, y conduce simplemente a una modificación del fallo de primer grado.

X. - Tomando en cuenta la gravedad del delito, determinada en este caso por el largo tiempo en que se prolongó la detención del indígena Félix Bailarín, por el comportamiento omisivo del ex-juez aquí procesado y acogiendo las consideraciones de la sentencia que se revisa respecto de la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad y concurrencia de algunas de menor temibilidad en el responsable, la Sala fijará, dentro de los límites de pena establecidos en el art. 296 del C. P. y observando lo prescrito en el art. 36 ibídem, en tres meses de arresto la sanción aplicable al procesado Jairo Castillo Rengifo, en lugar de la de seis meses de prisión a que fue condenado en primera instancia; confirmará la obligación impuesta en el fallo que se revisa al mismo acusado de pagar en abstracto los perjuicios civiles causados por la infracción; revocará las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad impuestas al reo en dicha sentencia, ya que el arresto no apareja esta clase de sanciones, y confirmará la orden de suspender la ejecución del fallo, por estar demostradas las condiciones del artículo 80 del Código Penal.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, de fecha y procedencia indicadas en la parte motiva, con la reforma de que la pena a la cual se condena a Jairo Castillo Rengifo es la de tres meses de arresto, en lugar de seis meses de prisión, y de que no hay lugar a las sanciones accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad, medidas éstas que se revocan.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE JUECES SUPERIORES, DE MENORES, DE CIRCUITO, etc.

Se reitera la jurisprudencia de la Corte, que de conformidad con el contenido del aparte b) del artículo 2º de la Ley 16 de 1969, el juzgamiento de los Jueces Superiores, de Menores, del Circuito, Municipales, etc., por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de éllas, corresponde al respectivo Tribunal Superior, por medio de la Sala Penal en pleno, y no por las Salas de Decisión, pues el juzgamiento que se haga por éstas importa la nulidad de la actuación por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 18 - mayo 22 de 1970).

V i s t o s :

Procede la Corte, una vez agotado el trámite correspondiente, a resolver sobre la consulta de la providencia de 3 de febrero último, dictada por el Tribunal Superior de Armenia y por medio de la cual declara que el hecho imputado al Dr. Julio César Lizarazo Aldana, Juez Cuarto Penal Municipal de esa ciudad, no es constitutivo de delito y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en su contra.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa "que la providencia consultada solamente aparece suscrita por tres de los seis Magistrados integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia (Decreto 900 de 1960) y como el literal b) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969 dispone que los delitos cometidos en ejercicio de funciones o por razón de éllas por parte de los Jueces Municipales son de competencia, en primera instancia, de la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, se concluye que la providencia en consulta no fue dictada de conformidad con la Ley y, por tanto, se ha incurrido en el motivo de nulidad previsto en el numeral 1º del artículo 37 del decreto 1358 de 1964 el cual, en concepto de esta Procuraduría Delegada, es procedente declarar por la H. Sala de Casación Penal".

Consideraciones de la Corte:

Estima la Sala que son ajustadas a derecho las aseveraciones y la solicitud del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, porque ciertamente, a despecho de lo que expresa el parágrafo del artículo 1º de la ley 16 de 1969, en donde dice que "compete a las respectivas Salas de Decisión dictar las providencias interlocutorias y las sentencias", tal disposición solo se refiere a aquellos casos no expresamente exceptuados por esa ley o por otras normas legales, que es, precisamente, lo que acontece con el juzgamiento de algunos altos funcionarios y dignatarios eclesiásticos, encomendado, a juicio de la Corte, no a la Sala de Decisión, sino a la Penal de los respectivos tribunales de Distrito Judicial. Las razones de esta conclusión se hallan expuestas en el auto de esta Sala, de 13 de los corrientes, y son las que siguen:

"a). - Si se examina el texto del artículo 11 del Decreto 528 de 1964, se ve que están perfectamente separadas la que pudiera llamarse función ordinaria de los Tribuna-

les de ser jueces de segunda instancia en los procesos penales, civiles y laborales de que conozcan, en primera, los jueces superiores y municipales y de los recursos de hecho que se interpongan en los procesos de competencia de los mismos funcionarios, así como de las consultas que den lugar a éllos y la del juzgamiento de algunos funcionarios y dignatarios eclesiásticos.

"En efecto en ese mismo numeral hay un inciso en que se dice que 'compete a las respectivas salas de decisión dictar los autos interlocutorios y las sentencias".

"Luego, en numeral aparte, se dice que los Tribunales conocen, por medio de su Sala Penal, de los procesos que se sigan a los gobernadores eclesiásticos de diócesis, vicarios generales y demás miembros de los cabildos eclesiásticos.

"Y en un artículo distinto, el 12, se dice que los tribunales superiores conocerán por medio de su sala penal y en única instancia de los procesos que se sigan a los jueces superiores, de menores y municipales, etc.

"Se ve, claramente, que la intención del legislador fue la de hacer que las Salas de decisión de los Tribunales conocieran de los recursos ordinarios y que el juzgamiento de funcionarios y de dignidades eclesiásticas se hiciera por la Sala Penal de los mismos.

"En la ley 16 de 1968, el aparte b) del artículo 2º reproduce, en lo sustancial, lo dispuesto por el numeral primero del decreto antes mencionado al estatuír que los Tribunales Superiores conocen 'por medio de la Sala Penal de la primera instancia de los procesos que se sigan a los Gobernadores Eclesiásticos de Diócesis, Vicarios Generales, Dignidades y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos, a los funcionarios señalados en el artículo 12 del Decreto 528 de 1964 (es decir, jueces superiores, de menores y municipales, anota la Sala) y a los Jueces de Circuito'.

"Luego, en el parágrafo del mismo artículo se dice que 'compete a las Salas de Decisión dictar las providencias interlocutorias y las sentencias'.

"La ley 16 de 1969 dice en el aparte a) del artículo primero que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen: 'a) de la segunda instancia en los procesos penales, civiles y laborales de que conozcan en primera los jueces superiores y de circuito etc.' y en su aparte b) 'Por medio de su Sala Penal, de la primera instancia de los procesos que se sigan a... los Jueces Superiores, de Aduanas, de Circuito, de Instrucción, de Menores y Municipales, etc'.

"En el parágrafo de dicho artículo reproduce textualmente el del artículo 1º de la ley 16 de 1968.

"Como se ve por la lectura de los textos legales que se dejan transcritos, la intención manifestada primeramente por el legislador fue la de que los Tribunales conocieran, en Sala de Decisión, de los recursos contra autos y sentencias y en Sala Penal del juzgamiento de los funcionarios allí mencionados.

"No cree la Corte que por haber cambiado de localización esa norma para ponerla como parágrafo del artículo en que se fija la competencia de los Tribunales para dicho juzgamiento, se haya alterado esa situación porque no habiéndose expresado por el legislador en ninguna parte de esas dos leyes (ley 16 de 1968 y la 16 de 1969) un mandato legal específico, en tal sentido, no hay por qué suponer que su intención fue la de someter a los funcionarios mencionados a las Salas de Decisión de los Tribunales.

"b).- Esa conclusión se refuerza si se considera que en las dos leyes últimamente mencionadas se dice, cuando se trata de atribuír la competencia para juzgar en segunda instancia, que 'los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen' y, a renglón seguido, expresa 'de la segunda instancia de los procesos penales, civiles y laborales'. No dice: conocerán por medio de su sala penal de las segundas instancias de los procesos de que conozcan en primera los jueces superiores y los de Circuito'.

"En cambio, al referirse al juzgamiento de dignatarios eclesiásticos y funcionarios dice que los Tribunales Superiores conocen

'por medio de su Sala Penal, de la Primera instancia de los procesos que se sigan a los gobernadores eclesiásticos de Diócesis, etc.'.

"Hay, pues, una notable diferencia de redacción entre las dos disposiciones, a la que es necesario darle un contenido que no puede ser otro sino el de que el juzgamiento de dignatarios eclesiásticos y jueces solo puede hacerse por toda la Sala Penal.

"De no ser así, la expresión 'por medio de su Sala Penal' carecería de sentido y la ley bien hubiera podido empezar este aparte b) diciendo, simplemente, 'de la primera instancia de los procesos que se sigan etc.'.

"Pero en vez de emplear esta segunda forma de expresión, hizo constar expresamente que el juzgamiento se hace por la Sala en primera instancia. Y como hay una norma de hermenéutica que manda que de dos interpretaciones de la ley, una que le da operancia al texto legal y otra que no se la otorga, se prefiera la primera, la Corte aplica esta regla, dándole un significado operante a la expresión transcrita en vez de optar por el de dejarla sin aplicación práctica.

"c). - Una tercera razón, es la de que no puede considerarse que el legislador haya creído excesivo que a los dignatarios eclesiásticos y a los jueces los juzgue toda la Sala Penal y por eso los haya hecho justiciables solo por una Sala de Decisión, equiparándoles a los demás sindicados.

"Por el contrario dada la especial categoría de esas personas, investidas de dignidad sobresaliente por el cargo que ocupan y las funciones que desempeñan, debe pensarse que su juzgamiento corresponde a una entidad de más importancia que la Sala de Decisión, o sea a la Sala Penal.

"d). - No resultaría lógico que de las faltas disciplinarias de los jueces conozca el Tribunal Superior en pleno, según lo dispone el art. 110 del Decreto 250 de 1970 y de los delitos cometidos por esos funcionarios, conozca solo una Sala de Decisión.

Todas estas razones llevan a la Corte a la conclusión de que ese juzgamiento debe hacerse por toda la Sala Penal como lo ordena el aparte b) del artículo 1º de la ley 16 de 1969".

Por manera que la sentencia sui generis que se consulta debió ser dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, que consta de seis Magistrados, según lo estableció el artículo 2º del decreto 900 de 1969.

Como no lo firman sino tres, quiere decir que se ha incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 37 del decreto 1358 de 1964, a partir del proveído consultado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA NULO LO ACTUADO en el presente proceso a partir de la providencia de 3 de febrero último, dictada por el Tribunal de Armenia, y ordena que se reponga la actuación teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que prescrita la acción penal, al juez solamente le corresponde declararla y por el solo hecho de serle más favorable al acusado, no puede dictar sentencia absolutoria, pues hacerlo es desconocer la facultad que la ley otorga al sindicado de renunciar a la prescripción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 18 - mayo 22 de 1970).

V i s t o s :

En virtud de querella formulada por el Sr. Jesús María Osorio fue seguida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín acción penal contra el abogado Dr. Teódulo E. Ramírez Duque por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

El juzgador a quo absuelve al acusado mediante fallo de 29 de octubre de 1969, cuya consulta ordena de acuerdo con la ley.

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a revisar lo resuelto por el Tribunal Superior de Medellín con apoyo en el grado de consulta.

Hechos y Resolución de Primera Instancia.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Según el escrito referido (la querella presentada por Jesús María Osorio) y la ampliación del querellante al rendir juramento (fls. 1 y 2), este contrató los servicios del Abogado Ramírez Duque mediante el pago de tres mil pesos, para que el profesional obtuviera mediante las acciones legales pertinentes, la efectividad de unos créditos que tenía contra Luis Cadavid Restrepo y otro, en razón de una negociación efectuada con el primero, para lo cual debía obtener el embargo de propiedades ubicadas en los municipios de Envigado y Copacabana, contrato que hizo con el profesional en los meses de febrero o marzo de 1968 "...y así se mantuvo en silencio...", por lo cual se quejó ante el Presidente del Tribunal quien le aconsejó que lo concretara para efectuar el trabajo, pero que si no lo hacía, elevara una queja; por su insistencia, el abogado presentó una demanda que correspondió al Juzgado 10º Civil y se decretó el embargo de un predio de Copacabana, pero ninguno de propiedad de Cadavid en Envigado; como el profesional le comunicara que se exigía una fianza por $ 4.000.00, se informó de que la constitución de tal seguridad se lograba mediante el pago de $ 125.00 suma que se entregó en la Oficina del Dr. Ramírez, si bien la Secretaria de este dijo que el valor era de $ 150.00 la garantía solo ocasionó el gasto de $ 60, 40 y "...el juicio se paralizó con la nota de embargo...".

"Agrega el querellante que "...yo le dí a Ramírez $ 300.00 a cuenta de $ 1.000.00 que me comprometí a entregarle para empezar el trabajo y el resto al terminarlo...", posteriormente le entregó $ 350.00 más, como consta en recibo que por $ 650.00 le entregó el profesional y que presentó (fl. 5), el mis-

mo profesional le informó que el asunto se encontraba en buenas condiciones y que tenía pendiente una apelación al Tribunal para el embargo de las propiedades en Copacabana y le pidió ochocientos ($ 800.00) pesos, más, que no ha entregado; y cuando le reclamó, le dijo que retirara el poder" ...porque si no le daba dinero no continuaría por que él tenía que comer...". Acompañó los recibos por $ 650.00 correspondientes a honorarios y por $ 125.00 correspondientes a gastos (fls. 6 y 7).

.....

"Obran en autos copias tomadas del juicio ejecutivo adelantado por el Dr. Ramírez Duque, como apoderado de Jesús María Osorio contra Luis Eduardo Cadavid y Roberto Arellano, de conformidad con las cuales, el profesional intentó la ejecución con medidas preventivas contra estas dos personas, pero el Juzgado solo aceptó la petición en cuanto a Arellano, pero no en cuanto al primero, por considerar que tratándose de la cesión de un crédito, el primero no estaba obligado a responder, decisión contra la cual el apoderado propuso reposición con apelación subsidiaria, negándose el primer recurso y concediéndose el segundo, recurrida en este último punto la providencia para que no se notificara personalmente al demandado contra quien se había negado la ejecución, tal petición se negó por extemporánea (fls. 6 v. a 13). El poder aparece fechado en mayo 24 de 1968 y la demanda se presentó en julio 17 siguiente.

"Según la declaración de Berta Jiménez Rodríguez (fl. 15), ella escribió una nota que obra en autos (fl. 7), presentada por el querellante y destinada a informar a este que el negocio estaba en trámite, pero que el abogado exigía el pago de $ 800.00 para continuar su atención.

"El profesional acusado fue oído en descargos y expresó que no existía falta de su parte, como resulta de las copias acompañadas, demostrativas de que "... tomé interés por vigilar, actuar y gestionar ante el Juez respectivo el negocio del señor Osorio..."; no actuó inmediatamente, porque el asunto requería estudio; en cuanto a honorarios, es norma de su oficina exigir la mitad para iniciar su gestión y el resto al finalizarla, es decir, de acuerdo con lo afirmado por Osorio este debía depositar $ 1.500.00 inicialmente y habiendo prometido cubrir esta suma, se le urgió para que lo hiciera; si depositó $ 775.00 de allí se tomó para cubrir gastos de timbre en la administración de Hacienda, por cesión de un crédito y el valor de póliza de seguro; el querellante se disgustaba cuando se le recordaba que tenía que pagar los honorarios y en su ejercicio profesional, nunca fue acusado el abogado como indelicado.

"Para completar la información, se agregó certificación del Juzgado en que cursó el juicio citado, conforme a la cual, se cobró por timbre en la cesión de un crédito, la cantidad de $ 272,70 y como prima de seguro para una fianza la cantidad de $ 62,40."

Como se dejó dicho, el Tribunal Superior de Medellín absuelve al Dr. Teódulo E. Ramírez Duque y dispone, asimismo, que "de conformidad con lo ordenado por el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 69 de 1945, pásese copia de lo pertinente al señor Juez del Circuito Penal (repartimiento) para los fines de la investigación a que haya lugar".

Considera la Corte:

Si bien el Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se confirme el fallo de primera instancia, encuentra la Corte que no puede, en este asunto, resolver en el fondo, porque la acción penal se encuentra prescrita y el sindicado no hizo uso de la facultad que le concede el artículo 112 del Código Penal, de renunciar a dicha prescripción. Se tiene en efecto:

a) La Corte, desde el año de 1960 y en constante jurisprudencia, ha venido sosteniendo que la disposición del artículo 115 del C. P. es aplicable, a falta de norma expresa y por similitud de materias, en los juicios por faltas contra la moral en el ejercicio de la profesión de abogado.

b) Es cierto que el decreto extraordinario número 320 de 3 de marzo del presente año,

que contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía, fijó en su artículo 81 un término de 5 años, contados desde el día en que se perpetró el último acto constitutivo de la falta, para la prescripción de la acción disciplinaria. Mas esa norma, por ser de naturaleza sustancial y por afectar desfavorablemente un derecho del sindicado, solo es aplicable respecto de hechos ocurridos dentro de su vigencia, vale decir, no puede tener efecto retroactivo.

c) Este negocio se inició en el mes de noviembre de 1968 y vino a la Corte en el mes de abril del año en curso. De consiguiente, ha transcurrido, como es obvio, más de un año desde la época de ocurrencia de los hechos denunciados por el querellante, los que sucedieron antes de la vigencia del decreto extraordinario número 320 de 3 de marzo del año en curso.

d) Verdad es que en varios casos la Corte, teniendo en cuenta el criterio de favorabilidad que comporta la absolución para la parte acusada, ha confirmado las decisiones proferidas en tal sentido, no embargante haber hallado que la acción penal estaba prescrita y que el sindicado no había renunciado a dicha prescripción.

"Pero es evidente que este motivo de favorabilidad por sí solo no puede restablecer la competencia del juzgador para decidir en el fondo en los asuntos penales, pues el transcurso de los términos señalados en la ley en cada caso para que obre la prescripción de la acción penal únicamente le deja la facultad declaratoria de que se tiene esta causa de cesación del procedimiento.

"Así como la muerte del procesado extingue la acción penal (artículo 100 del C. Penal), la prescripción de ésta pone término al procedimiento, como se dejó dicho, salvo que el acusado renuncie a la prescripción de la acción penal para obtener una decisión en el fondo del asunto.

"e) Expresa el artículo 8º del C. de Procedimiento Penal que toda infracción de la ley punitiva 'origina acción penal'. Mediante ésta se provoca y desarrolla la jurisdicción o potestad del Estado de administrar justicia en el orden penal. Pero esta facultad del Organo Jurisdiccional sufre limitaciones, entre las que se tiene el fenómeno de la prescripción, la cual inhibe al juzgador para continuar el trámite del proceso, salvo que el sindicado, como antes se anotó, renuncie a ella (art. 112 del C. Penal).

"Refiriéndose EUGENIO CUELLO CALON a esta causa de extinción de la acción penal dice que 'cuando ha tenido lugar esta prescripción que el Código llama impropiamente prescripción del delito, se extingue la acción que tiene el Estado... para perseguir al delincuente y comprobar y determinar su participación en el hecho punible' ("Derecho penal", Editorial "Bosch", Barcelona, 1956, t. 1, p. 721). Vale decir, anota la Corte, que el transcurso del tiempo señalado en la ley, según el caso, pone fin a la competencia del magistrado o juez para administrar justicia en el respectivo asunto, no correspondiéndole más facultad que la de declarar la ocurrencia de la prescripción de la acción penal.

"Si habiéndose presentado dicha prescripción pudiera aún el juez oficiosamente y solo por serle más favorable al acusado, proferir sentencia absolutoria, estaría sobrando la facultad consagrada en la ley al sindicado para que renuncie a tal prescripción de la acción penal a fin de obtener una decisión de fondo. En este último supuesto solamente en él, revive para el juzgador la competencia que se había extinguido." (C. S. J., auto de la Sala Penal, de 20 de febrero de 1970).

Cumple, por tanto, revocar el fallo absolutorio de que se ha hecho mérito, así como la orden de averiguar el posible delito de calumnia, por ser este último consecuencia de aquella determinación.

Con fundamento en las presentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, REVOCA la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Medellín en favor del abogado, Dr. Teódulo E. Ramírez Du-

que, a quien se hicieron cargos por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión, y, en su lugar, DECLARA que la acción penal se encuentra prescrita y ordena la cesación del procedimiento por este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ROBO AGRAVADO POR "ESCALAMIENTO DE MUROS"

La nulidad supralegal por ausencia de defensa, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, como en forma reiterada lo ha expresado la Corte. La asistencia del defensor a la audiencia pública en juicios en derecho, no es obligatoria —como sí lo es en los juicios en que interviene el Jurado—, y esa anomalía no es "asimilable a la nulidad de que trata el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964. La técnica de casación exige la precisión de los cargos que se formulen a la sentencia y no puede alegarse simultáneamente "error de hecho y de derecho" porque cada cual tiene características que ofrecen acusadas diferencias. Robo agravado por "el escalamiento de muros" —numeral 3º del art. 404 del C. P. - En la noción de escalamiento queda incluída no solo la del ascenso, sino el descenso, no solo el ingreso sino también la salida. Y escalador es no solo quien emplea escaleras sino el que emplea cualquier otro instrumento que favorezca la maniobra, como los cordeles y cadenas, los andamios y demás aparatos auxiliares de que se vale el constructor o reparador de un edificio, los cables y postes telefónicos o de cualquier otro servicio, el alcantarillado, los árboles, los vehículos y elementos similares que se preste para el ingreso indebido, lo mismo que los huecos o roturas que no sean obra del agente.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 19 de 29 de mayo de 1970).

V i s t o s :

Está acusada en casación la sentencia del nueve (9) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué condenó a MARCO AURELIO RODRIGUEZ ARANGO y otros a la pena principal de seis años y seis meses de presidio, más las accesorias correspondientes, como coautor del delito de robo agravado en perjuicio de Carlos Mejía Duque. Y como se ha cumplido a plenitud el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir.

I - ANTECEDENTES

a) En horas de la madrugada del día 11 de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) varios sujetos, después de desprender una hoja de cinc en el techo, penetraron, por el hueco así abierto, al establecimiento comercial denominado "Sucursal del Cielo", distinguido con el número 1-15-Sur de la calle 14 de la ciudad de Ibagué, almacén de propiedad del señor Carlos Duque Mejía y de allí sustrajeron varios objetos (5 ollas de presión marca "Universal", 7 balanzas para pesar, una registradora marca RC-Allen, Nº 1369704, cubiertos para mesa, etc.) cuyo precio estimó su dueño, al formular la denuncia, en cuarenta mil pesos ($ 40.000.00). Debido a las alarmadas voces de algunos vecinos y a la inmediata presencia de la policía los ladrones dejaron abandonado el producto del robo sobre los techos aledaños.

b) Por tales hechos fueron indagatoria-

dos y detenidos preventivamente Marco Aurelio Rodríguez Arango, Santiago Camacho Marín, Reinaldo Rodríguez Arango y Marco Tulio Escobar (a. "El Mocoso"). (fl. 24 a 26).

c) Clausurada la etapa instructiva, el Juzgado Primero Penal Municipal de Ibagué calificó su mérito, mediante sobreseimiento temporal, en proveído del 5 de abril de 1968. (fl. 50 a 52 vto.).

d) En providencia del 10 de julio del mismo año el Tribunal, al revisar por consulta el auto calificador, lo revocó, y en su lugar profirió llamamiento a juicio contra los referidos procesados, "como coautores del delito de robo de que trata el Código Penal en su Libro II, Título XVI, Capítulo II.". resolución en cuya parte motiva se expresó que en el caso de autos concurría una de las modalidades de agravación contempladas en el "numeral 3º del artículo 404" de dicha obra, "pues se cometió con escalamiento de muros, tal como lo afirman los agentes de la policía y como se constató en la diligencia de inspección ocular". (fls. 61 a 70).

e) En el plenario, a solicitud del defensor de los procesados Rodríguez Arango, se trajeron al informativo los testimonios de Genaro Mora y Arnulfo Meneses, y, practicado el avalúo de perjuicios, se celebró la audiencia pública, sin la presencia de los defensores y del representante del Ministerio Público, y a la cual solo concurrieron los procesados detenidos: Marco y Reinaldo Rodríguez Arango. (fl. 113).

f) Culminó la primera instancia con la sentencia del 14 de enero de 1969, en que el recurrente Marco Aurelio Rodríguez Arango fue condenado a la pena principal de veintiocho (28) meses y veinticuatro (24) días de prisión, por haber descartado aquélla la modalidad específica del escalamiento, fallo que el sentenciador de segundo grado reformó en el que ahora es objeto del recurso de casación.

g) Dentro del trámite ante la Corte se le concedió al señor apoderado especial de Marco Aurelio Rodríguez, por causas graves justificadas, conforme al artículo 179 del C. de P. P., una prórroga de cincuenta días para que formulara la respectiva demanda.

II - El Recurso Extraordinario.

La acusación se sustenta en los motivos que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales 1º y 4º, en su orden, expresando el actor que la Corte puede, sin embargo, examinar de preferencia la censura propuesta dentro de la esfera de la causal cuarta, ya que el proceso afecta también a personas distintas de su poderdante.

Causal Primera.—Dos tachas propone el actor contra el fallo recurrido al amparo de esta causal, a saber:

Primer Cargo: "Se refiere éste —expresa al demandante a los presupuestos de la responsabilidad penal, en lo tocante a mi representado, a quien se le dedujo en la causa la coautoría en un delito de robo calificado, contra las previsiones del artículo 203 del C. de P. P., cuyo texto aplicó el sentenciador sin reparar, primero, en el régimen legal de la prueba, y, segundo, desconociendo, por error de hecho el valor intrínseco de los principales elementos de juicio, atribuyendo a unos un valor probatorio que no tienen, y, en cambio, desconociendo a otros el que sí tienen".

Tras el anterior enunciado y luego de reconocer como "un hecho indubitable que hubo la comisión del delito de robo a que se contrae la denuncia elevada por el señor Carlos Duque Mejía", analiza la prueba de cargo y alude a "hechos que procesalmente alejan al recurrente de toda participación en el reato." De todo lo cual desprende las siguientes conclusiones:

"1º—Se dictó sentencia condenatoria contra mi poderdante por un delito de robo calificado, sin tener los elementos probatorios de responsabilidad, de carácter pleno, indicativos de su participación en el hecho, pues los indicios deducidos no demuestran el previo concierto que el Tribunal supone, ni de manera alguna de la prueba de cargo se infiere que el recurrente haya tomado parte

en el delito. Hipotéticamente, en otro plano de la tipicidad de una conducta, cabría lucubrar sobre encubrimiento, asunto que no ha sido materia del debate procesal.

"2º—Y se dictó fallo condenatorio, sin tener la prueba demandada por el artículo 203 del C. de P. P., en cuanto a responsabilidad se refiere, a la vez que caprichosamente dejaron de considerarse elementos de convicción que sacan verdadera la cualificación o explicación del acusado.

"3º—De esta forma y por indebida o errónea interpretación de los hechos mismos, dándoles un valor que la ley no les ha otorgado o desconociéndoles el que sí tienen, hubo violación de la ley penal sustancial, concretamente del artículo 404 del C. P., lo mismo que del 402, todo a través de desconocimiento de textos procesales como son los artículos 203, 216, 223 y 224 del C. de P. P."

Segundo Cargo: "Se contrae éste —dice el libelo— a la especie o modalidad misma del ilícito, cuya ubicación en el catálogo penal hizo el H. Tribunal Superior, alegre y descuidadamente, en el artículo 404 con la sola afirmación de haber sido cometido el robo 'con escalamiento'.".

Con la finalidad de demostrarlo, el impugnante se refiere a los elementos de juicio en que se apoya el sentenciador de segunda instancia para afirmar que el robo de autos se perpetró con "escalamiento de muros", circunstancia especial de agravación prevista en el ordinal 3º del artículo 404 del C. P.

En este orden de ideas, discurre así:

"4º—Escalar muros es un giro jurídico y gramatical exacto empleado en la ley penal y sobre su significado no caben variantes interpretativas analógicas. Escalar un muro es trepar por él, empleando lazos o hasta aprovechando las salientes o entrantes del muro, que es siempre una pared que encierra o protege un inmueble o lo separa de otro, según el caso. Caminar por los tejados no es escalar muros, ni un lazo, cuyo objeto pudo ser facilitar la bajada de los objetos sustraídos, da lugar a la calificación de marras. Con razón dijo el Juzgado al calificar la sumaria 'que el indicio del lazo colgado de que antes se habló, se descarta, pues sería infantil creer que los ladrones acudieron a ese medio conociendo la casa y sabiendo que tenía, como en efecto tiene, una escalera para subir del primero al segundo piso, ya que es de dos plantas como se constató con la inspección ocular; escalera de la cual hablan expresamente los agentes Gilberto Buitrago Ramírez e Inocencio Gordon Coral; es apenas natural que habrían descendido por esa escalera'." Y prosiguiendo la impugnación por este cauce, agrega:

"6º—Planteado así el problema, que reduce la violación de la ley penal al artículo 404, y, más concretamente al ordinal 3º de dicha disposición, indebida o erróneamente aplicado al caso, con base en medios probatorios que no integran la circunstancia de calificación del delito, cabría la hipótesis de un delito común de robo, descrito y sancionado por el artículo 402 del C. P. (Ley 4ª de 1943, Art. 2º), cuyos extremos represivos difieren fundamentalmente de los contemplados en el artículo 404".

Por el camino reseñado y respecto de esta segunda tacha, concluye que "Hubo errada aplicación de la ley penal, por violación indirecta y error de hecho, habida consideración de los medios de prueba examinados y disposiciones legales traídas a cita", razón que induce al actor a sostener que "hay lugar a casar parcialmente el fallo, a efecto de que se enmiende la penalidad atendiendo a lo preceptuado en el artículo 402."

Causal Cuarta.—Estima el actor que la sentencia acusada recayó sobre un juicio viciado de nulidad, por cuanto los procesados no fueron defendidos, pues los defensores no asistieron a la audiencia pública, ni presentaron alegato escrito al finalizar la misma, desconociéndoseles el derecho de defensa, garantizado por el artículo 26 de la Constitución, e incurriéndose en la causal de invalidez prevista en el artículo 37, ordinal 4º, del Decreto 1358 de 1964.

Después de exponer algunas considera-

ciones generales sobre el tema, sustenta el cargo de la siguiente manera:

"1ª—Por auto de 5 de noviembre de 1968, surtidos los demás trámites del juicio, se señaló la hora de las diez de la mañana del 26 del mismo mes 'para la celebración de la audiencia pública'. Esta diligencia no se llevó a término, debiéndose fijar nueva fecha para el seis de diciembre, según providencia del 27 de noviembre anterior, pero tampoco el acto pudo celebrarse hasta el 16 de diciembre del año referido, de acuerdo con el ordenamiento contenido en auto de 7 de los mismos, el cual fue debida y legalmente notificado.

"2º—Según el acta respectiva, "se dispuso celebrar la audiencia pública en este juicio contra MARCO AURELIO RODRIGUEZ ARANGO, REINALDO RODRIGUEZ ARANGO, SANTIAGO CAMACHO MARIN y MARCO TULIO ESCOBAR, por el delito de robo. Con la asistencia de los dos primeros procesados nombrados, los cuales se encuentran detenidos, el señor Juez declaró abierto el acto'... 'Con lo cual se da por terminado el acto, el cual se llevó a cabo sin la presencia del defensor, en vista del artículo 466 del C. de P. P., y además el procesado Marco Aurelio (Arango) Rodríguez Arango solicitó que de todos modos se realizara...'.

"Conviene advertir que no era uno solo el defensor. En juicio venían actuando como defensores Alfredo Monroy Labrador y Pedro Luis Alvarez Ocampo.

"3º—Es verdad que el artículo 466 del C. de P. P. originalmente disponía que 'la no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración del juicio', salvo la del enjuiciado detenido, como lo aclara el Decreto 1231 de 1951 (Art. 8º), pero con esas mismas previsiones legales no se ha querido cohonestar la burla al derecho de defensa, máxime si se considera que habiendo encausados ausentes la presencia del defensor es algo más que una formalidad: es la necesidad jurídica y procesal del ejercicio del derecho de defensa, pues de otro modo es un contrasentido irritante celebrar un acto dispuesto para oír a las partes y por eso se llama AUDIENCIA PUBLICA.

"4ª—De otro lado, para relievar el sentido y determinar el verdadero objeto de la audiencia pública, en forma que indica la obligatoriedad del ejercicio de la defensa, el Decreto 1358 de 1964 puso las cosas en su punto, y tácitamente derogó o modificó los textos antes citados.

Suficiente es leer los artículos 12, 13 y 14 del Decreto para entender el asunto, y en particular el atinado inciso 2º del artículo 12, en que se impone a las partes la obligación de 'presentar, al finalizar la audiencia sin intervención de Jurado, un resumen escrito de su alegaciones'.

5ª—No es osado afirmar que el Decreto 1358 de 1964 reglamentó lo referente a la audiencia pública y que sus preceptos dejaron sin vigencia las normas a que se atuvo el señor Juez del conocimiento.

"La ley no puede burlar el imperativo mandato de la Carta, ni hacer nugatorias las garantías que ésta establece. De ahí por qué se admiten y reconocen las nulidades constitucionales, en guarda, precisamente, de derechos que son supralegales y por sobre los cuales no pueden impunemente pasar los jueces penales de la República.

"Una audiencia pública sin la asistencia de las partes, en especial de los que tienen a su cargo la defensa de los acusados, no es audiencia pública y semejante anomalía es asimilable a la nulidad de que trata el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964."

El libelo concluye expresando que el fallo de casación procede en los términos del ordinal 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, o en los del ordinal 1º del mismo precepto.

III - El Ministerio Público

La Procuraduría Segunda Delegada, después de hacer circunstanciada referencia a la actividad procesal durante la etapa instructiva, para destacar el extremo de que en ella los procesados carecieron de asistencia jurídica adecuada, hasta el punto de que ninguno de los abogados "intentó siquiera el recurso de reposición contra el au-

to que calificó el mérito del sumario", expone su opinión en los siguientes términos:

"4º—En la etapa del juicio comprendida entre el pronunciamiento del auto de proceder y la sentencia de primera instancia, los acusados tampoco gozaron de asistencia jurídica alguna pues los dos profesionales mencionados no asistieron a la audiencia pública, no presentaron alegato por escrito con motivo de esta actuación procesal y no apelaron siquiera de la sentencia condenatoria de primer grado.

"Es de notar igualmente que el Ministerio Público también estuvo ausente de la diligencia de audiencia pública.

"La única actuación en esta etapa fue el memorial en que el abogado Monroy Labrador pidió recibir declaración testimonial a Genaro Mora y a Arnulfo Meneses.

5º—En el término de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, el condenado Marco Aurelio Rodríguez Arango dio poder al abogado Floresmiro Hernández quien tomó posesión ante el H. Magistrado Sustanciador de la segunda instancia y presentó dentro del término legal el alegato que corre a folios 131 y ss. del expediente, al cual se refirió el fallo recurrido en mínima parte, pues apenas le dedicó un comentario que aparece al folio 161 del informativo.

"B)—La anterior relación de hechos revela sin lugar a dudas que los acusados Reinaldo Rodríguez Arango, Marco Tulio Escobar y Santiago Camacho Marín carecieron por completo de asistencia jurídica no solamente en la etapa del plenario sino también en la etapa de la investigación.

"En cuanto se refiere al condenado Marco Aurelio Rodríguez, la única actuación profesional positiva fue el alegato formulado por el abogado Floresmiro Hernández tendiente a lograr la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

"Es en la etapa del juicio y especialmente en la audiencia pública, en la que el enjuiciado dispone de la mejor oportunidad para que una persona versada en la ciencia del derecho Penal, conociendo el pliego de cargos, alegue en su favor, en forma verbal o escrita, y el juzgador de primer grado disponga de elementos de juicio que le permitan al momento de la sentencia, aceptar o no, en todo o en parte, los planteamientos de la defensa.

"En el presente caso ninguno de los cuatro acusados gozó de asistencia jurídica y la omisión es tan evidente que releva de cualquier argumentación al respecto.

"Pero, de otra parte, en opinión de este Despacho, no podría pensarse que la exigencia de la defensa efectiva se hubiese satisfecho plenamente porque en cuanto se refiere a Marco Aurelio Rodríguez Arango un profesional del derecho, él sí responsable, alegara extensamente en su favor porque ya se había perdido de manera irremediable la mejor oportunidad procesal para hacerlo y porque el juzgador de segundo grado no dedicó mayor atención a los planteamientos del defensor, ya que se limitó a unos comentarios de orden general transcribiendo, en lo demás, casi la totalidad del auto de enjuiciamiento dictado por él mismo, procedimiento éste a todas luces criticable pues las exigencias que la ley establece para dictar una sentencia de segundo grado por parte de un juez plural y con la cual culminan las instancias, son muy distintas a las requeridas para llamar a juicio".

Como de acuerdo con este criterio la causal cuarta debe prosperar, el Ministerio Público estimó impertinente —con razón— el ocuparse de los cargos formulados al amparo de la causal primera, invocada también por el actor. La vista finaliza con la consecuente solicitud de que se invalide el fallo recurrido, para que se reponga el procedimiento a partir de la notificación del auto de llamamiento a juicio. A lo cual se agrega que debe promoverse averiguación disciplinaria contra los abogados Alfredo Monroy Labrador y Pedro Luis Alvarez Ocampo, por haber incumplido sus deberes profesionales en el proceso.

IV. - La Corte Considera:

Causal Cuarta—Siguiendo el orden lógi-

co adoptado por la Corte, habrá de estudiarse en primer término aquel aspecto de la acusación que el demandante presenta, con rigor técnico, dentro de la órbita de la causal cuarta de casación, porque siendo ésta la que más profundamente incide en el proceso penal, ya que sobre un juicio viciado de nulidad no es posible construír una sentencia válida, su examen debe tener prelación sobre cualquiera de las otras causales que el actor proponga.

Se recordará que el cargo, tal como lo formula el recurrente, consiste en que los procesados carecieron dé defensa a través del proceso, hasta el punto de que los personeros judiciales de aquéllos no asistieron a la audiencia pública, ni presentaron alegación escrita en dicha oportunidad, violándose así el artículo 26 de la Carta y estructurándose "una anomalía asimilable a la nulidad de que trata el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964".

Examinada la actuación procesal en sus dos instancias, se observa: Abierto a pruebas el juicio mediante auto del 22 de agosto de 1968 (fl. 87 vto.), el doctor Alfredo Monroy Labrador, defensor de los procesados Marco Aurelio y Reinaldo Rodríguez Arango, dirigió al Juez de la causa un memorial en que le solicita recibir los testimonios de Genaro Mora y Arnulfo Meneses (fl. 89), declaraciones cuya recepción se ordenó en providencia del 4 de septiembre (fl. 89 vto.), y que efectivamente fueron llevadas al plenario, como puede verse de folios 91 a 93. Inclusive obra al folio 92 otro memorial, complementario del anterior, en que el nombrado defensor pide al Juez que amplíe, de su propio motivo, el interrogatorio relacionado con Meneses, "porque este testigo presenció detalles que son muy importantes en esta investigación, como quiera que desempeñaba en ese entonces el cargo de celador de Vigilancia Pública en el sector comprendido en la carrera 1ª sur entre calles 14 y 15".

De folios 131 a 146 aparece el extenso alegato que el doctor Floresmiro Hernández Contreras, nuevo defensor de Marco Aurelio Rodríguez Arango, designado por este, dirigiera a la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en favor de su patrocinado dentro del término de fijación en lista, alegato que con cuidadoso esmero estimó útil y pertinente corregir luego el referido defensor en los siguientes términos:

"Como defensor del procesado señor MARCO AURELIO RODRIGUEZ ARANGO por el delito de la referencia, comedidamente manifiesto al Honorable Magistrado Ponente que al folio 9 de este alegato se pasó un error en el párrafo que transcribo y corrijo: "En el caso concreto que nos ocupa es completamente aplicable esta doctrina ya que se encuentra plenamente demostrado en autos que se cometió un delito de robo, que los autores de dicho reato saltaron a la terraza de la casa Nº 14-91 de la Carrera 1ª Sur y luego de esta terraza al interior de esta casa; pero lo que no está probado es la relación entre estos dos hechos o sea que mi defendido y los demás moradores que habitan la casa Nº 14-91 de la carrera 1ª Sur sean los ladrones que saltaron de la terraza al interior de la casa, por dos razones: 1) El Agente de la policía VARON ENCISO en su declaración afirma: 'Que no está en condiciones de reconocer a los sujetos que portaban las ollas ya que los vio en forma rápida y estaba más bien oscuro'. 2) Porque no está probado en autos, que los ladrones que saltaron de la terraza al interior de la casa sean los moradores de la casa." (fl. 147).

En ya numerosas oportunidades ha expresado la Corte el criterio —ratificado recientemente en sentencias de casación de 27 de febrero y 9 de marzo del año en curso, entre otras, que la nulidad supralegal generada por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, extremo que no ha ocurrido en el presente caso, como de manera objetiva acaba de verse, al menos en cuanto concierne al recurrente Marco Aurelio Rodríguez Arango, cuya situación es la única que la Corte puede examinar aquí, pero no con el arbitrio o amplitud de que pudiera hacer legítimo uso como sentenciador de instancia, sino circunscrita al preciso ámbito de la impugnación y limitada por los principios normativos que gobiernan o disciplinan este recurso extraordinario, de tan exigentes y especiales características.

En cuanto a la circunstancia de no haber concurrido los defensores a la audiencia pública, como era su deber, importa recordar que, según lo ha expresado esta Sala en diversas ocasiones, "la inasistencia a la vista de la causa que ventila el juez de derecho no es obligatoria para el apoderado (artículo 466 del C. de P.) como sí lo es tratándose del debate oral ante jurados, en que hay una auténtica controversia para que estos resuelvan, y la falta de defensor reduce nocivamente la garantía constitucional para el juzgamiento." (Sentencia de Casación, 9 de marzo de 1970).

Cabe observar, finalmente, que la hipótesis previstas en el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964 como motivos de invalidez en los procesos penales, son dos: No celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene su celebración privada, o no celebrarse en el día y la hora señalados. Es cierto que en caso sub-examine dejaron de concurrir a la audiencia tanto los defensores de los acusados como el representante del Ministerio Público, pero esa doble ausencia no puede constituír una "anomalía asimilable a la nulidad de que trata el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964". Constituye, en efecto, una deplorable anomalía, que sumada a una serie de relievantes omisiones del defensor, podría identificarse con la inercia defensiva absoluta, configurando así una nulidad supralegal. Mas alegada como causal autónoma de invalidez, no es "asimilable" a los supuestos contemplados en el citado ordinal 4º, porque las nulidades, según constante y reiterada jurisprudencia de la Corte, que recoge la predominante doctrina universal sobre el particular, son taxativas, y por tanto la interpretación de las normas que las consagran debe ser restringida, sin que sea permitido extenderlas a casos semejantes, no solo porque su creación compete al legislador, sino también y fundamentalmente porque un criterio laxo en torno a tan delicada materia desquiciaría el seguro curso de los procesos, lesionando los derechos mismos de las partes y produciendo la incertidumbre social.

Causal Primera

Primer Cargo.—La esencia de su formulación consiste, como ya' se vio, en que, según el actor, se profirió fallo condenatorio sin que exista en el proceso la prueba exigida por el artículo 203 del C. de P. P., en cuanto a responsabilidad se refiere, a la vez que caprichosamente dejaron de considerarse elementos de convicción que respaldan la explicación del acusado. "En esta forma y por indebida o errónea interpretación de los hechos mismos, dándoles un valor que la ley no les ha otorgado o desconociéndoles el que sí tienen, hubo violación de la ley penal sustancial, concretamente del artículo 404 del C. P., lo mismo que del 402, todo a través de desconocimiento de textos procesales como son los artículos 203, 216, 223 y 224 del C. de P. P."

El Tribunal dedujo la responsabilidad de los procesados Marco Aurelio Rodríguez Arango, Reinaldo Rodríguez Arango, Santiago Camacho Marín y Marco Tulio Escobar de una serie de hechos que estimó plenamente demostrados y que resumió en los siguientes términos:

1º—Dos de los ladrones fueron vistos por el Agente Varón Enciso sobre el techo del establecimiento comercial y tales sujetos al advertir la presencia del agente, se internaron en la casa número 14-91, precisamente aquella en donde fueron capturados los cuatro sindicados. Este indicio, en opinión de la Sala, es de mucha gravedad dada la íntima relación entre el hecho indicante y el indicado. 2º—Marco Aurelio Rodríguez Arango, uno de los sindicados y quien se dice habitaba en la casa 14-91, demoró en abrir la puerta a los representantes de la autoridad más de veinte minutos, según declaran varios agentes de la policía. Este hecho nos está indicando que el sindicado Marco Aurelio Rodríguez esperó a que sus compañeros estuvieran en condiciones de no ser vistos por la policía o, en caso de hallarlos, simular que estaban durmiendo. 3º—Cuando Marco Aurelio Rodríguez abrió la puerta de la casa a la Policía, manifestó que se encontraba solo en esa casa, pues su familia se encontraba en Bogotá. Sin embargo, dentro de la casa fueron encontrados más tarde por la policía los otros tres sindicados. Por qué Marco Aurelio Rodríguez quiso ocultar a estos tres sujetos? 4º—El

sindicado Marco Tulio Escobar (a. El Mocoso) cuando entró la policía a la casa Número 14-91 lo encontró únicamente con un zapato; y uno de los señores agentes al darse cuenta de ese detalle, recordó que en el techo de una de las casas había visto abandonado un zapato, que todo indica era el que le faltaba a Escobar. No es éste otro indicio grave contra dicho sindicado? 5º—Según la declaración del agente Inocencio Gordon Coral, la ropa de los cuatro sindicados cuando fueron capturados 'estaba como untada de cal y embarrada'. Es este otro indicio que también reviste cierta gravedad, dadas las características del delito averiguado. 6º—Algunos de los sindicados se enfrentaron a la policía, y hasta partieron una de las carabinas de los agentes, reacción que no es propia de personas inocentes. 7º—Uno de los sindicados, Santiago Camacho Marín logró fugarse a la policía que intervenía en la casa Nº 14-91 y solo pudo ser capturado después de la persecución motorizada que adelantó la policía. 8º—Finalmente, obra en contra de los sindicados muy grave indicio de su capacidad para delinquir, pues en autos hay constancia de que se trata de sujetos que ya han tenido que ver con la justicia y algunos de ellos han sido condenados en oportunidades anteriores".

A continuación el sentenciador de segundo grado dedica algunos pasos de la sentencia recurrida a desvirtuar, en la medida y del modo que juzgó pertinente, el extenso y circunstanciado alegato del defensor de Marco Aurelio Rodríguez y las razones expuestas por el Fiscal Primero de la Corporación en torno al testimonio de Arnulfo Meneses, traído al proceso a instancia de uno de los anteriores personeros de la defensa.

"En tales circunstancias, —concluye el Tribunal— la Sala encuentra que en el proceso sí obra la prueba de que trata el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal en contra de los cuatro encausados y, en consecuencia, es acertada la decisión del señor Juez a-quo, en cuanto profirió en contra de ellos sentencia de carácter condenatorio".

En verdad, no sería razonable aceptar que la evaluación probatoria realizada por el fallo recurrido para enmarcar la responsabilidad de los procesados, y concretamente la de Marco Aurelio Rodríguez, quebranten o infrinjan los principios lógicos del raciocinio, suponiendo hechos sin comprobación alguna en el proceso o desconociendo otros de inocultable realidad a la luz de las probanzas traídas al informativo. De manera casi fatigante ha dicho esta Sala que cuando de la causal primera de casación se trate y la censura se funde en violación indirecta de la ley sustancial, su función no consiste en escudriñar la prueba —tarea propia de las instancias— sino en decidir si el demandante ha demostrado o no un error de derecho, o un protuberante error de hecho, siempre que éstos tengan significado trascendente en la parte decisoria del fallo acusado.

De otro lado, aunque la demanda en general contiene importantes planteamientos jurídicos, cabe observar respecto de este cargo que carece de la necesaria precisión porque en él se proponen simultáneamente, en relación con "los principales elementos de juicio," el error de hecho y de derecho, cuyas características ofrecen acusadas diferencias. Es cierto que ambas clases de error se generan en el ámbito probotorio y producen de indirecto modo, idéntico resultado, vale decir, el quebrantamiento de una norma sustancial por aplicación indebida o por falta de aplicación, pero el primero incide en la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que determinado elemento de convicción existe cuando la realidad fáctica pregona lo contrario, o viceversa, y el segundo supone asignarle a tal medio o elemento un mérito legal distinto del que la ley le acuerda. Por tanto, no pueden en principio presentarse al tiempo y respecto de la misma prueba los dos errores, pues para que el de derecho se configure es necesario tener en cuenta la prueba existente, considerarla o valorarla, y esa operación conceptual excluye el error de hecho, que implica, en esencia, desconocer la prueba que obra en el in-

formativo, o reconocer la que éste no contiene.

Segundo cargo. - En suma, este segundo y último motivo de censura lo hace consistir el actor en que si bien se perpetró el delito de robo, se infringió sin embargo indirectamente el numeral 3º del artículo 404 del C. P., por haber incurrido el sentenciador de segunda instancia en error de hecho manifiesto al estimar que el delito se perpetró "con escalamiento de muros", circunstancia que carece de comprobación en el proceso.

El Escalamiento.

La agravante específica para el robo cuando se comete "con escalamiento de muros" según el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, cuya razón justificativa reside en la necesidad de reprimir con mayor energía la inutilización de las defensas privadas, ha sido objeto de aplicaciones nada uniformes, pese a su antiguedad y a su irrevocable vinculación a casi todas las legislaciones del mundo.

Desentendiéndose inclusive de las acepciones gramaticales que definen la acción de escalar como el ingreso en un sitio valiéndose de escalas, pero también como la labor de zapa para entrar en un lugar o salir de él (escalo), la doctrina perseveró en sus clásicas limitaciones, pues dió al escalamiento ("Scalata", en italiano; "escalade", en francés), nada más que un sentido ascensional, como corresponde al uso de escaleras, instrumento que permite, con algún esfuerzo, llegar a espacios superiores ordinariamente inalcanzables.

Constantes solicitudes de la defensa jurídica han producido ampliaciones progresivas de la idea de esfuerzo ascendente, que conlleva mayor actividad física, para representar igualmente en la causal de agravación el engaño o maniobra habilidosa con que se penetra a recintos cerrados o cubiertos, eludiendo la vía destinada al efecto; o con que se llega a lugares no cerrados, como las fachadas. De este modo es más fácil ir hacia la superación de viejos casuismos, de los cuales no están totalmente exentos los juicios contemporáneos, debido a las peculiaridades y mudanzas de la ejecución criminosa, pues considerando por igual la destreza y la malicia para transitar un conducto no destinado a ese fin, quedan incluídos en la noción no sólo el ascenso, sino el descenso, no sólo el ingreso sino también la salida. Y escalador es no sólo quien emplea escaleras sino cualquier otro instrumento que favorezca la maniobra, como los cordeles y cadenas, los andamios y demás aparatos auxiliares de que se valen el constructor o reparador de un edificio, los cables y postes telefónicos o de cualquier otro servicio, el alcantarillado, los árboles, vehículos y elementos similares que se presten para el ingreso indebido, lo mismo que los huecos o roturas que no sean obra del agente.

No es, pues, adecuada y debe rectificarse la expresión de la Corte en fallo del 23 de enero de 1964 (Gaceta Judicial, tomo CVII, página 234) en cuanto a que "la ley finge o presume que el escalamiento es una violencia que se hace contra las cosas". En virtud de su extensión, el concepto comprende tanto la fuerza como el engaño, de manera que resulta caprichoso presumir o fingir la primera de estas dos actividades, excluyendo la otra.

A diferencia de otros sistemas, el colombiano no aplica la escueta denominación escalamiento a la agravante, sino que la refiere al 'escalamiento de muros", es decir, al hecho de rebasar en cualquier forma los construídos para cerrar espacios o sostener techumbres. Pero esta concreción no impide reconocer la agravante en el ingreso mediante puentes o tendidos, o por balcones, ventanas, azoteas, terrazas, cornisas, tejados, chimeneas o tragaluces, verbigracia, porque es obvio que al llegar a tales dependencias se ha superado en cualquier sentido u orientación los muros que las sustentan. Y estos muros pueden ser externos, en cuanto apartan los edificios de parajes abiertos o de otras habitaciones; o internos, en cuanto lo exijan los distintos servicios, pues la ley no distingue ni el emplazamiento ni la utilización.

Tampoco distingue la clase de muro de modo que pueden ser murallas, mamposterías, tapiales o bahareques, o cualquier otra construcción similar de material consisten-

te destinada a la defensa o guarda de las cosas, que no puede salvarse sin dificultad. Por lo tanto, no constituyen muros los setos, las vallas, empalizadas o hiladas bajas que no obstaculizan el paso, o que se pueden evitar mediante un rodeo.

Finalmente, tampoco distingue el lugar así protegido, que bien puede ser casa de habitación, de trabajo (fábricas, oficinas), de educación, recreo o deporte, de retiro o descanso, o tratarse de bodegas y toda suerte de locales para almacenar cosas.

Ahora bien, el acceso tiene que ser efectivo, o sea, que realmente haya llegado el ladrón al lugar, exigencia que no incluye en la agravante ciertos apoderamientos a distancia cumplidos con garfios, lazos, varillas o tubos maniobrados desde afuera, clase de sustración denominada "ventosa".

El escalamiento de salida convoca la agravante contemplada en el numeral tercero del artículo 404 del estatuto represor, de que se viene hablando, en cuanto sirve de medio para consumar la desposesión.

De lo dicho se desprende con entera claridad que el fallo recurrido no incurrió en error de hecho y menos manifiesto, cuando fundándose en la inspección ocular practicada en el lugar en donde se perpetró el delito, diligencia en la cual se estableció que "de la terraza de esta edificación, (aquella en que la policía encontró momentos después a los procesados, aclara la Corte) se puede caminar por encima de los techos sin obstáculos hasta el techo del Almacén "el Cielo" y sus depósitos", dedujo que el robo se había cometido "con escalamiento de muros".

En verdad, todos los elementos de juicio considerados por la sentencia acusada convergen a demostrar que los reos tuvieron acceso al techo del Almacén denominado "La Sucursal del Cielo" a través de la terraza o azotea de la casa en donde vivía Marco Aurelio Rodríguez Arango; que en dicho techo desprendieron "una hoja de cinc", y por el espacio así abierto descendieron al depósito y luego al almacén nombrado, desandando luego el camino, con los objetos sustraídos, hasta el mismo techo o cubierta por donde habían penetrado, momento en que, ante las alarmadas voces de algunos vecinos y la presencia de varios agentes de la policía (Agentes Lisímaco Giraldo, Inocencio Gordon Coral, Luis Clavijo Rodríguez, Gilberto Buitrago y Jesús Hernando Varón), abandonaron el producto del delito y emprendiendo la fuga, ocultáronse, después de "brincar sobre la plancha de cemento" de la terraza original, en la casa donde fueron capturados.

En suma, no se estimó acreditado un hecho sin la existencia de la prueba, ni se negó alguno existiendo su comprobación respectiva en el proceso.

Del amplio estudio de las tachas propuestas es preciso concluir que, no obstante la seriedad conceptual que la demanda traduce, no prosperan las causales aducidas.

Decisión:

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Desecha el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva de esta providencia.

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

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

La Corte cambia su doctrina, al declarar inadmisible el recurso de revisión en los juicios disciplinarios contra los abogados, por faltas a la ética profesional, por ser el derecho penal disciplinario, una especialidad excluída del derecho represor, pues éste se refiere al mantenimiento del orden jurídico general, se acoge inexorablemente al principio de la legalidad de los delitos y de las sanciones y rechaza el principio "non bis in idem", en tanto que aquél, aunque aplique medidas que aparentemente puedan confundirse con las otras, no se circunscribe a tipos especiales, actúa sobre particulares relaciones de autoridad, que en muchos casos se señalan en forma amplia o genérica las faltas y las sanciones. Las providencias dictadas por presuntas faltas a la ética profesional de la abogacía, son de carácter administrativo, aunque provengan de un tribunal de justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta Nº 19 de 29 de mayo de 1970).

Vistos:

Por medio de representante, el abogado Tulio Hernán Escobar G., mayor y vecino de Bogotá, ha demandado la revisión del fallo proferido por la Corte el 11 de marzo de 1969, en el cual suspendió al nombrado profesional del ejercicio de la abogacía por el término de dos años, de acuerdo con la Ley 69 de 1945, revocando así la sentencia absolutoria del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá.

El apoderado demandante se funda en una jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, del 8 de marzo de 1960 (Gaceta Judicial, Tomo 92, páginas 480-481), en la cual se admite que las sanciones de la ley 69 de 1945 tienen carácter penal y que el procedimiento es de la misma índole, sin que interese la referencia a determinados textos de procedimiento civil. En estas condiciones, el recurso puede intentarse contra las condenas por faltas a la ética profesional.

Como pruebas de los hechos fundamentales acompaña el memorialista algunos documentos y relaciona otros. Solicita, además, que al ordenar la tramitación "se decrete la licencia provisional para que el doctor Tulio H. Escobar G. ejerza provisionalmente su profesión", según el artículo 575 del Código de Procedimiento Penal, aplicable análogamente al caso, pues así como esa norma autoriza la libertad precautelativa del condenado que estuviere detenido, debe hacerse cesar igualmente el injusto perjuicio ocasionado por la suspensión de la licencia.

Considera la Corte.

Lo primero que debe hacerse es un examen sobre la procedibilidad del recurso, a fin de precisar si es admisible o nó, aplicando el artículo 64 del Decreto 528 de 1964, que modificó el 563 del Estatuto Procesal, pues se trata de un asunto semejante al que contempla dicha disposición. Y esta determinación es necesaria porque de élla surge si el asunto es de aquellos relacionados

en los artículos 571 y 572 de la Ley de Procedimiento, o si, por el contrario, no se trata de procesos por delitos, tal como lo exige la última de las normas citadas.

Compréndese que si dada la naturaleza de la acción precluída en la sentencia, ésta no se dictó en juicio criminal, sino en uno de cualquier otra clase, no es jurídicamente admisible la revisión y debe declararse la imposibilidad para inciarla, en la misma forma en que se procede con la demanda de casación, tratando de ver si se ajusta a los requisitos legales, el más importante de los cuales es el de precisar la naturaleza del juicio y de la sanción. A este examen se pasa en seguida.

Es cierto que en una oportunidad semejante, y para el solo efecto de reabrir el debate sobre el restablecimiento de la justicia supuestamente quebrantada, la Corte reconoció inequívocamente que las faltas a la ética en el desempeño de la abogacía son de índole criminosa y que la actuación para investigarlas y calificarlas tiene la misma esencia del procedimiento penal; de donde dedujo el derecho para demandar la revisión de las condenas dictadas por los Tribunales y confirmadas por la Corte.

Este criterio no puede refrendarse sino fundándose en una superada confusión entre el magisterio represor y ciertas actividades menos generalizadas y precisas, que mantienen el orden, la regularidad y disciplina en sectores oficiales o particulares, actividades distintas de las punitivas, que integran el derecho penal disciplinario, el cual a su vez es parte del derecho penal administrativo.

El derecho penal va al fondo de la acción, indaga su origen, contenido y fines a base de descripciones previas, tratando de adecuar una sanción predeterminada en un texto. El derecho penal disciplinario expresa una potestad del Estado, de sus organismos o de otra clase de asociaciones privadas para mantener el cumplimiento de previsiones que interesan a sus miembros y a la administración.

El empleado público o el que desempeña transitoriamente funciones de esa clase, lo mismo que las personas vinculadas a un órgano del poder, a un gremio o profesión, saben que tienen obligaciones, que deben prestar obediencia a un orden jerarquizado casi siempre, que tienen que cumplir un horario y demás actividades propias de su posición y el olvido de éstos a su desconocimiento acarrea consecuencias que les impiden el ascenso en la carrera o que lo retardan, les disminuyen el salario, provocan la suspensión del cargo, el despido o la cancelación de un título.

En el responsable del grupo familiar concurren facultades expresas de índole civil y aún policiva para corregir incumplimientos y desobediencias. Del mismo modo, ciertas asociaciones, al estilo de los sindicatos, centros de enseñanza, empresas, hospitales, núcleos de investigación, adoptan y aceptan medidas para que no se entorpezca el trabajo material o el estudio, y quien ingresa a éllas se encuentra sujeto a normas que no aplican ni la autoridad política ni la administración de justicia.

Fuera de éllas, hay otras reglamentaciones legales a las que es forzoso someterse porque se han trazado tanto para el desenvolvimiento de la labor adscrita a sus miembros como para mejorar la función que están llamados a prestar. Entre éstas se encuentran los estatutos de deontología para las distintas profesiones y, concretamente, el de los abogados según la Ley 69 de 1945, y ahora el decreto 320 de 1970.

El derecho penal disciplinario, por consiguiente, es una especialidad excluída del derecho represor, como que se limita a afrontar desórdenes e incorrecciones perturbadoras de la actuación o que afectan la respetabilidad y decoro de los miembros, complementando el derecho de reglamentar y dirigir, necesario para el personal vinculado a las distintas instituciones o asociaciones.

La corriente común fija así otras de las líneas demarcadoras de las dos ramas: la penal se refiere al mantenimiento del orden jurídico general, se acoge inexorablemente al principio de la legalidad de los delitos y

las sanciones, infunde vigor e imperio al acto jurisdiccional y rechaza el principio non bis in idem. En cambio el derecho disciplinario, aunque aplique medidas que aparentemente puedan confundirse con las otras, actúa sobre particulares relaciones de autoridad, no se circunscribe a tipos especiales, pues señala en forma amplia o genérica las faltas y las sanciones, muchas veces por vía de ejemplo, a que se hacen acreedores los que violen los deberes de subordinación, convivencia, decoro y demás que se impongan. Las providencias son administrativas aunque provengan de un tribunal de justicia. En suma, el derecho penal tutela bienes jurídicos predeterminados en la constitución nacional, mientras que el derecho disciplinario no se dirige sino a la normalidad de las gestiones o de las ocupaciones.

Fuera de lo expuesto, que por sí solo impide declarar la admisibilidad del recurso, existen consideraciones legales de mucha entidad que favorecen la misma conclusión. Tal el sentido y el texto del artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, que indica la forma como debe proponerse el recurso y que lo refiere privativamente al 'delito o delitos" que hubieren determinado el juicio cuya revisión se demanda. La expresión delito o delitos señala inconfundiblemente la naturaleza de las acciones que han sido juzgadas en fallo definitivo y no autoriza incluir en esa calidad las sentencias por faltas a la ética profesional que, como está expuesto, giran en una órbita extraña a la jurídico-penal. Si la revisión rige en esta esfera, no puede reconocerse en la otra. Así lo resolverá la Corte para el caso planteado.

Decisión.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Declara inadmisible el recurso propuesto y Ordena devolver las diligencias al interesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

PRUEBA PERICIAL

Las partes tienen dos oportunidades para objetar el dictamen de los peritos: la primera dentro del término de cinco días siguientes, a aquél en que lo puso en conocimiento de las partes, y la segunda, al objetarlo de fondo, por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, antes de que el Jurado pronuncie el veredicto, en los juicios en que interviene, o antes de que el asunto entre al Despacho del juzgador, para fallo de primera instancia. Causal 1ª de casación. El error de hecho o de derecho se genera en el ámbito probatorio. Es improcedente alegar con base en esta causal, simultáneamente infracción directa e indirecta de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 20 de 2 de junio de 1970).

Vistos:

Cumplido el trámite propio del asunto, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, mediante la cual el Tribunal Superior de Ipiales, confirmando en lo esencial la de primer grado, condenó a Marco Antonio Leytón Medina a la pena principal de dos (2) años de presidio; al pago de doscientos ($ 200.00) pesos de multa a favor del tesoro nacional; y a cubrir la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de perjuicios causados con la infracción, más las penas accesorias de que trata el artículo 58 del Código Penal, todo como responsable del delito de lesiones en la persona de José Elías Cuastumal.

Antecedentes.

A) El dieciseis de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, en torno a las seis de la tarde, cuando José Elías Cuastumal se dirigía a su casa de habitación, ubicada en la vereda de Payán, comprensión municipal de Córdoba (Nariño), fue alcanzado por su enemigo Marco Antonio Leytón Medina, quien lo atacó con arma cortante (machete), causándole dos heridas en la región parietal izquierda, y dos más en el dorso de la mano del mismo lado, lesiones éstas que le produjeron la sección de los tendones extensores de dicha mano, limitando los movimientos de flexión y extensión de los dedos meñique, anular y medio, y una ligera atrofia de los tejidos blandos del referido órgano aprehensor. Los médicos legistas dictaminaron una incapacidad de treinta (30) días al lesionado Cuastumal y señalaron como consecuencia "deformidad física y perturbación funcional de carácter permanente".

b) Adelantada la correspondiente investigación, el Juez de primera instancia ordenó poner en conocimiento de las partes, mediante providencia del veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y seis, por el término de cinco días, los dictámenes médicos producidos en la etapa instructiva, dos de ellos suscritos por el doctor Alejandro Ortiz, y el otro, distinguido con el Nº 1.000 y fechado el 2 del mismo mes, por los legistas de la Oficina Médico-Legal de Pasto,

y como no fuesen objetados, les impartió aprobación en proveído del 8 de junio siguiente. (fls. 39 y vto.)

c) Tres días después de aprobadas las referidas peritaciones, el apoderado de Leytón Medina impugnó "el concepto emitido por los Médicos Legistas de la ciudad de Pasto, por cuanto no es verdad que José Elías Cuastumal sufra ninguna perturbación funcional de carácter permanente, toda vez que tiene plena capacidad para trabajar normalmente en sus ocupaciones cotidianas en su calidad de agricultor", y solicitó la recepción de varios testimonios para acreditar sus aseveraciones. (fl. 40).

d) El mérito de la investigación fue calificado mediante auto del 20 de marzo de 1967, en el cual se resolvió abrir causa criminal contra Marco Antonio Leytón Medina, por el delito de lesiones personales en José Elías Cuastumal, y como no se hubiera hecho efectiva la detención del procesado, hubo necesidad de emplazarlo y declararlo reo ausente, designándosele defensor de oficio al mismo abogado que le había prestado su asistencia profesional durante el sumario, quien consintió la providencia enjuiciatoria. (fls. 66 a 73 vto.).

e) Dentro de la causa se evacuaron las pruebas solicitadas por la defensa, y el 26 de julio de 1968 se profirió la sentencia condenatoria de primer grado, fallo que el Tribunal Superior del extinguido Distrito Judicial de Ipiales confirmó en el que ahora es objeto de este recurso extraordinario, con la única aclaración de que la pérdida de la patria potestad "no es temporal sino permanente". (fls. 100 a 102).

La Demanda.

La acusación, formulada por apoderado especial, se propone con apoyo en las causales 1ª y 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en su orden.

Causal Primera. - La censura, al amparo de esta causal, se plantea en los siguientes términos:

"1º Ser el fallo violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea; y

"2º Haber incurrido el fallador en la violación directa del artículo 372 del C. P. aplicable al presente caso en lugar del artículo 374 de la misma obra que aplicó en forma indebida, por errónea apreciación de las pruebas, error de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos como lo demostraré en el curso de la presente demanda".

A continuación expresa el actor que, "para proceder con método", sustenta primero el segundo cargo, "porque es menester demostrar que la Sala falladora por error de hecho y de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales que obran en el proceso para determinar la incapacidad y consecuencias de las heridas que padeció José Elías Cuastumal, incurrió en violación de la ley sutantiva aplicable al caso debatido".

Después de referirse a los mencionados dictámenes, expresa estas opiniones:

"La Sala falladora, sin dar ninguna explicación, desechó en su totalidad el concepto del perito doctor Alejandro Ortiz L., rendido el 5 de marzo de 1966 (fs. 30) en el cual este ilustre galeno dice que José Elías Cuastumal por la herida de la mano izquierda no queda con incapacidad funcional, por dos razones: 1ª Porque los tendones de los dedos meñique y anular funcionan normalmente; y 2ª Porque Cuastumal, según su propia confesión, ha sido operado por el doctor Cástulo Cisneros Mora y debido a tal intervención quirúrgica el defecto funcional que anotó en su primer reconocimiento médico ha desaparecido. En cambio, para situar el delito de lesiones imputado a Marco Antonio Leytón Medina en la clasificación del inciso 2º del artículo 374 del C. P., acogió en forma total el concepto de los médicos legistas del departamento.

"Con tal proceder a todas luces ilegal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ipiales, en forma directa violó la doctrina del artículo 268 del Código de organización criminal, la cual establece que, 'el dictamen

del perito no es por sí plena prueba'. El debe ser apreciado por el Juez o el funcionario instructor, quienes para acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte, **deben expresar clara y precisamente los hechos y las razones en que se fundan**".

En pasos posteriores, tras insistir el actor en que el Tribunal, al apreciar los dictámenes médicos, "incurrió en error de hecho y de derecho", resume su pensamiento de la siguiente manera:

"Como el H. Tribunal de Ipiales al valorar en forma errónea el concepto de los médicos legistas del departamento llegó a la conclusión de que José Elías Cuastumal por las lesiones que le causó Marco Antonio Leytón Medina debió sufrir treinta (30) días de incapacidad, quedando con defecto funcional permanente en la mano izquierda y como el error de la Sala falladora recayó en un elemento constitutivo del cuerpo del delito el cual incide o influye en la sanción penal que el reo merece por su acto antisocial, al cual llegó por no haberle dado el valor que sí tiene de plena prueba el concepto del doctor Alejandro Ortiz L. y todos los testimonios que aseguran que el ofendido no padece de ese defecto funcional, lo que aparece de manifiesto en los autos, naturalmente que la sentencia recurrida debe invalidarse para aplicar el caso debatido la sanción del inciso 2º del artículo 372 del C. P. que se dejó en forma indebida de aplicar y en cambio del inciso 2º del art. 374 de la misma obra".

Dentro del orden adoptado por el impugnante, aparece el primer cargo sustentado en los siguientes términos:

"El Tribunal impuso a Marco Antonio Leytón Medina dos años de presidio y una multa de doscientos pesos, además de las accesorias del artículo 58 del C. P., esto es, calificó el delito en el inciso 2º del art. 374 del C. P.

"No siendo evidente que el ofendido sufrió defecto funcional, ni permanente ni transitorio, sino solamente una incapacidad de treinta días sin consecuencias, el texto legal aplicable al presente caso era el inciso 2º del art. 372 del C. P. Cómo se graduó la responsabilidad en grado mínimo por no existir circunstancias de mayor peligrosidad, de acuerdo con el artículo 39 debió imponerse **Seis meses** de prisión.

"Al no haberse impuesto esta pena, la Sala falladora violó en forma directa el mencionado artículo 374, inciso 2º porque lo aplicó a un delito que conforme a la realidad procesal no correspondía aplicar, en cambio por interpretación errónea de las pruebas violó también el inciso 2º del artículo 372 del C. P. porque no lo aplicó como era su deber. Corresponde pues a la Excma Corte reparar estos agravios, invalidar el fallo recurrido y proferir la sentencia que debe reemplazarlo".

Causal Cuarta. Afirma el demandante que "El defensor de Marco Antonio Leytón Medina, doctor Carlos Rueda Carrera, por memorial de 10 de junio de 1966, fs. 40, tachó por error grave el concepto de los médicos del Foro, pero, esa tacha se pasó por desapercibida (sic) y se omitió tramitarla en la forma como lo ordena el artículo 267, inciso 2º del C. de P. P., o sea, rituarla y resolverla previos los trámites de una articulación".

Se pretermitió así, en materia grave, una formalidad propia del juicio, violándose "el principio supralegal de no poder condenar a nadie sino con la observancia de todas las fórmulas del juicio".

El Ministerio Público.

Estima la Procuraduría, después de examinar lo argüido por el actor para sustentar la causal 4ª, que al no tramitarse como articulación las "objeciones" al dictamen pericial de los médicos legistas, como lo preceptúa el artículo 267 del C. de P. P., se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional, configurándose así una nulidad supralegal. Y fundado en tal criterio, solicita que se case la sentencia recurrida, "invalidando la sentencia a partir del auto que abre a pruebas el juicio, para que se tramite la objeción, consultando al Instituto Central de Medicina Legal de Bogotá, sobre el punto controvertido". Al aceptar como de-

mostrada la causal cuarta, lógicamente se abstuvo de estudiar los cargos formulados dentro del marco de la causal primera.

La Corte Considera:

Causal Cuarta. - Siguiendo el mismo orden lógico adoptado por el Procurador, se dará prelación al examen de esta causal, por ser la que más profundamente podría incidir en el proceso.

Del contenido de los artículos 266 y 267 del C. de P. P. se desprende con absoluta claridad —según lo ha observado esta Sala en reiteradas ocasiones— que las partes en el proceso penal tienen dos oportunidades para objetar el dictamen pericial: la primera, para pedir dentro del término de los cinco días siguientes a aquel en que el Juez las puso en conocimiento de la peritación, que el perito lo explique, lo amplíe o lo rinda con mayor claridad, lo que también puede hacer el mismo funcionario de oficio en cualquier tiempo, antes de fallar; y la segunda, de la cual pueden hacer uso antes de que se dicte el veredicto del Jurado en los juicios que se ventilan con intervención de éste, o antes de que el asunto entre al despacho del juzgador para sentencia en los demás casos, para objetarlo a fondo, por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

..El memorial del 10 de junio de 1966, suscrito por el apoderado del procesado, no contiene propiamente una objeción, en el sentido regulado por el artículo 267 del C. de P. P., precepto que ni siquiera se cita en el mencionado escrito. Por ello el Juez entendió, sin quebrantar la lógica del raciocinio, que simplemente se solicitaba la recepción de unos testimonios para acreditar que el ofendido José Elías Cuastumal tenía "plena capacidad para trabajar normalmente en sus ocupaciones cotidianas en su calidad de agricultor", rendimiento laboral que, inclusive, no es inconciliable con la "perturbación funcional de carácter permanente" de que hablan los doctores Miguel Guerrero R. y Luis López P., médicos legistas de la Oficina Médico-Legal de Pasto, en su dictamen del 2 de mayo anterior.

Así lo entendió también el mismo solicitante, pues en memorial calendado el 23 de julio siguiente, visible al folio 43, expresa simplemente que "en el memorial anterior" —refiriéndose incuestionablemente al del 10 de junio— había pedido que se practicara, "entre otras pruebas" "la diligencia de reconstrucción de los presuntos hechos, diligencia que tiene mucha importancia,..." prueba que, en efecto, se solicitaba en el referido escrito del 10 de junio, y que, por lo demás, se llevó a término en la vereda de "Payán", entre las seis de la tarde y las nueve de la noche del miércoles veintiocho de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, según reza el acta respectiva (fls. 58 a 59 del Cd. 1º).

Esos dos memoriales integran, conceptualmente, un todo armónico en su finalidad, y de ellos, como se ha visto, no se desprende la objeción de fondo prevista en el artículo 267 del C. de P. P. Carece de fundamento, en consecuencia, la invocada nulidad supralegal.

Causal Primera: Cargo Segundo.

En reciente fallo de casación ha expresado la Corte, insistiendo sobre el tema, que tanto el error de hecho como el de derecho se generan en el ámbito probatorio y producen, por vía indirecta, idéntico resultado, vale decir, el quebrantamiento de una norma sustancial por aplicación indebida o por falta de aplicación, pero el primero incide en la prueba como elemento material del proceso, por estimar el juzgador que determinado elemento de convicción existe, cuando la realidad fáctica dice lo contrario, o viceversa, mientras que el segundo supone asignarle a tal medio o elemento un mérito distinto al que la ley le acuerda. Por ello no es admisible proponer simultáneamente, respecto de una misma prueba, error de hecho y error de derecho, pues tales figuras son jurídicamente inconciliables. Si el sentenciador deja de apreciar una prueba, puede incurrir en error de hecho, porque desconoce un medio que obra en el proceso para acreditar una determinada situación, pero si lo tiene en cuenta, ya es imposible tal clase de error, y sólo puede estructurarse entonces el error de derecho,

por apreciarla en desacuerdo con el valor que la ley le da.

Estas consideraciones bastarían para desestimar el cargo, que en esencia consiste en que "la Sala falladora por error de hecho y de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales que obran en el proceso para determinar la incapacidad y consecuencias de las heridas que padeció José Elías Cuastumal, incurrió en violación de la ley sustantiva aplicable al caso debatido", pero además debe recordarse el Tribunal no ignoró tales dictámenes. Sencillamente, al apreciarlos, fundó su convicción, respecto de las secuelas que dejaron las lesiones, en la peritación de los legistas, cuyo tenor integral es el siguiente:

"En cumplimiento del auto de 2 de marzo de este año, (1966) dictado en el sumario contra Marco Antonio Leytón por Lesiones, informamos: que se estudiaron los conceptos periciales que corren en el informativo, firmados por el Dr. Alejandro Ortiz L. y **también se examinó personalmente al ofendido** José Elías Cuastumal Guerrero con el siguiente resultado:

"El Sr. **José Elías Cuastumal Guerrero** con c.c. Nº 1.824.927 de Córdoba presenta: una cicatriz de antigua herida incisa en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, borde cubital, dirección transversal, que ha comprometido los tendones extensores, dejando limitación de los movimientos de flexión y extensión, con ligera atrofia de los tejidos blandos de la región de la mano que comprende los dedos anular, meñique y medio de la mano izquierda. Las demás lesiones de que habla el Dr. Alejandro Ortiz L. en sus conceptos, han cicatrizado sin dejar secuelas.

"De modo que por la herida que dejó la cicatriz que se describe y las demás lesiones de que habla el colega examinador, debió sufrir **treinta (30) días** de incapacidad definitiva, y le queda deformidad física y perturbación funcional de carácter permanente".

Causal Primera: Cargo primero. - Es, en el fondo, la misma tacha anterior, pero vertida en léxico diferente y propuesta dentro de la esfera del primer apartado de la causal primera. En otros términos: **Se pretende una** violación directa **de los artículos 372 y 374 del Código Penal, vale decir, de las mismas normas sustantivas con relación a las cuales se había predicado una** violación indirecta, **proveniente de "error de hecho y de derecho" cometido al apreciar el mismo medio probatorio.**

"Cada una de estas dos formas de violación de la Ley 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, infracción directa e indirecta de la ley en un mismo fallo, como que no es concebible que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, ni es tampoco admisible que se sostenga una impugnación de infracción directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a las que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación". (Sentencias de 23 de agosto de 1969 y 8 de abril de 1970, entre otras).

En suma, las tachas propuestas al amparo de la causal primera, tal como las ha planteado y sustentado el actor, carecen de todo fundamento lógico y jurídico, y, consecuentemente, no pueden prosperar. Se impone, por tanto, dar aplicación al artículo 569 del C. de P. P.

Decisión:

Con apoyo en las consideraciones que preceden, 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 a que expresamente se refiere la parte motiva de esta sentencia.

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

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VALOR PROBATORIO DE LAS PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO EN MATERIA PENAL

Se ratifica la jurisprudencia de la Corte, sobre las copias de origen eclesiástico, respecto de su eficacia probatoria en materia penal, en razón de que la ley 92 de 1938, les quitó el carácter de pruebas principales del estado civil, pero sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos y solo cuando el juez penal "haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", siendo por consiguiente idóneas para comprobar en el proceso penal la edad de una persona, víctima del delito de violencia carnal, por la finalidad misma del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 19 de 29 de junio de 1970).

V i s t o s :

Cumplido el trámite propio del asunto, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 9 de octubre de 1969, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, reformando la de primer grado, condenó a AGUSTIN NAVARRO ASCANIO a la pena principal de veinticinco (25) meses de prisión, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de violencia carnal en la menor María Aminta García y declaró que en este asunto el beneficio de la condena condicional y del perdón judicial son improcedentes por mandato de la ley.

I. - Antecedentes

Los hechos generantes del proceso están recogidos en el fallo de segunda instancia en los siguientes términos:

"Según el informativo la ofendida María Aminta García Espinosa y el acusado Agustín Navarro Ascanio iniciaron relaciones amorosas en los primeros meses del año de 1968, posiblemente en abril, relaciones estas que se fueron desarrollando con la venia de los progenitores de la menor García Espinosa. Navarro en su condición de novio de la víctima, y sin que los padres de ésta lo estorbaran en ninguna forma, salía con ella tanto en horas diurnas como en nocturnas y la halagaba con regalos consistentes especialmente en prendas de vestir incluyendo las más íntimas. Esta situación por demás extraña, pues la galanteada en ese tiempo aún no había llegado a los trece años de edad, fue aprovechada por el acusado para dar rienda suelta a sus apetitos sexuales y fue así como en las primeras horas de la noche del 15 de octubre de 1968, a instancias de su novia la menor García, la poseyó carnalmente en una pieza ubicada dentro del taller donde él laboraba como fabricante de instrumentos musicales de cuerda. Parece que las relaciones sexuales siguieron ejecutándose hasta cuando Agustín dejó de concurrir a la casa de María Aminta, suspendiéndose las visitas acostumbradas desde la inciación del noviazgo, y fue entonces cuando le hizo saber que tenía

otra novia. La ruptura provocó en la ofendida un estado anímico poco normal, cuestión que hizo sospechar a sus familiares que algo raro sucedía. La interrogaron sobre el particular, y luego de algunas reticencias contó a su padre Campo Elías García Zambrano lo ocurrido, y éste procedió a formular el denuncio originario del proceso".

Adelantada y clausurada la etapa instructiva por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga, se calificó su mérito mediante auto del 29 de abril de 1969, en cuya parte resolutiva se dispuso "Abrir causa criminal de trámite ordinario, contra Agustín Navarro Ascanio... como autor responsable del delito de violencia carnal que contempla la Ley en el Capítulo I, Título XII, del Libro II del C. P., cometido en perjuicio de la libertad y el honor sexual de la menor María Aminta García Espinosa, hecho sucedido el día quince de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, en esta ciudad." (fls. 39 al 45).

Celebrada la audiencia pública, se desató de fondo la relación procesal con sentencia de fecha 1º de julio de 1969, que impuso a Navarro Ascanio la pena principal de dos años de prisión por el delito del cual se le acusó en el vocatorio, fallo que el ad-quem confirmó, con las modificaciones ya anotadas, en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

II. - Demanda y respuesta del Ministerio Público.

La impugnación se propone invocando, en capítulo único, la causal consagrada en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y dentro de su esfera se formulan tres tachas al fallo recurrido. El planteamiento básico de la acusación, está presentado de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia del Tribunal por la causal 1ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964, ya que hubo violación indirecta de la ley, consistente en haber incurrido el Tribunal en un error de derecho al apreciar arrónea-mente la edad de la ofendida, a la cual se refieren las siguientes pruebas: a) La partida de bautismo que obra al folio 6, expedida por el Vicario Cooperador de Mogotes; b) El dictamen Nº 5397 de fecha 31 de diciembre de 1968, emitido por el médico legista, doctor Jesús A. González Páez y que obra al f. 14, y c) Las afirmaciones hechas por el sindicado en su indagatoria (f. 13), en las cuales dice que la ofendida le manifestó que la partida de bautismo estaba mal y que ella ya tenía 14 años de edad. Este error de derecho en la errónea interpretación de las pruebas citadas aparece de modo manifiesto en los autos.

"En tal virtud, considero que se violaron las siguientes disposiciones de la ley: C. P. arts. 316, inciso 2º, y 11, en concordancia con el art. 19 de la ley 92 de 1938, y, además, los arts. 203, 205, 255 y 268 del C. de P. P.".

Los cargos, en esencia, se desarrollan por el impugnante así:

a) El Tribunal incurrió en error de derecho al aceptar como plena prueba de la edad de María Aminta García la partida de bautismo que aparece al folio 6 del informativo, en la cual se expresa que la menor nació el 17 de diciembre de 1955, siendo ésta, por tanto, para la fecha de los hechos que se juzgan en el proceso —15 de octubre de 1968— menor de 14 años, prueba de carácter supletorio que, en consecuencia, solo podía admitirse a falta de la correspondiente partida de origen civil. Se violaron, así, los artículos 203 y 205 del C. de P. P., el 19 de Ley 92 de 1938 y los artículos 316, inciso 2º, y 11 del Código Penal.

b) "En realidad de verdad, para la determinación de la edad de la ofendida, el Tribunal solo contaba con el dictamen del legista, pero no lo aceptó considerando que, por encima de él, estaba la partida de bautismo, prueba supletoria inadmisible a falta de la certificación sobre inexistencia de la prueba principal." Ello implica infracción de los artículos 205 y 268 del C. de P. P. y del ya citado inciso 2º del artículo 316 del C. P.

c) "Si la declaración de Agustín Navarro constituye una confesión, ésta debe admitirse en su totalidad o indivisiblemente, tanto en lo que perjudica como en lo que favorece a mi defendido. De manera que si él afirmó que la menor María Aminta le dijo que era mayor de catorce años, lógicamente esa afirmación ha debido abonársele para descartar el dolo." Al no concederle a tal confesión el valor que le asigna el artículo 255 del C. de P. P., no solo se quebrantó este precepto, sino también, de indirecto modo, la ley sustancial, vale decir, el varias veces citado artículo 316, inciso 2º, del C. P.

Concluye el actor expresando que ante la notoria violación indirecta de la ley sustantiva, "por error de derecho derivado de la apreciación errónea de las tres pruebas comentadas", solicita a la Corte que case el fallo recurrido.

III. - El Ministerio Público

En abierto desacuerdo con el criterio expuesto en la demanda, la Procuraduría Primera Delegada estima que el fallo acusado no viola la ley sustancial, y, consecuente con esa opinión, pide que se deseche el recurso y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen. Alcanza tal conclusión después de estudiar con la amplitud que juzgó pertinente, el contenido de la censura, examen del cual importa transcribir los siguientes conceptos:

"Cierto es que nuestro código de Procedimiento Penal habla de pruebas completas e incompletas, conducentes e inconducentes, mas no establece categoría de principales y supletorias, como lo dá a entender el libelo acusatorio. Y también es cierto que antes de probarse plenamente la responsabilidad del incriminado, el proceso penal se orienta hacia la búsqueda y demostración de hechos concretos, producto de la conducta del hombre. De ahí, que el cuerpo de probanza en el campo penal es de amplitud mayor a aquél que se ha fijado en el civil, puesto que éste más que todo tiende hacia la demostración y declaración de derechos de las personas, y en aquél, se repite, es hacia la demostración de un hecho generador de responsabilidad.

"Con la tesis de la demanda no se podría dar valor de plena prueba en el homicidio a las actas del levantamiento del cadáver y de la necropsia, pues estas estarían supeditadas para la demostración del hecho muerte de una persona, a la copia del acta de registro civil, no obstante aquéllas, sin ser controvertidas o tachadas de falsedad, y debidamente demostrada la dicha tacha, dar fe del nombre de la víctima, sexo, y demás factores que convergen a la identificación de ella. Así se podrían citar más ejemplos para fortalecer los razonamientos del adquem, proyectados principalmente, a través de la jurisprudencia transcrita en la sentencia acusada."

IV - La Corte Considera:

1) En providencia del 2 de abril de 1959 esta Corporación expresó, entre otros, los siguientes conceptos:

"La expedición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 tuvo en materia probatoria una doble finalidad evidente: la de erigir, por una parte, en 'pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las partidas existentes en los libros parroquiales'; y la de asimilarlas por la otra, a las expedidas por los encargados de llevar el registro civil, las cuales se han tenido y tienen 'como documentos auténticos' (artículos 678 del Código Judicial derogado y 632 del vigente) que 'hacen también plena prueba acerca de su contenido'.

"El artículo 18 de la ley 92 de 1938 se limitó a quitarles a aquellas certificaciones 'el carácter de pruebas principales del estado civil, que, según el artículo 346 del código de la materia, 'es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles', sin restarles eficacia probatoria como documenetos auténticos para los demás efectos. De aquí se sigue que ellas son perfectamente aptas para acreditar la muerte de una persona, que no es una calidad, sino

un hecho, y que lejos de habilitar para ejercer derechos o contraer obligaciones, inhabilita en forma definitiva para ello. Esto, desde luego, si la defunción no se invoca como presupuesto esencial de un estado civil, el de heredero, por ejemplo, pues para este efecto, que es extraño al proceso penal, solo valen como pruebas supletorias." (G. J. XC, pág. 371).

2) En sentencia del 12 de noviembre del año mismo, publicada en el tomo XCI, páginas 950 y siguientes de la Gaceta Judicial, la Corte aplicó la anterior doctrina, en lo pertinente, a un caso que guarda impresionante similitud con el que ahora ocupa la atención de la Sala. El acceso carnal del procesado a la ofendida —arguía en esencia el demadante— fue consentido por ésta. Por tanto, para que pudiera deducirse el cargo de violencia carnal impropia (artículo 316 del C. P., inciso 2º), era necesario establecer legalmente que aquélla, en el momento de los hechos, era menor de 14 años. Como prueba de la menor edad, se estimó suficiente la partida de bautismo de la ofendida, partida que, conforme a lo prescrito por la ley 92 de 1938, solo tiene un valor supletorio. Con apoyo en tal partida de origen eclesiástico se aceptó "que la edad de la ofendida era de doce años y diez meses, luego hubo evidente error de derecho en apreciar la prueba sobre el estado civil, y, por lo tanto, no se encuentra establecido el cuerpo del delito de violencia carnal."

3) Consideró entonces la Corte, al desatar el recurso extraordinario de casación, que no se trataba en el respectivo proceso de establecer una calidad que habilitase a la menor ofendida para el ejercicio de determinados derechos civiles o para contraer obligaciones de la misma índole. "Lo que se requería como base de la comprobación de uno de los elementos del delito, era establecer un hecho, de relevancia no civil, sino penal: el de que la Estevez fuera menor de catorce años, para poder imputarse al procesado una violencia carnal impropia." Y tal hecho, agregaba la Sala, podía acreditarse por medio de un documento auténtico o equiparado a esa calidad, como la partida eclesiástica del bautizo, según la doctrina transcrita. Consecuentemente, desechó el cargo de error de derecho en la apreciación de la referida prueba.

4) Siguiendo esa línea doctrinaria, en sentencia del 23 de agosto de 1961 expresaba esta Sala sobre el particular, citando el respectivo concepto del Ministerio Público: "Pero conveniente también es apuntar que dicha partida de bautismo, tiene un pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales, porque en éstos, de lo que se trata es de establecer y comprobar hechos, a diferencia de los civiles, en los que para ejercitar determinados derechos o acreditar ciertas obligaciones es preciso producir, en primer término, la prueba principal del estado civil, conforme a los mandatos de la ley 92 de 1938 y los decretos reglamentarios correspondientes, y a falta de aquélla, las demás pruebas supletorias que la misma ley civil reconoce, sistema éste que no es de rigor en lo criminal, porque el procedimiento penal no señala cuáles pruebas son principales y cuáles supletorias, para efectos de acreditar la edad de la víctima de un delito." (Gaceta Judicial, Tomo XCVI, págs. 624 y 625).

5) El fin general inmediato del proceso penal es la aplicación de las previsiones abstractas de la ley a un caso concreto. Por ello afirma Florián —acorde en ello con la doctrina universal predominante sobre la materia— que lo primero que se hace en el proceso es investigar si el hecho que se considera delictuoso se ha cometido, y quiénes son sus autores, cómplices o encubridores; en segundo término, establecer si el hecho constituye delito, y finalmente, en caso afirmativo, declarar la responsabilidad del acusado y determinar las consecuencias penales que de la infracción se derivan. El objeto primordial del proceso penal es, pues, el hecho presuntivamente delictuoso que debe esclarecerse.

Ahora bien: en el proceso que ahora culmina con el recurso extraordinario de casación se trataba, como en los que se han recordado, de establecer un hecho de trascendencia penal, a saber: si María Aminta García era menor de catorce años cuando tuvo acceso carnal con el procesado Agustín Navarro Ascanio. Y ese hecho, por las razones

que la Corte ha expuesto reiteradamente, podía acreditarse con la partida de origen eclesiástico que obra en el informativo, sobre todo si no se olvida que no se estaba aquí en presencia de cuestiones civiles o administrativas, casos en los cuales el juez penal, por mandato del artículo 22 del C. de P. P., debe calificar las pruebas "de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil".

6) De lo anterior se desprende que el sentenciador de segundo grado no incurrió en error de derecho al apreciar la prueba tantas veces mencionada, y, consecuentemente, como lo anota también el Procurador, tampoco incurrió en yerro de tal naturaleza al desestimar la peritación médico-legal y la confesión del procesado.

7) Como la Corte no encuentra justificada la causal aducida, habrá de dar aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

V - Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiesúe, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Es improcedente alegar de manera general la violación de la ley sustancial por infracción directa, sin concretar la modalidad del agravio, porque ello implicaría el estudio simultáneo de las tres variantes de la ley: inobservancia del precepto, aplicación de texto inadecuado e interpretación errónea de la norma. Es igualmente improcedente, alegar infracción directa de la ley y errónea apreciación de una u otra prueba. Si el recurrente alega errónea apreciación de la prueba debe precisar y demostrar que el fallador incurrió en manifiesto error de hecho o de derecho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, quince de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 22 de 12 de junio de 1970).

Vistos:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del cuatro de julio de mil novecientos sesenta y ocho, mediante la cual el Tribunal Superior de Aduanas, entre otras determinaciones, resolvió condenar a los procesados **Saúl Halpert Gluck** y **Humberto Echavarría Ochoa**, "como responsables del delito de contrabando de que tratan las presentes diligencias e infractores a la letra e) del artículo 6º del Decreto 1821 de 1964, a la pena principal de tres (3) años de prisión que purgarán en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno Nacional por intermedio de la División de Penas y Medidas de Seguridad del Ministerio de Justicia y a las siguientes penas accesorias: a) Interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal; b) Publicación especial de la sentencia; y c) Prohibición para ejercer el comercio por el término de tres (3) años y de hecho durante la condena".

Antecedentes.

a) La sentencia recurrida resume los hechos determinantes del proceso en los siguientes términos:

"Funcionarios del resguardo aduanero destacados en la ciudad de Medellín aprehendieron un cargamento de relojes marca "Invencible" que arribó a dicha jurisdicción en el vuelo nacional de la empresa "SAM", de las 18 y 30 minutos del día seis (6) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), los cuales fueron hallados dentro de "una caneca de pescado, en descomposición".

"Dicha mercancía se discrimina en el informe correspondiente (Fl. 1), así: seiscientos noventa (690) para hombre; quinientos tres (503) para dama; y quinientos setenta y nueve (579) también para dama, todos de la marca arriba indicada, y en la guía correspondiente de la empresa transportadora (Fl. 3) aparece detallada como 'pescado', presuntamente despachado por 'Hernando Echavarría, Tel. 10426,' en una 'caneca metálica' desde Barranquilla con destino a 'Abastecedores Unidos. Tel. 430844,' de Medellín.

"Conviene desde ahora destacar que el presunto remitente resultó ser el destinatario; y que este último no existe en la vida

jurídica, como se acredita con los informes que corren a los folios 4, 68 y 69 y con el dicho del mismo sindicado Fernando Echavarría Ochoa. (Fls. 11-15).

"A la mercancía se le fijó un precio comercial de $ 194.320.oo (Fl. 23) y suma el total de unidades un mil setecientos setenta y dos (1.772) relojes de la referida marca 'Invencible', con excepción de uno (1) solo que es marca 'Agon', los cuales se determinaron en el aludido reconocimiento como de procedencia suiza, o sea, extranjera".

b) Con fecha veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cinco el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín profirió fallo de primera instancia, mediante el cual absolvió a los procesados Fernando Echavarría Ochoa y Saúl Halpert Gluck "de los cargos que les fueron formulados en la presente investigación"; ordenó la devolución incondicional de la mercancía "a su legítimo propietario señor Humberto Echavarría Ochoa, por no ser de contrabando"; denegó "la solicitud de entrega provisional de la mercancía impetrada por el doctor Emiro Quintero Chica", defensor de los sindicados, y negó todo reconocimiento de participaciones a los aprehensores de la mercancía (Fls. 364/386, Cd. 1º).

c) Dicho fallo fue revocado, como ya hubo de expresarse, por el que ahora es motivo del recurso extraordinario de casación, condenando el Tribunal en su lugar, a las penas ya indicadas, a los procesados Saúl Halpert Gluck y Humberto Echavarría Ochoa, y dejando sin alteración alguna la absolución de Fernando Echavarría.

Las Demandas de Casación.

Las demandas formuladas por los respectivos apoderados de Saúl Halpert y Humberto Echavarría Ochoa, aunque presentadas separadamente, coinciden en una amplia zona de impugnación. Así, ambos acusan el fallo recurrido con apoyo en la primera de las causales previstas por el numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pero mientras el personero especial de Halpert Gluck desarrolla la acusación, dentro de la referida causal, a través de cuatro cargos, el apoderado de Humberto Echavarría la sustenta en dos. Finalmente, aquél propone también, aunque en segundo término, la causal cuarta de casación. Debido a la notable afinidad en la esencia de las tachas aducidas al amparo de la causal primera, conviene, por razones de claridad expositiva, reseñarlas conjuntamente.

Causal Primera.

Primer cargo. Considera la demanda presentada a nombre de Saúl Halpert que el Tribunal Superior de Aduanas, para sancionar el supuesto delito de contrabando, colocó indiscriminadamente bajo las mismas disposiciones penales a los procesados Humberto Echavarría Ochoa y Saúl Halpert Gluck, ateniéndose a la presunción —en su sentir infundada— de que "actuaron en la comisión del ilícito en forma conjunta", y a la de que este último prestó "todo su concurso y voluntad en orden de obtener su propia impunidad y la del embarcador Humberto Echavarría Ochoa". Conclusión a la cual llegó el sentenciador de segundo grado después de expresar lo siguiente:

"La existencia del ilícito de contrabando queda demostrada con la determinación de la calidad foránea de los bienes; de su ausencia de la tradición que acredite su importación regular; y de las maniobras que por parte de los interesados se llevaron a cabo para tratar de darle apariencia de legalidad a la mercancía, ilícito del cual trataron los apartes 7º y 15 del artículo 374 del Código de Aduanas, c), d) y e) del Art. 3º del Decreto 1432 de 1940 y que en la actualidad contempla la letra d) del Art. 4º y apartes 3º, 4º, 9º, 16 y 18 del Art. 5º del Decreto 1.821 de 1964".

Hechas tales anotaciones, se dice en el libelo que el primer cargo que cabe formularle a la sentencia recurrida "consiste en una violación directa de la ley penal aduanera, precisamente en las disposiciones que el sentenciador cita y aplica, o sea, letra d) del artículo 4º y apartes 3º, 4º, 9º, 16 y 18 del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964",

reparo que se sustenta con los argumentos ofrecidos por el representante Judicial de Humberto Echavarría para fundar idéntica tacha, argumentos que importa reproducir en su tenor literal:

"La preceptuación del último estatuto citado, al que la sentencia se acoge para declarar la existencia material del delito de contrabando y la responsabilidad consiguiente.... enseña que se trata de una multiplicidad de conductas, cada una constitutiva del ilícito, genéricamente considerado, pero específicamente integradas en la ley penal, con su tipicidad propia, lo que significa en derecho que no se puede dentro de un proceso sentar una responsabilidad formulando diversas hipotéticas conductas para indistintamente sancionar al agente

"Preciso es saber en el contrabando, como en cualquier otro delito, la conducta concreta del imputado, y más preciso todavía, enmarcar el tipo penal del ilícito, pues no es dado dejar al azar la ubicación penal del hecho, cuando la ley, en forma separada y con exactitud ha definido las especies o modalidades de una infracción.

"Al procesado se le ha atribuído y sancionado un cargo, que puede ser (y esto que reza con Echavarría es aplicable al señor Halpert Gluck) de acuerdo con los fundamentos de derecho del fallo impugnado:

"Importar o intentar de importar mercancía en contravención a la ley". (Aparte d) Artículo 4º del Decreto 1.821 de 1964).

"Transportar, tener o vender mercancía cuya importación, tenencia o uso, dentro de la República, sólo se permite mediante el cumplimiento de requisitos especiales, cuando tales requisitos no se hayan cumplido". (Ord. 3º, Art. 5º, Decreto citado).

"Vender u ocultar mercancía no nacionalizada". (Ord. 4º, Ibídem).

"Importar mercancía perteneciente a la lista de artículos cuya importación requiere licencia previa sin tal requisito o señalar una posición arancelaria, de la misma lista, diferente a la que corresponda según el aforo". (Ord. 16 ibídem).

"Cualquier otro hecho encaminado a eludir el control de las autoridades aduaneras en relación con la importación de mercancía extranjera, o exportación de mercancía nacional o nacionalizada, o a privar al fisco de la totalidad o parte de los derechos aduaneros, o que tienda a eludir el control de tal importación o exportación por parte de los funcionarios aduaneros. (Ord. 18, Ibídem).

"Todos los hechos enunciados, conforme al artículo 4º del Decreto 1.821 'constituyen delitos de contrabando', pero a la persona a quien se procesa por tal infracción; aunque el juicio se ritúe sin auto de proceder, en la sentencia es necesario indicar específicamente el cargo y no enunciar una pluralidad de conductas disímiles, muchas de ellas no compatibles, pues con este procedimiento el sentenciador está reconociendo que no sabe cuáles son los hechos probados, ni su individualidad jurídica, para enfrentarlos a la norma penal con la adecuación debida.

"La sentencia definitiva, no solo debe ser motivada, conforme a expreso mandato constitucional, sino que debe fundamentarse como lo ordena el artículo 159 del C. de P. P., norma que habla de la 'calificación de los hechos que se hubieren estimado probados' y de los 'fundamentos jurídicos de la imputación'.

"Si una o más disposiciones de la ley enuncian distintas conductas, todas bajo una misma denominación jurídica, como ocurre con casi todos los capítulos del C. P., el fallador tiene que indicar cuál es, entre todas las conductas comprendidas bajo un mismo rubro, la imputable al acusado. De otra manera, no se sabría, ni podría saberse la especie del delito reprimido, sin que importe la igualdad de sanciones, ya que no es ese el problema técnico de la ley penal y de las instituciones procesales que la regulan.

"De otro lado, cuando las llamadas presunciones de contrabando no guardan entre sí correlación o concordancia, porque

enuncian hechos objetiva y subjetivamente distintos, se viola la ley penal sustancial si el fallador, equívocamente, con unos mismos presupuestos probatorios, que pueden tender a la demostración de una actividad concreta, indiferentemente impone una sanción que no se deriva de una forma específica del quebrantamiento de la norma penal, sino de hipótesis no compatibles entre sí, como si fuera admisible en derecho una represión al azar.

"Ese proceder del sentenciador viola los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1º del C. P., en concordancia con los artículos 1º y 159 del C. de P. P., a más de las disposiciones ya citadas del Decreto 1821 de 1964".

Respuesta del Procurador. El Ministerio Público, representado en este asunto por el Procurador Segundo, considera que el motivo de casación invocado, infracción directa de la ley sustantiva, no se propuso conforme a la técnica de casación, porque no se ha demostrado ninguna de las tres hipótesis que pueden presentarse en tal clase de violación.

Segundo Cargo. Violación indirecta de la ley, "derivada de haberse incurrido en el quebrantamiento de normas legales en cuanto al recaudo probatorio, apreciando erróneamente y con desconocimiento de las normas procesales, determinadas pruebas, y dejando de apreciar, también por el mismo olvido o menosprecio del régimen probatorio algunos elementos de juicio. "Esta doble desviación, se anota en ambas demandas, dio lugar "tanto al error de derecho como al error de hecho".

La impugnación se desarrolla en los dos libelos "discriminando las diversas presunciones de contrabando deducidas por el sentenciador y enfrentándolas al contenido material del proceso", en la forma que a continuación se resume:

a) **Presunción de haber importado mercancía en contravención a la ley.**

"Esta importación en contravención a la ley, para integrar la presunción de contrabando, tendría que descansar en el hecho, plenamente comprobado, de que los relojes, cuyo decomiso se produjo en Medellín, pero que fueron adquiridos por el señor Echavarría en Barranquilla, entraron a una u otra ciudad sin el lleno de los requisitos Aduaneros, por obra del señor Saúl Halpert Gluck, hecho que, fuera de no estar demostrado, está precisamente contradicho por pruebas que el sentenciador, sin sindérisis alguna, descartó, haciendo suposiciones gratuitas o desfigurando la realidad en el obrar del sindicado".

El planteamiento anterior se apoya en los siguientes argumentos: Constituye verdad averiguada en el proceso que el señor Halpert Gluck es concesionario exclusivo de los relojes marca "Invencible"; en el informativo aparecen manifiestos de aduana que acreditan la importación legítima de relojes en forma periódica; las deficiencias en los libros de contabilidad de Halpert Gluck y las inexactitudes en la declaración de renta del mismo, correspondiente al año de 1963, son hechos que, de ser punibles o sancionables, "lo serían por violación de normas diferentes a las que se ocupan del delito de contrabando"; la diligencia de inspección ocular, aclarada al folio 129, "hace verídica la versión del recurrente (Halpert), en cuanto a la disponibilidad del número de relojes para vender al señor Echavarría"; la factura del folio 36 del Cuaderno 1º, expedida por Halpert Gluck a Humberto Echavarría, demuestra plenamente la operación comercial celebrada entre ellos; la legitimidad de la mercancía no solo se deduce de las explicaciones suministradas por Saúl Halpert en su indagatoria, sino de la providencia del 22 de octubre de 1964, mediante la cual el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla se abstuvo de abrir investigación penal en relación con los referidos relojes.

Concluye así este aspecto de la impugnación:

"Si hay prueba documental que acredita la condición de importador del sindicado, de su condición de representante o agente exclusivo de las marcas "Invencible" y "Ferrocarril de Antioquia"; si están los mani-

fiestos en regla; si es un hecho cierto que despachó un primer lote a que se refiere el decomiso de la Aduana de Barranquilla, y que las unidades restantes las llevó él (Hal pert Gluck) a la misma ciudad, indirectamente el Tribunal violó la ley sustancial, en cuanto a la presunción examinada porque desconoció los artículos 255, 203, 204, 205, 251, 252 y 253 del C. de P. P.".

Se agrega que ese error de derecho, proveniente de haberle negado su valor a pruebas que, según el actor, destruyen la referida presunción de contrabando, condujo a la "violación del Decreto 1821 de 1964 en el punto que es materia del cargo", error de derecho en que también se incurrió al atribuir valor probatorio a hechos que no lo tenían, como la amistad entre los dos acusados, la forma irregular como fue enviada la mercancía de Barranquilla a Medellín y la fecha de registro de las letras de cambio, por haber ocurrido con posterioridad al decomiso de los relojes.

Estima en síntesis la Procuraduría, con respecto a la tacha que acaba de compendiarse, que esta resulta infundada por dos aspectos: porque no se demostró el error de derecho en que se dice incurrió el juzgador de segundo grado y porque se dejaron de analizar elementos probatorios en que también se fundamentó el fallo recurrido.

b) Presunción de contrabando consistente en "transportar, tener o vender mercancía cuya importación, tenencia o uso, dentro de la República, sólo se permite mediante el cumplimiento de requisitos especiales, cuando tales requisitos no se han cumplido".

Se sostiene en la demanda presentada a nombre de Halpert Gluck, que tampoco se demostró en relación con éste tal presunción, "pues los actos cumplidos por él y consistentes en enviar parte de los relojes a Barranquilla, llevar otro lote por su propia cuenta y venderlos al señor Echavarría, fueron actos ceñidos a la ley, con capacidad para hacerlos, amparados por la propia autoridad aduanera de Barranquilla y con el lleno de los requisitos que son de rigor en el trámite de Aduana, dada su condición de importador...." Y se añade que "la violación de la ley sustancial de modo indirecto descansa en las mismas razones, argumentos y disposiciones ya dichas atrás".

En cuanto a Humberto Echavarría, se arguye en el libelo respectivo que no pudo cometer ninguna de las formas delictivas descritas en el ordinal 3º del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964, porque ellas se refieren exclusivamente al importador y al vendedor de la mercancía, pero no al comprador, de quien se presume la buena fe. En otros términos, "porque la actividad por él realizada es extraña a las hipótesis de que trata la norma transcrita". No se expresa en qué clase de error, si de derecho o de hecho, pudo haber incurrido el sentenciador, ni se menciona disposición legal alguna.

Anota el Procurador, al contestar el cargo, que sobre el particular el Tribunal Superior de Aduanas hizo un exhaustivo análisis en cuanto a los aspectos constitutivos de la presunción de contrabando que acaba de citarse, destacando una serie de hechos de significativo valor incriminatorio, hechos que brevemente relaciona. Y concluye la respuesta de la siguiente manera: "Respecto del cargo inmediatamente anterior observó esta Procuraduría Delegada la ausencia del concepto de la violación pues el señor apoderado del condenado Halpert Gluck se limitó a mencionar algunas disposiciones del C. de P. P. (Fl. 40 del cuaderno de la Corte) pero no demostró la infracción de esas normas y en definitiva la violación de la ley sustantiva. Como el actor se remite en este tópico al primer cargo, es obvio que la misma falla se predica de este segundo aspecto del cargo".

c) Vender u ocultar mercancía no nacionalizada.

Considera el señor apoderado de Echavarría Ochoa que esta presunción de contrabando tampoco tiene asidero en el proceso, puesto que su patrocinado compró, pero no vendió, un saldo de relojes cuya nacionalización no puede ponerse en duda, ya que el vendedor es y ha sido importador exclu-

sivo de los relojes distinguidos con la marca "Invencible", según prueba documental que obra en el informativo. Tampoco ocultó la mercancía, en su concepto. Y agrega: "Si se trataba de una mercancía nacionalizada por cuenta y riesgo del vendedor, mal puede hablarse de ocultamiento por la manera de remisión o transporte dentro del País, pues como se dijo, ello pudo obedecer a razones simplemente de desconfianza o de economía, razones que nada significan en cuanto a edificar una presunción de contrabando.

No se expresa el concepto de la violación, pues ni siquiera se citan las disposiciones legales que se estiman infringidas.

Igual planteamiento contiene sobre el particular el libelo formulado en representación de Halpert Gluck, insistiéndose en que de los relojes vendidos a Echavarría en Barranquilla, mil unidades fueron devueltas a aquél por el Juzgado Superior de Aduanas de esa ciudad, y que, de otro lado, conforme a la inspección ocular practicada en los libros de contabilidad del señor Halpert, éste disponía a finales de 1964 de 1.700 relojes, discriminados así: 1.234 que aparecen en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1963 y 500 importados en julio de 1964, menos 34 de marca "Invencible" vendidos hasta la fecha de la diligencia, realizada en noviembre de este último año. Tal aspecto de la acusación se compendia por el actor así:

"Concretando lo referente a la presunción que se examina, se concluye, como en relación a las anteriores que el sentenciador erró en la aplicación de la norma e indirectamente incurrió en su violación, no teniendo en cuenta el valor legal de los elementos de juicio o desconociendo el valor de otros que acreditan la inocencia del acusado y la inexistencia objetiva de la infracción. Hubo error de derecho, conforme a los textos de procedimiento ya enunciados y error de hecho en la evaluación misma del contenido de las piezas procesales".

Al responder la censura el representante del Ministerio Público ante la Corte observa que el juzgador de segundo grado destaca el hecho de que la cantidad de relojes en poder de Halpert Gluck no coincide con el número y marca de los vendidos a Echavarría y que la notable diferencia no fue explicada satisfactoriamente por aquél. Añade algunos otros apuntamientos de carácter probatorio que, en su opinión, contribuyen a desvirtuar este tercer aspecto del cargo, y termina llamando la atención en cuanto a la manera imprecisa como se plantea el concepto de la violación, "pues apenas se enunció con la frase: "Hubo el error de derecho, conforme a los textos de procedimiento ya enunciados y error de hecho en la evaluación misma del contendio (sic) de las piezas procesales', pero no se presentaron argumentos en orden a comprobar el error de hecho o el error de derecho y cuáles pruebas adolecieron de uno u otro error".

d) Importar mercancía perteneciente a la lista de artículos cuya importación requiere licencia previa sin tal requisito o señalar una posición arancelaria de la misma lista diferente a la que corresponde según el aforo.

La imputación —en sentir del señor apoderado de Echavarría Ochoa— "tiene la misma inconsistencia del previsto en el aparte d) del artículo 4º del Decreto 1.821 de 1964, del que ya se trató y cuya refutación vale intentar con los mismos argumentos que en tal aspecto se expusieron, aunque no huelga repetir que el señor Humberto Echavarría no importó mercancía alguna al País. Simplemente compró dentro del territorio colombiano, una mercancía, de cuya legítima procedencia ya se habló. Es, por lo mismo, otro cargo inane, sin consistencia jurídica y sin apoyo probatorio de ninguna naturaleza.

En torno al tema, se afirma en la demanda presentada en representación del señor Halpert:

"4º. La presunción de que trata el ordinal 16 del artículo 5º del Decreto 1.821, hay que decir que su cita y aplicación por el sentenciador es impertinente, pues aclarada y demostrada la condición de importador del procesado, y demostrado con los ma-

nifiestos el cumplimiento de las disposiciones arancelarias, mal puede aplicarse la citada presunción".

Después de exponer algunas reflexiones de índole probatoria, para responder este episodio de la acusación, dice la Procuraduría que no puede menos de observar, una vez más, la falla en la técnica de casación, "pues en este capítulo de la demanda ni siquiera se dijo en qué consistía la violación de la ley sustantiva y menos si a través del error de derecho o del error de hecho manifiesto en los autos". De lo cual se concluye que tampoco esta tacha puede prosperar.

2) Cualquier otro hecho encaminado a eludir el control de las autoridades aduaneras en relación con la importación de mercancía extranjera, o exportación de mercancía nacional o nacionalizada, o a privar al fisco de la totalidad o parte de los derechos aduaneros, o que tienda a eludir el control de tal importación por parte de los funcionarios aduaneros. (Ordinal 18 del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964).

Considera el señor apoderado de Halpert que a su poderdante no puede atribuírsele esta modalidad de presunción de contrabando, porque demostrada, en su concepto, la legitimidad de la importación de los relojes, aquél no privó al fisco nacional de derechos aduaneros, y la conducta de Echavarría en cuanto a la forma de enviar la mercancía a Medellín, en nada afecta al otro acusado, quien no participó en tal actividad. Como respecto al quebrantamiento de la ley sustantiva, el actor se remite a la argumentación ofrecida sobre el particular al referirse a las otras presunciones de contrabando.

A su turno el representante de Echavarría sostiene que ninguna de las hipótesis contempladas en la disposición transcrita se puede adecuar a la conducta de su patrocinado, pues el pago de los derechos aduaneros correspondía al vendedor y no al comprador, ya que éste adquirió, dentro del territorio nacional, mercancía ya nacionalizada. En consecuencia, estima que es la norma citada, por desconocimiento de los artículos 203, 204, 205, 216, 217, 272 y 273 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público:

"A juicio de este Despacho el ordinal 18 del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964 no sólo por su contenido sino por su ubicación está enseñando que se trata de una disposición de carácter general y subsidiario; en el primer sentido, porque no prevé situaciones concretas y específicas como los demás ordinales y en el segundo sentido porque si la situación de hecho no corresponde a alguna de las situaciones previstas en los 17 ordinales anteriores puede acomodarse al último y configurar la infracción.

"Deduce por tanto el Ministerio Público que el Tribunal Superior de Aduanas aplicó indebidamente la norma pues si ya había demostrado con plenitud que los hechos investigados se acomodaban a alguna de las conductas delictivas de los ordinales anteriores, ya no era posible dar aplicación a la norma general y subsidiaria que se comenta. (Non bis in idem). En opinión de este Despacho se trataría entonces de una violación directa de la ley sustantiva, por aplicación indebida, y como los actores hacen consistir la infracción en errores de derecho o de hecho que no demuestran, es obvio que el cargo no puede prosperar".

f) Hasta aquí, como se ha visto, las dos demandas coinciden esencialmente en las tachas formuladas al fallo recurrido dentro del ámbito de la causal primera. Con apoyo en la misma causal, sin embargo, el apoderado de Halpert Gluck propone dos cargos más, a saber:

1) Mil unidades o relojes fueron devueltos por el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla al señor Halpert, en la declaración de renta correspondiente al año de 1963 denunció más de mil y en el año de 1964 importó 500. En tales condiciones, no es posible determinar cuántos de los mil novecientos seis (1.906) relojes vendidos a Echavarría podían ser de contrabando y cuántos no.

De lo anterior concluye el impugnante

que por este aspecto también se violó la ley sustancial "al no reunirse para la comprobación del cuerpo del delito indicado en los artículos 272 y 273 del Código de Procedimiento Penal, que indirectamente conducen a la violación del ordinal c) del artículo 6º del Decreto 1.821 de 1964".

Considera el Ministerio Público, al responder el cargo, que éste no puede prosperar, "por fallas ostensibles e insubsanables en la técnica de casación". Y anota que si bien se invoca la causal primera, "sin embargo no se precisa si se trata de violación directa o indirecta de la ley sustancial, y en esta última situación, si por error de derecho o por error de hecho manifiesto en los autos".

2) Con carácter subsidiario y también bajo el signo de la causal primera se propone esta otra tacha al fallo recurrido: Aún aceptando que la cuantía del supuesto contrabando correspondiera a la prevista en el aparte e) del artículo 6º del Decreto 1.821 de 1964, no se tuvo en cuenta el artículo 10 del mismo estatuto, pues se agravó la pena atendiéndose exclusivamente a la cuantía y a "las maniobras dolosas que se emplearon por parte de los infractores, cuando ha debido imponerse el mínimo de dos años de prisión por no concurrir circunstancias agravantes en contra del acusado Halpert.

"Estima este Despacho —opina el Procurador en su respuesta a las demandas— que el cargo debe prosperar porque de las circunstancias previstas en el artículo 10 del Decreto 1821 de 1964 y del Código Penal, el Tribunal de Aduanas no demostró sino el relativo a la cuantía para aumentar la pena en un año, pero sin considerar las que lo hacían acreedor al mínimo de la sanción. No obstante que la ley concede al juzgador discrecionalidad para la graduación de la pena, sin embargo éste debe precisar y demostrar cuáles circunstancias permiten el aumento de la pena y cuáles no. En el presente caso el incremento de la penalidad se fundamentó en un elemento del ilícito —las maniobras dolosas— y en otro factor que, si bien no tiene este carácter, es determinante de la pena base".

Del anterior razonamiento extrae el Procurador la conclusión de que se infringieron el artículo 10 del Decreto 1821 de 1964 y el literal e) del artículo 6º del mismo estatuto, motivo que obliga al Ministerio Público "a respaldar el cargo para que se imponga el mínimo de la sanción prevista para el ilícito al condenado Saúl Halpert".

Causal Cuarta.

En la demanda presentada a nombre de Halpert Gluck se sostiene finalmente, dentro de la esfera de la causal cuarta de casación, que el proceso se halla afectado del vicio de nulidad de que trata el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto Ley 1358 de 1964, vale decir, incompetencia de jurisdicción, pues de haberse cometido el delito de contrabando, ello ocurrió en Barranquilla, donde se iniciaron las primeras averiguaciones, ciudad a la que llevó el señor Halpert Gluck parte de la mercancía, y desde la cual envió Echavarría a Medellín, en la forma ya conocida, los referidos relojes.

En el capítulo último del libelo se formulan las peticiones, acordes con el criterio expuesto por el actor a través de las causales aducidas y en armonía con las reglas señaladas en el artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

La Corte Considera:

Causal Cuarta.

1. La actuación cumplida respecto del señor Jorge Radi, que aparece a folios 193 y siguientes del cuaderno número 1, culminó con el auto de fecha 22 de octubre de 1964, mediante el cual el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla se abstuvo de abrir investigación, lo cual significa que ni siquiera se inició la acción penal. Pero aún en el caso de que se tuvieran en cuenta los factores iniciales a que alude el demandante, el funcionario competente para conocer del proceso era el Juez Superior de Aduanas de Medellín, de acuerdo con la fórmula contenida en el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, porque en dicha ciudad se presentó la denuncia, y allí mismo se inició la instrucción y se aprehen-

dió al inculpado Hernando o Fernando Echavarría Ochoa. El cargo, por lo visto, no prospera.

Causal Primera.

Primer Cargo:

2. Se recordará que, según los actores, el primer cargo que cabe formularle a la sentencia recurrida "consiste en una violación directa de la ley penal aduanera, precisamente en las disposiciones que el sentenciador cita y aplica, o sea, letra d) del artículo 4º y apartes 3º, 4º, 9º, 16 y 18 del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964". Pero acontece que, al desarrollar la censura, como lo anota la Procuraduría y resulta patente al leer el contenido de la impugnación por tal aspecto, no se demostró ninguna de las tres hipótesis que pueden presentarse en tal clase de violación.

Diríase que al alegar de manera general la violación de la ley sustancial por infracción directa, sin concretar la modalidad del agravio, ello implica estudiar simultáneamente las tres variantes que la ley consagra: inobservancia del precepto, aplicación de texto inadecuado e interpretación errónea de la norma. Pero esa simultaneidad conduciría al absurdo, porque si se dejó de aplicar determinada disposición no puede decirse que sí se tuvo en cuenta, aunque no se adaptara al caso. Además, —como lo explicó esta Sala en sentencia del 8 de abril último— "La actitud omisiva. del primer evento excluye la positiva del segundo. La proposición recíproca también es valedera. Lo mismo ocurre si la crítica se apoya en cualquiera de las dos .proposiciones, .que dentro del texto no pueden tener ajuste lógico".

De otro lado, importa observar que si bien el cargo se plantea como una violación directa de la ley sustancial, el fondo de la argumentación se desenvuelve en torno a la afirmación de que el fallador no indicó cuál de las conductas comprendidas bajo el mismo rubro de contrabando era la imputable a los procesados, asunto susceptible de ser debatido dentro de la esfera de la causal cuarta, lo que parece sugerirse cuando al finalizar lo dicho para sustentar la tacha, se expresa que "Ese proceder del sentenciador viola los artículos 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 1º y 159 del C. de P. P...."

Existe, pues, ausencia de claridad y precisión en los argumentos presentados, quedando así sin demostración tanto la causal expresamente invocada como la apenas sugerida.

Segundo Cargo:

3. Ya se ha visto que el segundo cargo se formula expresando por modo general en su planteamiento que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, violación que proviene tanto de error de derecho como de error de hecho en la apreciación de la prueba, planteamiento que se trata de demostrar, en los dos libelos, "discriminando las diversas presunciones de contrabando deducidas por el sentenciador y enfrentándolas al contenido material del proceso", confrontación de la cual concluyen los impugnantes, en esencia, que la conducta de los procesados es extraña a tales presunciones. En otros términos, se controvierte la prueba, y como resultado de extensa y circunstanciada crítica probatoria, se rechazan los fundamentos fácticos en que la sentencia recurrida se funda.

4. El cargo anterior, sin embargo, estaba enderezado a demostrar una violación directa de las mismas normas sustantivas que ahora se pretenden infringidas de manera indirecta, cargo aquél que, como tantas veces lo ha observado la Corte, implica aceptar los hechos del proceso, tal como los encuentra probados el sentenciador. "Si se alega al mismo tiempo la infracción directa y la errónea apreciación de esta u otra prueba, se desvía el planteamiento hacia el error de hecho o de derecho, forma de violación indirecta incompatible con la primera", ha dicho esta Sala con ostensible frecuencia. Y esa incompatibilidad no solo contraría la técnica del recurso, sino la ló-

gica misma, porque quebranta el principio de contradicción el que un hecho se acepte y se rechace al mismo tiempo y por el mismo concepto.

5. De otro lado, además de la falla insubsanable anotada, que desquicia el cargo de manera absoluta a través de sus diferentes aspectos, importa destacar la persistente observación del Procurador, según la cual ambas demandas pretermitieron, al examinar cada presunción frente al acervo probatorio del proceso, exponer satisfactoriamente el concepto de la violación, extremo fundamental cuando se construyen tachas con fundamento en el segundo cuerpo de la causal primera. Cuando la acusación a la sentencia se formula por errónea apreciación de determinada prueba, es indispensable que el recurrente alegue y demuestre que el fallador incurrió en error de derecho o en error de hecho manifiesto. Es clara la razón de tal exigencia, pues aunque los referidos errores se generan en el campo probatorio y conducen al quebrantamiento de la ley sustancial, mientras "el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuándo existe, ... el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas". No hay, pues, parvedad de materia sobre el particular. Huelga decir, en consecuencia, que si los distintos aspectos de la impugnación agrupados por los actores en el denominado "segundo cargo" adolecen de tan graves deficiencias estructurales, carecería de objeto seguir el prolijo curso de la acusación para refutar separadamente los diversos planteamientos de un todo conceptual edificado sobre bases tan deleznables.

Tercer Cargo:

6. Idéntico reparo es preciso hacer a este tercer cargo, a través del cual se trata de controvertir la prueba referente al cuerpo del delito, pero sin concretar si la presunta violación del ordinal e) del artículo 6º del Decreto 1821 se produjo como consecuencia de un error de derecho o de un manifiesto error de hecho.

Es pertinente recordar aquí, por lo demás lo que al responder este aspecto de la censura al fallo acusado agrega el Ministerio Público: "No obstante las anotaciones anteriores que desestiman de manera absoluta el cargo, se recuerda que en atención a la diversidad de marcas, tipos y número de unidades, no aclarados por los interesados, la presunción de contrabando no fue desvirtuada y precisamente se quiso aprovechar esa anómala situación para amparar legítimamente la mercancía decomisada en Medellín".

Importa expresar asímismo que el sentenciador de segundo grado realiza un exhaustivo análisis probatorio sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados. En cuanto al procesado Halpert, examina con rigor y método, todos los elementos de juicio que el informativo ofrece acerca de su conducta, dedicando especial atención a la evaluación confrontativa de cuanto éste tuvo a bien expresar en su declaración indagatoria. Y luego del extenso y ponderoso examen, agrega las siguientes observaciones, que complementan el cuadro probatorio sobre el cual descansa la sentencia condenatoria recurrida:

"14. Con posterioridad a la aprehensión de la mercancía materia de autos tienen lugar las siguientes incidencias, acreditadas en autos:

"a) La supuesta pérdida de un libro "borrador" o de "estadística", en el cual, según Halpert Gluck, debía constar la presunta operación de compraventa de la mercancía sub-lite, la cual no figura en los libros reglamentarios de contabilidad.

"b) La versión de Halpert Gluck de que su declaración de renta y patrimonio es inexacta, con el fin de justificar la diferencia entre los saldos de relojes declarados y los que se mencionan en la supuesta operación de compraventa entre dicho procesado y Humberto Echavarría.

"c) La oferta de "propina" ilícita en orden de obtener la devolución de las mercancías retenidas de que trata el testimonio de los señores Luis Eduardo Montenegro Mera, Filiberto Blanco y Pedro María Cáceres, en cambio de exhibir la prueba de tradición regular de las mismas.

"d) La suscripción y registro de letras de cambio entre Halpert Gluck y Humberto Echavarría después de diez (10) días de efectuada la aprehensión, no obstante la entrevista que dichos sujetos tuvieron al día siguiente de publicada en la prensa escrita la noticia de la aprehensión mencionada. Esto unido a la factura en la forma ya explicada.

"e) Ocultamiento del presunto propietario de los bienes, Humberto Echavarría Ochoa e imposibilidad de identificar a "Jaime Restrepo", supuesto interesado y embarcador de la mercancía.

"f) Empleo de testimonios sospechosos como el de Matías Meriño Ruiz, especialmente, y el de Jorge Luis Ossa Gómez y Luis Javier Niño Díaz.

"g) Negativa de facilitar los libros "de registro de mercancías" "así como el de deudores varios", según consta en la diligencia de inspección ocular practicada a las oficinas de Halpert Gluck (Fl. 52 Vto. C. 1º).

"Las Letras de Cambio."

"15. Las letras de cambio que discrimina la diligencia del folio 53 del cuaderno primero, como se deja puntualizado, tienen la finalidad de demostrar certeza en la supuesta operación de compraventa de la mercancía sub-lite entre los procesados Halpert Gluck y Humberto Echavarría Ochoa.

"Sobre la circunstancia comprobada de la fecha posterior a los hechos que aparece en tales instrumentos negociables, el procesado Halpert Gluck trata de explicarla con la siguiente afirmación:

"'Es costumbre mía cuando salgo de viaje y hago operaciones comerciales me traigo las letras y las hago registrar siempre cuando creo hacer alguna operación con ellas en el Banco'.

"Pero sucede que la exculpativa del procesado Halpert sobre el registro tardío de las letras de cambio en mención, carece de justificación porque no hay constancia o referencia de que las que se discriminan en autos hubieran sido materia de "operación con ellas en el Banco", y por lo tanto, su registro las coloca en situación de excepción frente a la costumbre del procesado y queda en consecuencia, sin explicación valedera la emisión y registro a posteriori de las referidas letras de cambio y por tanto se plantea un motivo más de sospecha. Este hecho que aisladamente pudiera considerarse sin tanta gravedad la adquiere con los otros concomitantes que lo colocan como nuevo elemento probatorio en contra del sindicado Halpert.

"Conviene anotar que la sola exculpativa del procesado aunque hubiera tenido visos de verosimilitud, no sería suficiente para destruir el valor probatorio de la diligencia de inspección ocular (Fls. 52-53 c. 1º) que demostró la emisión y registro de las letras con posterioridad a la fecha de autos.

"16. Por otra parte debe tenerse en cuenta lo siguiente:

"a) Humberto Echavarría Ochoa, presunto adquirente de la mercancía, se dedicaba para la fecha de autos a actividades de "finca" o propiedad rural y de "aserrío".

"b) El despacho de la mercancía se llevó a cabo dentro de una caneca con pescado fresco al cual no se le puso refrigeración —hielo—, no obstante lo cual el presunto propietario, se afirma salió con dirección muy distinta, o sea hacia el Municipio de Codazzi para atender supuestos problemas o negocios de su finca en dicho lugar.

"c) La clase de bienes y su elevado valor comercial que representan, supone especial cuidado en la movilización, no obstante lo cual se hace referencia a su exhibición en lugar público y a su entrega a Matías Meriño Ruiz y "Jaime Restrepo", cuya solvencia moral se desconoce, careciendo el último hasta de la comprobación de su identidad.

"d) Ninguna referencia o prueba se hi-

zo sobre el dinero o autorizaciones que Humberto Echavarría hubiera entregado al "despachador" en orden de asegurar un eficiente y adecuado despacho del valioso cargamento.

"Por lo tanto, el Tribunal encuentra acertada a solicitud del señor Fiscal colaborador en cuanto pide la declaratoria de contrabando de los bienes, y la condena de los procesados, en virtud de que la presunta operación de compraventa que se dice se llevó a cabo entre Halpert Gluck y Humberto Echavarría Ochoa, debe por fuerza de las circunstancias y de los elementos probatorios aportados a la investigación, tenerse por inexistente".

Cuarto Cargo:

7. El cargo se desenvuelve también al margen de la precisión exigida por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, exigencia que implica, entre otras condiciones, determinar claramente el modo como se ha operado el quebrantamiento de la norma sustancial que pretenda imputarse al sentenciador. En otros términos: que se diga con exactitud si la ley fue infringida de manera directa, o sea sin que incida en ello yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o si lo fue por vía indirecta, a causa de haber incurrido en error de estas dos clases en la apreciación probatoria.

No obstante lo observado, que bastaría para desestimar la tacha, se agrega lo siguiente: En el último capítulo de la parte motiva del fallo acusado, que trata de la penalidad, se expresa que "Teniendo en cuenta la cuantía del ilícito y las maniobras dolosas que se emplearon por parte de los infractores, la penalidad deberá fijarse en tres (3) años de prisión, más las accesorias correspondientes". Y el artículo 10 que se pretende infringido, dice:

"La pena se graduará teniendo en cuenta el valor de las mercancías, el de los derechos que deberían pagar éstas, los antecedentes personales del sindicado, especialmente los de carácter aduanero, su condición de empleado público o de Agente de Aduanas, la posición social o económica que el sindicado ocupe por su ilustración o riqueza y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad establecidas en el Código Penal".

Estima la Sala que el Tribunal, lejos de violar el texto transcrito, se ciñó a él, ya que le bastaba tomar en consideración "el valor de las mercancías", que en el caso de autos es casi tres veces superior al mínimo previsto por el aparte e) del artículo 6º del Decreto 1821 de 1964, lo que pone de relieve la gravedad del hecho delictuoso, para aumentar en un (1) año la pena mínima, individualización que, por lo demás, consulta el criterio en que se informa el artículo 36 del C. P.

Tampoco prospera, en consecuencia, el cuarto y último cargo, propuesto con carácter subsidiario al amparo de la causal primera.

8. Durante la discusión del proyecto de sentencia presentado por el sustanciador, la Sala se impuso del contenido del memorial que obra al folio 76 del cuaderno de la Corte, suscrito por el señor apoderado de Saúl Halpert, en el cual, con apoyo en el artículo 66 del Decreto 528 de 1964, solicita ser oído en audiencia pública. Y, estudiado el asunto, resolvió que no era el caso de hacer uso de la potestad que la norma citada le confiere.

Decisión:

Con apoyo en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en lo esencial con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, desecha los recursos extraordinarios de casación a que expresamente se refiere la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior de Aduanas.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

La nulidad de origen supralegal por ausencia de defensa, se genera solamente cuando la inasistencia ha sido total y se acentúa la inasistencia, si el apoderado o defensor de dos o más sindicados, se aprovecha de su posición para tratar de demostrar la inocencia o irresponsabilidad penal de uno de los defendidos por él, prohijando expresa o tácitamente los cargos contra el otro y otros. La conducta del abogado que así actúa entraña un caso de infidelidad profesional que debe ser objeto de investigación y la nulidad que se declara a favor del procesado que no tuvo asistencia jurídica, no se comunica al que gozó de ella.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, junio quince de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta Nº 22 de 12 de junio de 1970).

Vistos:

Pasa a resolverse el recurso de casación contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la cual, además de otros pronunciamientos consecuenciales, condenó a **Fresnay o Fresney Polo Osorio** y **Hermes Delgado Valencia** a la pena principal de seis años de presidio como responsables del delito de robo, dando aplicación al artículo 404 del Código Penal.

Dicho fallo modificó el de 22 de mayo de 1969, proferido por el Juez 22 Penal Municipal de Cali, que había condenado a los procesados a dos años de prisión y a las penas accesorias correspondientes, como autores de robo simple, en las condiciones del artículo 402 de la obra citada, y dispuso, igualmente, reformar el de primera instancia para imponer a los sentenciados la pérdida de la patria potestad, si la tuvieren, en lugar de la suspensión de la misma.

El mandatario judicial de los dos condenados interpuso en tiempo hábil este recurso extraordinario, que el Tribunal concedió por auto del 20 de octubre del año pasado y que la Corte admitió el 21 de noviembre siguiente. Por auto del 8 de abril de 1970 se declaró la demanda ajustada a las exigencias legales y se dispuso el traslado a la parte no recurrente. En su condición de tal, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal rindió el concepto de que luego se hará mérito.

Está pues, agotado el trámite y se procede a resolver lo pertinente.

—I—

Hechos:

El proceso informa sobre los siguientes:

Primero. El 14 de octubre de 1968, Jaime Vélez Montes denunció la sustracción violenta de varios muebles, entre otros un televisor y un receptor de radio, pertenecientes a su tía Emma de Giraldo, ocurrida en la residencia de ésta ubicada en la carrera 5ª Nº 21-19 de Cali, y cuando la propietaria se encontraba en Pereira, hecho ocurrido en las horas de la tarde del día anterior. Según la versión del denunciante, tres sujetos fueron sorprendidos cuando habían sacado el televisor a la calle y se aprestaban a transportarlo en un motocarro par-

queado algunos metros adelante de la entrada de la habitación. Ante los reclamos de un inquilino y de su mujer, que sabían la ausencia de Emma de Giraldo, los ladrones se dispersaron y dejaron el televisor, emprendiendo la fuga, pero una radiopatrulla les dio alcance y detuvo a dos de ellos que fueron conducidos a las dependencias de la policía de seguridad.

Segundo. El inquilino, de nombre Oscar Humberto Saavedra Campo, y su señora María Luisa Varela Sánchez, confirmaron en lo fundamental esta versión y agregaron que hicieron bajar el televisor del carro, pues los ladrones ya lo habían depositado en él, alegando autorización de la dueña para trasladar el aparato.

Tercero. Los agentes de policía Pedro Antonio León, Samuel Gómez Jiménez y Luis Alberto Buitrago, en el informe con que presentaron a los detenidos Hermes Delgado y Fresney Polo Osorio, afirman que además del televisor marca "Motorola" habían sustraído éstos unas porcelanas y figuras de vidrio, que también encontraron en el motocarro, para lo cual hubieron de violentar las puertas de ingreso a la habitación de Emma de Giraldo. Al folio 22 aparecen avaluados todos los objetos en la suma de tres mil cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos.

Cuarto. Los procesados Hermes Delgado Valencia y Fresney Polo Osorio confesaron el apoderamiento del televisor en la residencia indicada, reconocieron la captura por la policía cuando se habían alejado del lugar, así como el manejo del motocarro, explicando que fueron contratados para transportar ese mueble por "dos tipos" cuyos nombres desconocen y que no fueron identificados, personas éstas que, según los confesantes, entraron a la residencia, sacaron los muebles y se los entregaron, pero que, ante la insistencia de los vecinos, tuvieron que bajarlos del vehículo y dejarlos en su sitio.

Quinto. Al folio 25 figura la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado en asocio de peritos, y la común observación de todos acusa: "La puerta de entrada a la alcoba de la señora Emma Montes de Giraldo fue violentada, pues en la parte donde va la cerradura estaba arrancada una astilla de madera, ya que ésta ha sido reparada recientemente, pues hay dos tiras de madera nuevas, las cuales fueron colocadas en reemplazo de las dañadas; también se observan huellas dejadas al parecer por la presión de un instrumento de los que usan los hampones para cometer esta clase de ilícitos... encontramos un cable roto que hace parte de la instalación del televisor, de donde según la denunciante fue arrancado".

Sexto. Por auto de 17 de enero de 1969 se llamó a responder en juicio a Delgado Valencia y Polo Osorio por el delito de robo, pues el Juzgado encontró establecida la violencia sobre las cerraduras de la puerta del apartamento y sobre los cables del televisor. Además los objetos habían sido depositados ya en el motocarro y las porcelanas fueron decomisadas cuando los agentes de policía requisaron a los procesados al darles captura, unas cuadras aparte de la vivienda de Emma de Giraldo. Sobre esta providencia no se pronunció el Tribunal porque los procesados desistieron de la apelación interpuesta contra ella.

Séptimo. Durante el juicio se practicó un careo entre los dos procesados, sin que esta prueba modificara su situación. A la audiencia no concurrió el defensor, pero hay constancia en el acta (folio 99) de que éste había ofrecido alegar después, gestión que cumplió en las condiciones de que se hablará después.

—III—

La Demanda.

El actor invoca contra el fallo recurrido las causales de casación segunda, primera y cuarta, en ese orden, y las sustenta como aparece de las síntesis siguientes:

Causal segunda. El auto de proceder se dictó por el delito de robo simple descrito en el artículo 402 del Código Penal, y no por robo agravado según el artículo 404 ibídem, como se observa al leer la parte mo-

tiva, pero la condena se profirió admitiendo la agravante, de modo que está en desacuerdo con el llamamiento a juicio. En apoyo de esta crítica trae reparos más adecuados para sustentar la causal primera, sin descuidar, sin embargo, la demostración de la cuarta, respecto de la cual transcribe esta jurisprudencia de la Corte: "No puede el fallo condenatorio tomar en cuenta un género de delito distinto del señalado en la parte resolutiva del auto de proceder, ni circunstancias específicas que agraven la responsabilidad del sindicado no señaladas en la parte motiva de dicho auto".

Causal primera.—El Tribunal apreció erróneamente la inspección ocular que obra al folio 25 del expediente, pues al practicarla el juez y los peritos se limitaron a reconocer "huellas dejadas al parecer por la presión de un instrumento de los que usan los hampones para cometer esta clase de ilícitos", omitiendo decir si esos rastros quedaron en la cerradura o en la puerta de entrada a la alcoba. A pesar de esto, el fallo estimó así la prueba: "En el interior de la casa, la puerta que da entrada a la alcoba de la señora Emma Montes de Giraldo fue violentada en la parte donde va la cerradura, pues esta parte estaba arrancada", lo que, en concepto del actor, es inexacto, pues "no es verdad en manera alguna que esta parte hubiese estado arrancada". Lo que parecía arrancado era una astilla de la madera en donde va la cerradura. Producto de este error de apreciación fue el de aplicar el numeral 3º del artículo 404 del Código y no el artículo 2º de la ley 4ª de 1943, que sí había tenido en cuenta el juzgador de primer grado, con violación indirecta de aquella ley sustancial.

Causal cuarta. — Consiste en que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, pues Hermes Delgado Valencia careció de asistencia jurídica durante el juicio y por eso se le condenó sin ser oído ni vencido en él, actuación que sanciona el artículo 26 de la Constitución Nacional. El defensor redujo su actividad a la defensa de Fresnay Polo Osorio, descuidando completamente la del otro procesado. Apoya este cargo en jurisprudencias reiteradas de la Corte, según las cuales, cuando "el apoderado o defensor no cumplió en forma alguna el trascendente deber de ejercitar la defensa de su patrocinado, se estructura una nulidad de carácter supralegal. Así ocurrió, por ejemplo, en los casos a que se contraen los fallos de 27 de abril de 1961, 5 de mayo y 18 de septiembre de 1962. Se dijo entonces sobre el particular, entre otras cosas, que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria no solo de la ley procedimental, sino también de la Constitución Nacional".

El recurrente demuestra: "Cuando hubo el período de los cinco días para presentar alegaciones ulteriormente al cierre de la investigación, no existió ningún escrito en favor del señor Delgado Valencia; se coadyuvó a desistir de una apelación del auto de proceder que al ser revisado por el Honorable Tribunal Superior hubiese permitido posteriormente un ataque frontal al pensamiento del mismo si él hubiese sido desfavorable al señor Delgado, como a la postre lo fue al ser condenado por robo agravado siendo que el auto de enjuiciamiento lo era por robo simple; cuando advino el auto de apertura a prueba en la causa, no apareció ni el más leve asomo de esfuerzo en su favor sino la solicitud de una diligencia de careo tendiente a beneficiar únicamente al señor Polo Osorio; producida la sentencia, ante el Honorable Tribunal Superior, tampoco, por parte alguna, se ve ese esfuerzo pues del texto del escrito que obra al folio 118 y 119 del cuaderno principal, se infiere que él iba dirigido a defender al señor Polo Osorio".

—III—

Concepto del Procurador.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estudia las causales en orden inverso del propuesto, pues dice que al estimar probada la nulidad sobraría el análisis de las

otras, Y, efectivamente, examina las causales cuarta y segunda, deja la primera por improcedente y acepta la violación del artículo 26 de la Carta, "pues el acusado Hermes Delgado Valencia careció en absoluto de defensa en la etapa del juicio ya que la intervención de su representante judicial fue perjudicial a sus intereses en el empeño del abogado de desvirtuar la acusación contra su otro patrocinado, Fresnay Polo Osorio.

"Si se examinan los memoriales suscritos por el defensor de los procesados (Fls. 102 y 118), como lo expresa el actor, ellos no se refieren al reclamo efectivo de los derechos de Delgado Valencia sino, por el contrario, a descargar sobre él la responsabilidad penal con el fin de sacar avante la inocencia y por ende la absolución del reo Osorio. (Fls. 103 y 105).

"De otra parte, el aludido defensor no pidió pruebas, no concurrió a la audiencia pública, a pesar de haber sido legalmente notificado, aun cuando se reconoce que dirigió al Juzgado un alegato de conclusión antes del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, mediante el cual hace la defensa del procesado Osorio únicamente, y por último no interpuso el recurso extraordinario de casación a pesar de que el fallo era contrario a los postulados de la defensa y a los intereses de los acusados".

La nulidad no puede prosperar sino para Hermes Delgado y no para Polo Osorio, ya que el motivo que la produce y el efecto mismo no son comunicables.

Respecto de la causal segunda estima el Procurador que es ostensible la falta de conformidad entre los cargos formulados en el auto de proceder y el fallo condenatorio, pues éste reconoció la agravante prevista en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, que no había sido considerada en el auto de vocación a juicio. En consecuencia prospera el cargo y debe casarse la sentencia para que el proceso se reponga a partir de la notificación del auto de proceder en cuanto se refiere al procesado Hermes Delgado, y para que se condene a Polo Osorio por el delito de robo simple.

—IV—

Consideraciones de la Corte.

De acuerdo con el conocido procedimiento de la Corte, que siguió también el Procurador en su concepto, se estudia en primer término la causal cuarta, por tratarse de una entidad de consecuencias más amplias, que inclusive inutiliza el análisis de los otros cargos, en el caso de resultar procedente.

Causal cuarta.

En reiteradas oportunidades la Corte ha expresado que la inasistencia en el juzgamiento tiene que ser absoluta, es decir, que surja inconfundiblemente de esa omisión el quebranto del artículo 26 de la Carta. En providencia del 8 de mayo del año en curso dijo esta Corporación: "La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación".

La inasistencia jurídica fundamental, susceptible de negar el derecho de defensa, se acentúa cuando el apoderado no solo omite las gestiones derivadas de su ministerio y del encargo especial que recibe, sino cuando aprovecha su posición para tratar de demostrar la inocencia o irresponsabilidad penal de uno de los defendidos por él, prohijando expresa o tácitamente los cargos contra el otro. En este caso no sólo se produce una falla en el mecanismo de la defensa, sino que pueden generarse imputaciones penales contra el profesional que actúa en esta forma parcializada, inconveniente e injus-

ta, pues debido a esa infidelidad se agrava el desamparo del procesado y se compromete la causa que le ha confiado éste o el juez.

Fue esto último lo que ocurrió en el caso de autos como se comprueba del siguiente modo: al folio 87 figura la posesión del doctor Libardo Martínez Llanos como defensor de Hermes Delgado Valencia y Fresnay Polo Osorio, en cumplimiento de la designación que los dos procesados le hicieran al notificarles personalmente el auto de proceder; el folio 93 contiene un memorial del abogado, en el cual se presenta como defensor de Fresnay Polo Osorio, exclusivamente, a fin de pedir la práctica de un careo entre los dos procesados, ya en la etapa del juicio, lo cual entraña un desconocimiento de sus deberes respecto de Hermes Delgado; al folio 99 figura el acta de la audiencia pública, a la que no concurrió el defensor, a pesar de habérsele citado personalmente; en los folios 102 y siguientes hay constancia del "alegato de conclusión", pero el abogado limita su actuación a la defensa de Fresnay Polo Osorio, haciendo que caigan las acusaciones sobre el "ayudante Delgado", es decir sobre Delgado Valencia, en este párrafo: "Polo no intervino en el montaje de la carga, fueron el ayudante Delgado y el otro individuo el que fue a buscar a la dueña y que se perdió por San Nicolás"; y más adelante: "En cuanto que a Delgado le hayan encontrado unos agentes unas porcelanas en el bolsillo, no compromete esta actitud al señor Polo, a quien absuelven en el manejo de los objetos del ilícito tanto el denunciante como su señora María Luisa, pues a Polo lo sitúan siempre sentado en el andén al pie del carro. El no intervino sino en descargar apresuradamente los objetos al saber que se trataba de un robo. En cuanto a que Delgado haya conservado algunos objetos en su bolsillo, se trata de unas porcelanas, que fácilmente guardó allí para protegerlas y que en el momento de azar producido por las noticias de que se trataba de un ilícito, olvidó dejarlas en poder de sus dueños. A Polo no lo afecta esto".

Como se ve, este memorial resulta acusador para uno de los defendidos, a quien se perjudica tratando de organizar explicaciones defensivas del otro. De ahí el que, con la lógica peculiar de esta actuación irregular, el abogado termine su alegato diciendo: "Con lo expuesto, he probado la inocencia de Fresnay Polo y por lo tanto pido muy encarecidamente su absolución". (folio 105).

En breve alegato ante el Tribunal, según se lee en el folio 118, el abogado Martínez. Llanos pide la absolución de Polo Osorio, ratificando los puntos de vista que había expuesto en la primera instancia, y ésto lo hace de manera ostensible dejando desatendido a Hermes Delgado, a quien ni siquiera menciona.

En estas condiciones vino el fallo condenatorio, sin que el Tribunal hubiera tenido medios para valorar el aporte del defensor. De manera que éste no solo no pidió pruebas, ni concurrió a la audiencia pública, ni cumplió ninguna de las actuaciones a que le obligaba su vinculación con uno de los procesados. Finalmente, y como omisión que sirve para destacar las anteriores, tampoco interpuso el recurso extraordinario de casación, acto que corrió de cargo del nuevo defensor designado por los condenados, según puede verse en el folio 133.

En consecuencia, prospera la causal cuarta invocada contra el fallo, pues de lo anteriormente expuesto se deduce que Hermes Delgado Valencia fue condenado sin la asistencia jurídica fundamental que exige el artículo 26 de la Carta, garantía expresamente denominada derecho de defensa en la ley 74 de 1968, aprobatoria de los pactos internacionales suscritos por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1962.

Ahora bien, la nulidad que va a declararse no es comunicable al otro procesado, esto es a Fresnay Polo Osorio, porque respecto de él no se da la misma situación, ya que si estuvo defendido en forma corriente, las pruebas contra él fueron materia de controversia por el defensor en la primera y en la segunda instancia, y, lo que es más importante, dicha causal sólo fue invocada para Delgado Valencia y no para el otro condenado, de modo que la Corte solo puede admitirla en favor del primero.

Como se observa que la conducta del abogado defensor acusa parcialidad en favor de uno de los procesados, a costa del otro, según lo expuesto, debe proveerse a la investigación correspondiente, ya que en tales condiciones puede darse el caso de una infidelidad profesional punible. Así lo ordenará la Sala.

Causal Segunda.

Como lo anota el Procurador, es evidente la falta de consonancia entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia condenatoria recurrida, como se desprende de esta confrontación elemental:

a) Dijo el auto de proceder: "Del estudio de todas y cada una de las piezas que componen las presentes sumarias, tenemos que el delito de que se trata es el de robo, que define y sanciona nuestro código de penas en su libro II, título XVI, capítulo II, ya que se dan a cabalidad todos los elementos que para constituírlo exige la ley; la violencia elemento que caracteriza el delito de robo y lo diferencia y especifica del delito de hurto, se encuentra debidamente probada, con la diligencia de inspección ocular practicada por el despacho en compañía de peritos y en la cual se determinó y constató la violencia ejercida sobre las cerraduras de la puerta del apartamento de la señora Giraldo y sobre los cables que estaban unidos al televisor, los cuales aparecen reventados".

b) Dice el fallo recurrido: "En estas circunstancias no es el delito simple de que trata el juzgador de instancia el aquí contemplado, sino el delito de robo específicamente previsto en el artículo 404 del Código Penal, sin que para nada importe, como es bien sabido, que se trata de puerta interior o que en el momento del hecho el dueño o morador de la casa no se encuentre en ella".

Esta falta de consonancia, proveniente de que en el auto de proceder se reconoció un delito de robo simple y que en la sentencia del Tribunal se admitió el robo agravado, configura la causal segunda de casación invocada, como lo ha refrendado la Corte en numerosas providencias, una de las cuales es la que cita el actor, según se ha visto; causal que prospera respecto de Fresnay Polo Osorio y no respecto de Delgado Valencia en cuyo favor obra la causal cuarta.

No se examina la causal primera invocada porque, al encontrarse, como se ha encontrado, que las causales cuarta y segunda tienen plena justificación, aquéllas resulta improcedente.

Resta solo determinar la pena que debe imponerse a Polo Osorio, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

Al mínimo de un año de prisión establecido en el artículo 402 del Código Penal (artículo 2º, Ley 4ª de 1943), debe sumarse la pena proporcional a las agravantes descritas en los numerales 2º y 4º del artículo 398 ibídem, aplicables al delito de robo conforme dispone el artículo 403 del referido estatuto, pues las circunstancias que las constituyen están plenamente probadas, ya que las cosas objeto de la infracción fueron avaluadas en más de dos mil pesos y que la sustracción se hizo en un edificio destinado a habitación.

Por la concurrencia de los dos agravantes anteriormente mencionados se individualizará la sanción principal, observando los criterios señalados en el artículo 36 del estatuto represor, en diez y seis meses de prisión, y se impondrá, además, al responsable Polo Osorio, la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal (artículo 12 de la Ley 16 de 1969).

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, casa el fallo recurrido y en su lugar dispone:

1º Declarar la nulidad del proceso a partir de la notificación del auto de llamamiento a juicio, en lo que se refiere a Her-

mes Delgado Valencia, y disponer que se rehaga la actuación correspondiente;

2º Condenar a Fresnay Polo Osorio, por el delito de robo simple, a la pena principal de diez y seis (16) meses de prisión, que deberá pagar en el establecimiento que señale el Gobierno. Condénasele también, como acesoria, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicos por un período igual al de la pena principal, y al pago de los perjuicios ocasionados por el delito.

3º Confirmar el punto 5º de la sentencia recurrida; y,

4º Ordenar que se compúlse copia de lo correspondiente de la actuación con el fin de que se investigue la posible existencia de un delito de colusión por parte del doctor Libardo Martínez Llanos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sin perjuicio de que el Tribunal de la instancia averigüe las faltas que se han podido cometer por el profesional citado contra la ética del abogado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de desechar la demanda que no se ajuste a los requisitos señalados por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, por la finalidad misma del recurso que impide a la Corte suplir los defectos de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente, Humberto Barrera Domínguez).

(Acta Nº 23 de 1970).

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 22 de septiembre de 1969, por la cual le fue impuesta al agente de la Policía Nacional, Eduardo Palomino Tovar, la pena de dieciséis años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Napoleón Orozco Gutiérrez.

Conoció en primera instancia el Comando del Departamento de Policía Nacional del Atlántico, con sede en Barranquilla.

Hechos y Trámite del Proceso:

El señor Procurador para las Fuerzas de la Policía Nacional hace el siguiente resumen:

"El día diez de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, cuando un Oficial de la Policía y Agentes bajo su mando se ocupaban, en el Cuartel de la Policía Nacional en Barranquilla, de transportar a varios individuos sospechosos de haber cometido hechos delictivos y cuando se encontraban aquéllos ya dentro del campero que se iba a utilizar para tal efecto, el agente de la Policía, Eduardo Palomino Tovar, quien gozaba de franquicia en ese momento, pero se encontraba presente, descargó los seis tiros del revólver de su propiedad sobre el capturado Napoleón Orozco —quien se hallaba bajo vigilancia y desarmado— con lo cual produjo la muerte de éste en breves momentos, habiéndose procedido de inmediato a la captura del agresor.

"Perfeccionada la investigación, se convocó el Consejo de Guerra Verbal, al que se sometió un cuestionario en el que se incluían las circunstancias de haberse cometido el hecho 'con premeditación y alevosía, aprovechando que se encontraba la víctima desprevenida en el momento del ataque, capturada y custodiada por guardianes o agentes de la Policía, dentro de un campero oficial, circunstancias que lo colocaban en estado de indefensión, causándole lesiones que fueron motivo determinante de su muerte, hecho cometido por motivos personales no relacionados con el servicio...', cuestionario que fue respondido en forma negativa, por lo cual se declaró la contraevidencia de dicho veredicto mediante providencia confirmada por el Tribunal Superior Militar el seis de diciembre de 1968, fecha anterior al levantamiento del estado de sitio, por lo cual se dispuso también que se convocara un nuevo Consejo de Guerra. Devuelto el expediente al funcionario de instancia, fue negada la petición del defensor del procesado sobre envío del negocio a la justicia ordinaria, pues consideraba que se encontraba pendiente un trá-

mite en el Consejo de Guerra y, consecuentemente, éste debía cumplirse de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, aunque en esa fecha se hubiera ya levantado el estado de sitio.

"De conformidad con lo anterior, se convocó el nuevo Consejo de Guerra Verbal, en el cual se interrogó sobre el hecho y si éste había sido cometido 'con premeditación y alevosía, acompañada de motivos innobles o bajos, aprovechando las circunstancias de indefensión en que se encontraba la víctima, capturada y custodiada por agentes de la Policía, y dentro de un campero oficial, causándole heridas que fueron motivo determinante de su muerte, hecho ocurrido por motivos personales no relacionados con el servicio...', el cual fue respondido por los Vocales afirmativamente y por unanimidad. Con base en el veredicto se dictó la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal Superior Militar, con salvamento de voto de dos de sus Magistrados, como queda dicho, y contra la cual se ha propuesto el recurso de casación".

Demanda y Respuesta del Ministerio Público.

El apoderado del recurrente, sin hacer mención de las causales de casación pertinentes, propone cuatro cargos, así:

1º "Se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 308 del C. de Justicia Penal Militar, ordinal 2º y del artículo 2º, numeral 6º, del Decreto 528 de 1964";

2º "Se acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 27 y 28 del C. de Justicia Penal Militar, violación a que llegó el fallador como consecuencia del error de hecho en que incurrió al no tener en cuenta, según el proceso, las circunstancias establecidas en el expediente por medio de abundantes pruebas, desestimadas, según las cuales Palomino no se hallaba en el pleno dominio de sí mismo, sufriendo momentánea enajenación o un sentimiento de ira, causado por grave provocación injusta";

3º "Se acusa la sentencia de ser violatoria, en defecto del anterior, del artículo 37 del C. de Justicia Penal Militar en sus ordinales 4º y 6º. Esta norma se violó por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador, al no apreciar las pruebas que obran en el expediente...", y,

4º "Se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 38 del C. de J. P. M., en sus ordinales 6º y 7º, por aplicación indebida, violación a que se llegó por errores de interpretación de los hechos y de las pruebas y por falta de estimación de las declaraciones".

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional hizo un examen de los cargos, no obstante que hace la siguiente observación:

"El demandante, previa una relación de los hechos y de la actuación procesal, con la anotación de que cuando se ordenó la celebración del nuevo Consejo de Guerra se había levantado el estado de sitio y la justicia ordinaria era la competente para conocer por tratarse de un delito común, no obstante lo cual convocó un nuevo Consejo y elaboró cuestionarios distintos de los presentados por el primer Consejo, propone cuatro cargos contra la sentencia referida, aunque sin indicar expresamente las causales invocadas, ni la norma pertinente, no obstante lo cual se procede a su examen con las anotaciones del caso".

Considera la Corte.

Corresponde desechar el recurso de que se ha hecho referencia, pues la demanda no se ajusta a las exigencias que señala el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, en el que se dice:

"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".

Y es la declaración que debe hacer la Corte en este caso, pues el artículo 65 del mismo Decreto 528 de 1964 manda que "si la demanda no reúne los requisitos legales, o no se presentare en tiempo, se declarará desierto el recurso".

Y es obvio que en el escrito presentado por el apoderado de Palomino Tovar no se hace mención de ninguna de las causales de casación previstas en el artículo 56 del estatuto citado, y no puede la Corte suplir este defecto de la demanda, cuya consecuencia, por mandato legal, es la de que se declara desierto el recurso de casación o se le deseche, como se dejó anotado.

Sobre este mismo particular, la Corte, en providencia de 12 de agosto de 1969, expresó lo que pasa a transcribirse:

"El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, 'es contener a todos los Tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia'.

"....

"La casación 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 del preciso o precisos motivos que se aduzcan, 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 por 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.

"La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, 'el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación'. Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964...".

Y en ese proveído de 12 de agosto de 1969, como en muchos otros, se declaró desierto el recurso de casación porque la demanda no reunía las exigencias que señala el referido artículo 63 del Decreto 528 de 1964, cuya transcripción ya se hizo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior Militar.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Se ratifica la jurisprudencia de la Corporación en el sentido, de que en los juicios en que no interviene el jurado, no es necesario la presencia del defensor en la vista pública, máxime cuando ha presentado alegato escrito. Cuando se invoca en forma directa la causal cuarta de casación, no es posible alegar la errónea apreciación de determinada prueba o pruebas, porque este motivo de impugnación no da cabida al examen probatorio, que es del resorte del apartado segundo del ordinal 1º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Si se alega infracción indirecta de la ley sustancial, en base de la causal 1ª, el recurrente debe demostrar que en la sentencia se incurrió en error manifiesto de hecho o de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 23 de 19 de junio de 1970).

Vistos:

Está acusada en casación la sentencia del doce de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmando la de primer grado, condenó a Oscar García a la pena principal de ocho años y dos meses de presidio, como responsable del delito de robo.

Antecedentes.

a) En las primeras horas de la tarde del tres (3) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967) el señor Jaime Gaviria Gaviria estacionó su vehículo "Volkswagen" al frente de su oficina, situada en la carrera 52 Nº 60-38, de la ciudad de Mellín, dejándolo debidamente seguro, es decir, con los vidrios subidos y las puertas cerradas con llave. En el interior del automóvil quedaron algunas cajas contentivas de drogas que el señor Gaviria, como representante de los Laboratorios "Charon Maclaine", iba a despachar a algunas farmacias. Poco tiempo después, en torno a las tres de la tarde, el señor Gaviria observó desde el balcón de su oficina que dos sujetos sacaban las referidas cajas del mencionado vehículo, llevándoselas consigo. El señor Gavira bajó enseguida a la calle, seguido del señor Antonio Mesa y del químico Raúl Zapata Sánchez, quienes se hallaban con él en la oficina, y, dando voces de alarma, emprendió la persecución de los ladrones, quienes viéndose casi alcanzados, arrojaron la mercancía en plena calle, huyendo precipitadamente. Sin embargo, uno de ellos, que resultó ser Oscar García, fue capturado momentos después por dos agentes de la policía que por allí pasaban en una "Radiopatrulla". El otro logró escapar. Las drogas sustraídas del vehículo fueron avaluadas pericialmente en la suma de un mil novecientos pesos ($ 1.900.00).

b) Adelantada la correspondiente investigación, el Juzado vigésimo cuarto penal municipal de Medellín calificó su mérito mediante auto calendado el 27 de febrero de 1968, en el que Oscar García fue llamado a responder en juicio por el delito de hurto. (Fls. 27 a 32).

c) Verificada la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento condenó al procesado García, en sentencia del 27 de mayo de 1968, a la pena principal de "diez y ocho meses de prisión", más las accesorias de rigor, como responsable del delito de hurto (Fls. 48 a 54), mas al conocer del asunto por vía de consulta, el Tribunal Superior de Medellín consideró, en providencia del 8 de julio del mismo año, que se había incurrido en nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, por cuanto en su sentir el delito que se estructuraba en autos no era el de hurto, sino el de robo. Y, consecuente con tal criterio, ordenó reponer el procedimiento a partir de la providencia que declaró cerrada la investigación, inclusive. (Fls. 61 a 63).

d) Cumplido lo anterior y recibido el testimonio del señor Antonio Mesa Ramírez, en proveído del 26 de agosto siguiente fue llamado a responder en juicio Oscar García, "en contra de quien existen graves cargos de ser responsable de la comisión del delito de robo de que trata el libro 2º, Título XVI, Capítulo II, concordante con el Decreto 2184 de 1951". (Fls. 68 a 75).

e) Celebrada la nueva audiencia pública, se produjo el fallo de primer grado, proferido el 14 de noviembre de 1968, que el Tribunal confirmó plenamente — como ya hubo de expresarse — en el que ahora es objeto del recurso extraordinario que aquí se desata.

La demanda de casación.

El apoderado especial del recurrente formula la acusación al fallo de segunda instancia con apoyo en las causales de casación que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales 4º y 1º, en su orden.

Causal cuarta. Dentro de su esfera el actor propone tres cargos, cada uno de los cuales desarrolla a través de un "planteamiento", seguido de varios apartados que intitula "Demostración del Cargo", apartados que resume luego al final de la respectiva argumentación. Como reseña de la impugnación basta transcribir tales resúmenes, porque reflejan en su totalidad el pensamiento del demandante respecto de cada una de las tachas aducidas.

Primer cargo.

"Impugno la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Medellín, en la cual se condenó al procesado recurrente a la pena de ocho años, dos meses de presidio, como responsable del delito de robo, por estimar que el fallo recurrido se pronunció sobre un juicio viciado de nulidad constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, nulidad consistente en que el defensor no prestó ninguna asistencia técnica al procesado en el acto de la audiencia pública, ya que como se dejó antes anotado, dejó de concurrir a este acto tan transcendental para el juzgamiento del procesado.

"Invoco a favor de mi mandante la nulidad supralegal prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque en su juzgamiento no se observaron a cabalidad las normas propias del juicio penal, una de las cuales es la de que en la Audiencia Pública el procesado esté asistido por un defensor que tenga la calidad de abogado titulado y que cumpla con su deber en la forma como lo expresó el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo vertido en el proceso de Belisario Ladino Montañez, concepto que fue acogido totalmente por la H. Corte, en la sentencia transcrita".

Segundo cargo.

Estima el demandante que la sentencia se pronunció sobre un juicio viciado de nulidad, porque en el pliego de cargos se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues el delito que se tipifica en autos no es el de robo, sino el de hurto, ya que, en síntesis, no se comprobó plenamente que las puertas del vehículo en donde estaban las cajas de drogas hubiesen sido abiertas con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar. En el intento de demostrar tal planteamiento, emprende un prolijo examen de la prueba, y resume el cargo en los siguientes términos:

"Como consecuencia del anterior planteamiento, tenemos que el delito del cual jurídicamente pueda responsabilizarse al procesado recurrente, es el de hurto, de conformidad con lo establecido por el artículo 397 del Código de las Penas, subsumido por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, pues la tipificación allí establecida se acomoda a la realidad procesal. Podría tener en el peor de los casos correcta aplicación lo dispuesto por el ordinal 6º del artículo 398 del C. P., cuando para efectos de la agravación de la pena, se tiene en cuenta si el delito fue cometido 'sobre equipaje de viajeros en cualquier clase de vehículos...', o sea considerar las cajas de drogas como equipajes situados dentro del vehículo de propiedad del señor Gaviria".

Tercer Cargo:

"La acusación que le formulo a la sentencia recurrida la hago consistir en que habiendo expuesto en la pieza procesal de su indagatoria el sindicado Oscar García el hecho de que desde un balcón aledaño al sitio donde el señor Gaviria había dejado su vehículo estacionado y donde precisamente se sacaron las cajas contentivas de las drogas, unas señoras le gritaron a la policía que el capturado no había sido el autor del ilícito, tal prueba no fue practicada por el funcionario que investigaba y conocía del negocio, motivo por el cual se violó el artículo 356 del C. de P. P., en armonía con lo establecido por el artículo 295 de la misma obra.

"El quebrantamiento de estas normas procesales en el presente negocio tuvieron incidencia en la sentencia condenatoria, motivo por el cual considero que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por el desconocimiento por parte del H. Tribunal, de un derecho establecido por la Carta Fundamental en lo referente al derecho de defensa del procesado".

Al finalizar este primer capítulo de la demanda, el impugnante solicita a la Corte, con apoyo en el artículo 58 del Decreto 528 de 1964 (ordinal 3º), que invalide la sentencia recurrida y ordene devolver el proceso "al Juzgado de origen para que se reponga el procedimiento".

La Procuraduría Primera Delegada se halla en total desacuerdo con el criterio expuesto en la demanda respecto de los tres cargos cuyos resúmenes acaban de transcribirse, pues estima que contrarían de manera flagrante los principios que informan la técnica propia del recurso, razón que la induce a solicitar que sean desestimados.

La Corte Considera:

Causal Cuarta.

II

Primer Cargo.

Ha expresado la Corte en varias oportunidades que no solo sería deseable que los defensores fueran especializados y que, además, la defensa técnica se prestara sin solución de continuidad en la etapa instructiva y en la causa pero ha observado asimismo que a ese desiderátum se opone, por ahora, todo un complejo de realidades aún no superadas en nuestro medio. De allí que sólo se llame al apoderado o defensor en momentos de acusada trascendencia dentro del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder y el que precede a la decisión definitiva. Y ha dicho también, de manera muy reiterada, que la asistencia a la audiencia pública no es obligatoria para el defensor en juicios que se ventilan sin intervención del Jurado, como sí lo es cuando se trata del debate ante los jueces de conciencia, en que se desarrolla una auténtica controversia para que éstos resuelvan, según su íntima convicción, y la falta del personero de la defensa "reduce nocivamente la garantía constitucional para el juzgamiento". Así se desprende con toda claridad del artículo 466 del C. de P. P.

En el caso de autos el defensor, doctor Lisímaco Gómez Acevedo, no asistió a la vista de la causa, pero presentó el alegato escrito que obra a folios 81 y siguientes, en el cual, tras analizar la prueba con la amplitud que juzgó pertinente, solicita que se absuelva a su patrocinado. En tales circunstancias, es evidente que no se ha producido aquí la nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario encargado de juzgarlo.

Segundo Cargo:

Para desestimar este segundo cargo basta recordar, según lo ha explicado la Corte en diversas ocasiones, que cuando la nulidad relativa a "error en la denominación jurídica de la infracción" se pretende demostrar, como en caso de autos, mediante un examen probatorio enderezado a establecer que en tal vicio se incurrió por errónea apreciación de determinadas pruebas, o por falta de apreciación de las mismas, no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por cuanto este motivo de impugnación, en su naturaleza y alcances, no de cabida a semejante controversia, la cual es del resorte exclusivo de aquel que consagra el segundo apartado de la causal primera. En otros términos: Es improcedente fundar la causal cuarta de casación en error probatorio, ya sea de hecho o de derecho, porque tales yerros constituyen presupuestos ajenos a dicha causal. Dentro del recurso extraordinario de que se trata cada medio o causal tiene contenido, características y alcances o proyecciones nítidamente trazados en la ley, y por tanto es inadmisible que se pretenda demostrar uno de tales motivos con argumentos o razones propios para sustentar o justificar uno distinto.

Tercer Cargo:

El haberse abstenido el juez de verificar las citas que hiciere el procesado en su indagatoria para comprobar sus aseveraciones constituye, ciertamente, una irregularidad, pero sólo en casos excepcionales una pretermisión de tal naturaleza podría, enfocando de manera integral el caso concreto, estimarse como estructurante de una nulidad supralegal, por haberse lesionado atributos fundamentales de la persona y las bases esenciales del ordenamiento jurídico.

En el evento particular a que se refiere el cargo, el no haberse recibido declaración a "unas señoras" no determinadas, que, según el procesado, "le gritaron a la policía", cuando lo capturaron, que "él no había sido el autor del ilícito", carece del significado que pretende asignarle el actor, frente al acervo probatorio en que descansa la sentencia impugnada en cuanto respecta a la materialidad de la infracción y a la responsabilidad penal del acusado.

No se demostró, en suma, ninguna de las tachas aducidas bajo el signo de la causal cuarta examinada.

Causal Primera.

Primer Cargo.

El mismo recurrente considera que se puede resumir en la forma siguiente: "El H. Tribunal sentenciador apreció erróneamente la declaración del ofendido, le dio plena credibilidad a su dicho y resolvió prescindir de la prueba pericial, indispensable sí para probar los elementos constitutivos del delito de robo, que en el presente caso son la violencia ejercida contra las cosas por los infractores, lo que implica que el H. Tribunal sentenciador violó en forma directa los artículos 272 y 311 del C. de P. P., y quebrantó en forma indirecta el artículo 404 del C. Penal".

Segundo Cargo.

También se halla sintetizado por el impugnante así: "No habiendo obtenido ningún provecho ilícito, al dar por agotado un delito de robo. el Tribunal quebrantó en forma indirecta el artículo 404 del C. Penal. Igualmente violó el artículo 401 de la misma obra, en forma indirecta, al valorar erróneamente la prueba pericial, y no tenerla en cuenta para la aplicación de la sanción".

Concluye el libelo solicitando que se invalide la sentencia recurrida y se dicte "el fallo que corresponda".

La Corte Considera:

1. Importa recordar una vez más que cuando con fundamento en el segundo cuerpo de la causal primera de casación se alega infracción indirecta de la ley sustancial, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, por mandato del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 el recurrente debe demostrar

que la sentencia impugnada incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Por tanto, si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio (yerro que no puede confundirse con el de carácter jurídico previsto en la tercera hipótesis de violación directa), además de precisar tal medio, debe señalarse el precepto legal regulador de la prueba, expresando el concepto de la violación; de la misma manera, si el soporte inicial de la acusación fuere el error de hecho en la apreciación de una prueba con significado trascendente en la parte decisoria del fallo impugnado, habrá de individualizarse el elemento de convicción mal apreciado, demostrando el error mismo, que necesariamente habrá de consistir en que el fallador no haya visto la prueba que obra en el proceso, o que, por contrario modo, haya supuesto la que en él no existe, hipótesis en que la doctrina y la jurisprudencia incluyen el caso en que se desfigura la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, porque ello, en último análisis, implica suponer un medio de convicción inexistente.

2. Ahora bien: en ninguno de los dos cargos formulados dentro de la esfera de la causal primera se alude siquiera a la clase de error determinante de la presunta infracción de la ley sustancial. Y como la Corte, en sede de Casación, sólo puede examinar la censura a la luz de los argumentos ofrecidos en la demanda, es obvio que carece de facultad para sustituir el pensamiento del actor, cambiando, modificando o complementando los términos de la acusación.

3. Por lo demás, es preciso observar que el sentenciador, fundado en los elementos de juicio obrantes en el informativo, formó la convicción, en manera alguna arbitraria, de que se perpetró un delito de robo agravado. De allí que, resumiendo ese criterio, diga en alguno de los pasos de la parte motiva del fallo recurrido: "Es un hecho plenamente demostrado en los autos que García y su compañero, para apoderarse de las drogas tuvieron que acudir a llaves falsas o ganzúas, pues el automotor había sido dejado con todos los sistemas de seguridad funcionando, es decir, con sus vidrios subidos y asegurados, y las cerraduras cumpliendo su función. Esto lo afirman terminantemente el ofendido, y los deponentes Mesa y Zapata". Y consideró, de otro lado, que no se trataba simplemente de una forma imperfecta del delito, sino de un robo consumado, porque el ladrón privó de la posesión de la mercancía al ofendido, aunque por breves momentos, sacándola de su esfera de poder o custodia. "El hurto y el robo están consumados —ha dicho la Corte— cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. Mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. Hay entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito". (G. J. T. LXXXII, Pág. 653).

4. No encontrando la Sala justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de aplicar el artículo 569 del C. de P. P., desechando el recurso y ordenando devolver el asunto al Despacho de origen.

Decisión:

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en lo esencial con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **desecha** el recurso extraordinario de casación a que se refiere la parte considerativa de esta sentencia, y **dispone** devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO DEL JURADO

Acusada la sentencia con fundamento en la causal 4ª de casación, no es procedente alegar apreciación indebida de la prueba por parte del fallador de instancia, pues este motivo de casación, sólo se puede promover a través del ordinal 1º, inciso 2º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Los Jurados profieren su veredicto sin sometimiento a tarifa probatoria alguna, por lo que es improcedente el recurso de casación, en los juicios en que interviene el jurado, con base en lo dispuesto en el apartado segundo, del ordinal primero, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. La contraevidencia del veredicto, corresponde declararla a los juzgadores de instancia, y la injusticia notoria de la veredicción no está erigida en causal de casación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 24).

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Domingo Rodríguez Mantilla y sustentado por medio de apoderado especial contra la sentencia del Tribunal Superor del Distrito Judicial de Bucaramanga de 27 de noviembre de 1969, en la cual, confirmando el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, se condena al recurrente a la pena principal de ocho años y dos meses de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, como coautor del delito de homicidio cometido en la persona de Purificación Rey Duarte, hecho ocurrido el 1º de octubre de 1967 en el perímetro urbano de Piedecuesta.

Hechos y Actuación Procesal.

Los hechos materia del juicio los relata el Tribunal de la instancia, en versión que recoge el apoderado del recurrente, de la siguiente manera:

"Las familias Rodríguez Mantilla y su cercana parentela, de un lado, y Rey Duarte del otro, habían formado dos bandos en Piedecuesta, de creciente enemistad, que venía acentuándose día a día con mayor intensidad debido a que los Rodríguez y sus inmediatos allegados habían declarado guerra a muerte contra los Rey Duarte y sus parientes, y habían puesto en ejecución su plan agresivo dando muerte a un familiar de los señores Rey Duarte, o sea a Luis Fidel Gómez e hiriendo de gravedad días antes de los hechos de que trata este proceso a uno de los Rey Duarte o sea a Jesús quien se hallaba recluído en el hospital bajo permanente observación médica.

"En este estado de cosas llegó el primero de octubre del año pasado cuando a eso de las cinco y media de la tarde salió Purificación Duarte Rey del hospital de Piedecuesta en compañía de su hermano Luis Antonio a donde había ido a visitar y atender como de costumbre a su otro hermano José de Jesús quien había sido herido por uno de los Rodríguez. Siguiendo Purificación su ruta acostumbrada llegó frente a la tienda de Doris Gómez situada en la carrera 5ª con calle 8ª del plano de Piedecuesta donde se hallaban Rafael, Artidoro

y Domingo Rodríguez, Domingo Vergara González y Tobías Barajas. Tan pronto vio Domingo Rodríguez llegar frente a ellos a Purificación Rey, le preguntó en forma como de burla que si "se había alentado Jesús", o sea Jesús Rey Duarte, a quien uno de los Rodríguez había lesionado días antes. Según refiere Luis Antonio Rey, su hermana Purificación volvió a mirar y en el mismo acto, Domingo Rodríguez disparó su revólver por varias veces sobre Purificación causándole graves lesiones. Entre tanto otro sujeto compañero de los Rodríguez quien no se ha podido identificar hasta ahora, le propinó a la misma Purificación una puñalada en la espalda. Desde luego la víctima falleció en seguida y Domingo y sus compañeros de la tienda emprendieron la retirada, pero él y Artidoro Rodríguez fueron capturados después por la Policía de Piedecuesta".

La investigación penal correspondiente fue adelantada por el Juez Penal Municipal de Piedecuesta y se clausuró, una vez perfeccionada, por el Juez Segundo Superior de Bucaramanga, a quien correspondió el conocimiento del asunto, mediante auto de 6 de marzo de 1968.

El sumario fue calificado en resolución de 4 de abril del mismo año, en la que se llamó a juicio, con intervención del jurado, al procesado Domingo Rodríguez Mantilla "en su calidad de coautor responsable en la muerte de Purificación Rey Duarte ", y se sobreseyó temporalmente a favor de Artidoro Rodríguez Pabón y Rafael Rodríguez Villamizar, quienes también fueron indagatoriados como presuntos copartícipes de aquel homicidio.

El auto de calificación del mérito del sumario fue recurrido en apelación, tanto por la parte civil como por el defensor del enjuiciado Rodríguez Mantilla, y el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó en el suyo de 7 de noviembre de 1968.

Ejecutoriado el auto de proceder contra el acusado recurrente se impulsó el juicio en forma legal y entre los días 20 y 23 de mayo de 1969 se celebró la audiencia pública, en la cual el juez de derecho sometió a la consideración del jurado el cuestionario que a continuación se copia, elaborado de acuerdo con el proveído vocatorio a juicio:

"El acusado **Domingo Rodríguez Mantilla,** es responsable de haber tomado parte en los hechos que dieron por resultado la muerte de Purificación Rey Duarte, mediante las heridas que describe el señor Médico Legista en la correspondiente diligencia de autopsia (F.6), y en su ejecución obró con el propósito de matar; hecho ocurrido el primero de octubre de mil novecientos sesenta y siete, en el perímetro urbano de Piedecuesta (S)?".

Tras amplio debate, los jueces de conciencia dieron esta respuesta:

"Sí es responsable".

Acogido el veredicto y en armonía con él, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia proferida el 23 de junio del mismo año, en la cual se condenó a Domingo Rodríguez Mantilla a la pena de ocho años y dos meses de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

El defensor del procesado interpuso contra ese fallo recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó en la sentencia que es ahora objeto del recurso de casación.

Es necesario notar que en la segunda instancia del juicio el Fiscal Tercero del referido Tribunal, por escrito de 25 de septiembre de 1969, se declaró "impedido para emitir concepto por haber intervenido en su condición de Fiscal del Juzgado 2º Superior durante toda la tramitación del proceso que se surtió en el juzgado precitado".

En vista de esa manifestación, hecha después de la notificación del auto del Tribunal que dispuso fijar en lista el asunto por cinco días y dar traslado al Agente del Ministerio Público por igual término, la Sala de Decisión presidida por el Magistrado doctor Samuel Chalela Ch., en auto de 10

de octubre siguiente, admitió dicho impedimento y designó, en consecuencia, al Fiscal Primero de la Corporación "para cumplir con él tanto el traslado de rigor como los demás ritos del recurso".

Fue así como actuó, ante el Tribunal de segunda instancia, en representación del Ministerio Público, el Fiscal Primero de la Corporación.

Contra el fallo de segundo grado interpuso el procesado Rodríguez Mantilla, como ya se dijo, el recurso extraordinario de casación, que se declaró admisible por la Corte en auto de 6 de febrero último.

Demanda de Casación.

Fue presentada en tiempo y ajustada en su forma externa a las exigencias legales, por medio de apoderado especialmente constituído al efecto. En ella, después del relato de los hechos y de la reseña de la actuación judicial cumplida, se acusa la sentencia recurrida con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Causal Cuarta.

Invoca el actor en primer lugar la causal 4ª del artículo 56 anteriormente citado, conforme a la cual en materia penal procede el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", y a su amparo formula tres cargos contra el fallo impugnado, así:

Primer cargo. Se presenta afirmando que "el Tribunal sentenciador en el auto que resolvió declarar fundado el impedimento del señor Fiscal 3º de la Corporación incurrió en una nulidad por falta de la firma del señor Magistrado Ponente doctor Samuel Chalela Ch.".

Expresa el demandante que tal providencia no tiene validez alguna, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, por no llevar la firma de uno de los Magistrados integrantes de la Sala correspondiente, y que por ello la actuación cumplida con posterioridad por el Tribunal de la instancia "es completamente nula".

Segundo cargo. Se postula alegando la existencia de nulidad de rango constitucional, por quebranto de los artículos 431 del C. de P.P. y 26 de la Carta, derivada aquélla de la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal, porque los juzgadores de las instancias no tuvieron en cuenta "hechos debidamente acreditados dentro del expediente, que tienen la calidad de modificadores de la responsabilidad penal del procesado en sentido favorable".

Dice el apoderado demandante "que la situación modificadora consagrada en el artículo 385 del Código de las Penas tiene completo respaldo procesal, especialmente la diligencia de autopsia del cadáver de la señora Purificación Rey Duarte, diligencia que aparece a folios 6 del cuaderno principal". Al efecto cita el dictamen médico-legal de la necropsia de la víctima, según el cual "la causa de la muerte fue la hemorragia aguda causada por las heridas pulmonar y abdominal", y diserta luego de este modo:

"Con apoyo en el acervo probatorio recaudado a los autos, tenemos que el autor de la herida mortal que ocasionó el deceso de Purificación Rey fue el sujeto hasta el momento no identificado dentro del proceso. Es necesario tener en cuenta también que en el momento en que disparó el revólver Domingo Rodríguez Mantilla también se encontraban junto a él, varios sujetos, aproximadamente unos cinco que también intervinieron en la agresión. Alguno de ellos, aún no identificado pudo haber sido el causante de la herida con arma cortopunzante, luego, analizando en forma imparcial el acervo probatorio aportado a los autos, tenemos que como hasta el momento no se logró la completa identificación del autor de la herida que con arma cortopunzante le ocasionó la muerte a Purificación Rey Duarte, la figura que más se acomoda al contenido procesal del negocio era la de la complicidad correlativa, prevista en el artículo 385 del Código Penal vigente. Y como la pena allí prevista hubiera sido más favorable para los intereses jurídicos del imputado, razón por la cual una califica-

ción hecha por el Juez a-quo, en el auto de proceder acogiendo esta figura aminorante de responsabilidad, se hubiera acomodado a los ordenamientos de favorabilidad previstos en el artículo 5º del C. de P. P., los que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, deberían haber sido aplicados en forma inmediata por resultar más favorables a los intereses jurídicos del procesado. Solo en esta forma se hubiera dado cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 431 del C. de P. P., ordinales 2º y 3º, que son fundamento de un auto de llamamiento a juicio acomodado a los mandamientos de la ley procedimental.

"Desconocer circunstancias aminorantes de responsabilidad que incidan en la imputación penal favorable del procesado, constituye por tanto, inobservancia del mandato constitucional que manda analizar "El cuerpo del delito y las pruebas en que se funde la imputación penal al procesado" y el "análisis de las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho" criminoso imputado.

"Desconocida por el H. Tribunal sentenciador la circunstancias aminorante de responsabilidad consagrada en el artículo 385 del C. Penal, circunstancia que estaba debidamente demostrada dentro del expediente, significa que el H. Tribunal sentenciador no acogió hechos suficientemente probados dentro del proceso, los que por mandato del artículo 204 del C. de P. P., han debido reconocerse a favor del procesado, razón por la cual se violó en mi sentir el artículo 26 de la Constitución que la jurisprudencia ha elevado a nulidad supralegal del proceso".

En otro paso de la demanda se expresa que "no está procesalmente demostrado que entre Domingo Rodríguez Mantilla y el "apuñalador desconocido" haya existido acuerdo recíproco, en forma conjunta dirigida a ocasionar la muerte a Purificación Rey Duarte. Por el contrario, Domingo Rodríguez actuó en estado de legítima defensa subjetiva, causal de justificación penal que lo exonera de total responsabilidad ante la ley sustancial".

Y tras algunos razonamientos respecto de la coparticipación criminal y de la figura especial de la complicidad correlativa, concluye el actor el segundo cargo contra el fallo:

"Estando debidamente demostrado en el proceso que la figura jurídica de la complicidad correlativa es la que más se acomoda al contenido procesal del negocio, su no reconocimiento por parte del Juez de derecho en el auto de proceder constituye un completo menoscabo a las garantías consagradas en la Carta fundamental para el juzgamiento del procesado, motivo por el cual estimo que en el caso de autos se incurrió en una nulidad de carácter supralegal subsanable por medio de la nulidad del juicio a partir de su calificación legal".

Tercer cargo. Se dirige a que la Corte reconozca la existencia de una nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Constitución Política, en razón de que el veredicto emitido en este juicio por el jurado "carece por completo de respaldo en el acervo probatorio allegado a los autos", y el fallo acusado no tiene arraigo en las pruebas producidas.

Trata el actor de sustentar la expresada tacha a la sentencia recurrida manifestando que "la versión suministrada por Domingo Rodríguez Mantilla en su indagatoria como en sus respectivas ampliaciones de la misma, no está desvirtuada en lo más mínimo, razón por la cual ha debido ser tomada por el señor juez de derecho al calificar el mérito del sumario, en forma indivisible, es decir, en toda su integridad jurídica, dando completo crédito a las motivaciones de su obrar humano".

Expresa también que contra la confesión cualificada del procesado solo existe la declaración del testigo Luis Antonio Rey Duarte, quien por ser hermano del occiso no ofrece credibilidad. Cita algunas doctrinas acerca de la fuerza probatoria del testigo único, y concluye:

"Este tercer cargo que le formulo a la sentencia recurrida tiene su basamento legal dentro del ámbito de la causal 4ª de

casación, prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y sus proyecciones sobre el juicio dimanan de una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Carta, ya que en el juzgamiento del recurrente se pretermitieron elementales normas procesales, entre otras, los artículos 429, 431, 203 y 204 del C. de P. P., normas que en su conjunto determinan la "plenitud de formas de que habla el cánon constitucional".

Cargo único. En el marco de este motivo de casación, consistente en que "la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", impugna el demandante el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga aseverando que en él se violó el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal, al computar como circunstancia de mayor peligrosidad contra el reo la contemplada en esa disposición.

Fundamenta el actor la censura expresando que el Tribunal sentenciador reconoció a favor del procesado la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el ordinal 1º del artículo 38 del estatuto represor, y dedujo igualmente la de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 6º del artículo 37 de la misma obra, incurriendo de ese modo en error, pues "cuando como en el presente proceso se le imputa al procesado una circunstancia de menor peligrosidad junto con una de mayor peligrosidad, los efectos de la mayor peligrosidad desaparecen en guarda del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley sustancial, es decir, se enerva los efectos de la de mayor peligrosidad para el aumento de la pena".

Agrega el demandante que el acusado "obró bajo el influjo del dolo de ímpetu", por lo cual "no es legal imputarle el aprovechamiento de las circunstancias que hayan dificultado la defensa del ofendido, por cuanto que no tuvo tiempo de valorarlas"; que en el proceso aparecen comprobadas las circunstancias de menor peligrosidad precisadas en los ordinales 3º y 4º del artículo 38 del C. P., las que no fueron valoradas por el ad-quem, y termina así:

"El H. Tribunal sentenciador incurrió en violación directa de la ley sustancial, esto es, por haber dejado de aplicar a favor del procesado los ordinales 3º y 4º del artículo 38 del C. Penal, cuyos presupuestos esenciales tienen debida comprobación dentro del proceso. En consecuencia, el H. Tribunal violó en forma directa las referidas normas sustanciales por haber dejado de aplicarlas a favor de Rodríguez Mantilla.

"El H. Tribunal sentenciador por error de derecho interpretó erróneamente el artículo 37 ordinal 6º del C. Penal, al computar como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del reo esta circunstancia, la que por haber sido valorada como elemento constitutivo del delito de homicidio dentro de la previsión del artículo 362 del C. Penal, no se le podía aplicar como circunstancia de mayor peligrosidad.

"En consecuencia el H. Tribunal por error de derecho violó en forma directa y por interpretación errónea, las normas anteriormente citadas".

Respuesta de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de reseñar los hechos y el desarrollo del proceso, se refiere a cada uno de los cargos elevados contra el fallo recurrido y pide que se desechen por infundados, con razones que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Respecto de la primera censura a la sentencia acusada, que el actor hace consistir, como se recordará, en la nulidad de la actuación por falta de la firma de uno de los Magistrados del tribunal de la instancia en el auto que declaró fundado el impedimento del Fiscal Tercero de la Corporación y dispuso llamar en su reemplazo al Fiscal Primero, acepta la Procuraduría el supuesto en que se basa la impugnación, es decir, que en realidad se echa de menos la firma de uno de los Magistrados de la correspondiente Sala de Decisión en la mencionada providencia, pero dice que esa circunstancia no tiene las consecuencias que le atribuye el apoderado del procesado, esto es,

"no quiere decir que el fallo hubiere sido proferido dentro de un juicio viciado de nulidad porque el no dar concepto el señor Agente del Ministerio Público, no está consagrado como nulidad legal por el Legislador, lo que impide inexorablemente que el fallador u otra persona lo consagre como tal. Más, también debe tenerse presente que el Ministerio Público es una unidad y que el hecho de existir varios fiscales colaboradores con un mismo Tribunal, se debe es a la división del trabajo y no a la división esencial de la entidad Ministerio Público, como también que la facultad de intervención del Ministerio Público a través de cualquiera de sus representantes es dada por ministerio de la ley y no por competencia o voluntad del juzgador".

Al segundo cargo contesta la Procuraduría diciendo que ha sido incorrecta su formulación, al postularlo en la órbita de la causal 4ª de casación, pues como el actor lo fundamenta en error de los juzgadores de las instancias en la apreciación de las pruebas atinentes a la responsabilidad del procesado, "debió haberse formulado recurriendo al inciso o apartado 2º de la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 y no a través de la causal 4ª del mismo artículo". Manifiesta también el Agente del Ministerio Público que aparte el error de técnica del demandante, extremo que sería suficiente para rechazar el reparo al fallo, no puede olvidarse que en los juicios en que interviene el jurado la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos debatidos, conforme al artículo 15 del Decreto 1358 de 1964, y que únicamente los jueces de las instancias están facultados por la ley para declarar la contraevidencia del veredicto, cuando éste pugne con la realidad demostrada en el proceso, por cuyo motivo "el planteamiento del actor es a todas luces inaceptable e ilógico".

Con relación al tercer cargo, elaborado igualmente sobre la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 antes citado, manifiesta el Procurador:

"No merece mayor estudio este último cargo de la primera causal interpuesta porque su solo planteamiento envuelve exótica petición o sea la de declarar por la H. Sala de Casación Penal la contraevidencia del veredicto. Como éste fue declarado en firme por los falladores de primera y segunda instancia, por ser dado a ellos privativamente la competencia para su aceptación o rechazo, y asimismo, por no ser causal o motivo de casación, huelga cualquier razonamiento que se haga en este momento del proceso".

Acerca de la segunda causal de casación invocada por el abogado del recurrente, o sea la primera que prevé el artículo 56 del Decreto 528, opina la Procuraduría Delegada que, tomando en consideración lo preceptuado en los artículos 36 y 39 del C. P., que determinan los criterios para la individualización de las sanciones, la sentencia impugnada "fue legalmente estructurada en lo atinente a la dosificación de la pena", pues el aumento en dos meses del mínimo de ocho años de presidio fijado por el artículo 362 del C. P. para el homicidio simplemente voluntario, delito por el cual fue responsabilizado el procesado, se hizo tomando en cuenta la concurrencia de la circunstancia de mayor peligrosidad predicada por el numeral 16º del artículo 37 del mismo estatuto, la que no fue valorada como elemento constitutivo de la infracción, como lo afirma sin razón el demandante.

Consideraciones de la Sala.

I — El primer motivo de censura a la sentencia sub-examine, propuesto en la esfera de la causal 4ª de casación, según el cual aquella providencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad constitucional porque el auto por medio del cual acogió el Tribunal de segunda instancia la inhibición declarada por el Fiscal Tercero de la Corporación y designó en sustitución suya al Fiscal Primero no fue suscrito por el Magistrado Ponente doctor Samuel Chalela Ch., se elabora sobre un supuesto contrario a la verdad, pues observando cuidado-

samente ese proveído, que aparece glosado a folios 4 y 5 del cuaderno del Tribunal, se ve que está ciertamente firmado por el Magistrado Chalela Ch., y por los Magistrados José Vicente Higuera R. y Hernando Mendoza Gómez, esto es, por todos los integrantes de la Sala de Decisión que conoció del asunto, como también por el Secretario.

El error del demandante y del Procurador Delegado, acerca del punto en cuestión, se explica por la circunstancia de que la firma del mencionado doctor Chalela Ch., no fue colocada en el sitio donde se escribió en máquina su nombre "Samuel Chalela Ch., sino sobre el nombre puesto a máquina del doctor José Vicente Higuera R., quien firmó en la parte inferior del mismo.

Por la causa anotada, la Corte se abstendrá de toda consideración de fondo alrededor del primer cargo postulado por el recurrente contra el fallo acusado, pues la impugnación carece de fundamento.

II — Es manifiesto el error de técnica del demandante, y así lo advierte la Procuraduría, al aducir el segundo cargo contra la sentencia recurrida en la órbita de la causal 4ª de casación, ya que la tacha se construye sobre la consideración de que los juzgadores de las instancias apreciaron indebidamente las pruebas referentes a la responsabilidad del procesado, debate éste que solo puede promoverse en casación a través del ordinal 1º, inciso 2º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, según el cual cuando la violación de la ley sustancial provenga de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba —que es lo que en realidad alega aquí el demandante—, "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".

El yerro notado impide a la Sala estudiar la glosa que se hace al fallo en el campo de la causal 4ª del referido artículo 56, como segundo cargo, pues el recurso de casación se rige por precisas normas legales, que imponen la presentación de los motivos con sujeción a una técnica jurídica que no puede ser desconocida.

III — En los juicios en que interviene el jurado, éste decide soberanamente sobre los cargos imputados al acusado y sobre la defensa que de ellos se haga, sin atender voz distinta a la de la "personal conciencia", conforme a la "convicción íntima" acerca de las cuestiones sometidas a su consideración, vale decir, sin sometimiento a tarifa probatoria alguna, tal como lo prescribe el artículo 27 de la Ley 4ª de 1943, y la sentencia debe dictarse "de acuerdo con la calificación que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate", por mandato del artículo 15 del Decreto 1358 de 1964, que subrogó el artículo 480 del C. de P. P., al extremo de que si el fallo se profiere en desacuerdo con el veredicto del jurado procede el recurso extraordinario de casación (Art. 56, Ord. 2º, del D. 528 de 1964).

IV — Por la razón anterior, no tiene cabida en la clase de juicios mencionada el motivo de casación de violación de la ley penal sustancial por defecto en la apreciación de las pruebas, señalado en el ordinal 1º, inciso 2º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, como lo tiene dicho esta Sala de la Corte en constante jurisprudencia. El veredicto del jurado, cuando es acogido en las instancias, pone término a la controversia sobre la apreciación de los elementos probatorios, y el debate no puede suscitarse en casación ni al amparo del motivo antes expresado ni a través de la causal 4ª de la disposición legal citada.

V — Cuando el veredicto de los jueces de conciencia sea "claramente contrario a la evidencia de los hechos" pueden los juzgadores de las instancias (Juez Superior o Tribunal Superior) declararlo así, de oficio o a solicitud de parte, y por una sola vez puesto que el veredicto del segundo jurado es definitivo (artículo 537 y 554 del C. de P. P.).

El rechazo de la decisión del jurado, por la causa expresada, está reservado a los falladores de las instancias comunes, es privativo de éstos y no puede, en consecuencia, pretenderse en el recurso extraordinario de casación, que "no genera una nueva

instancia y tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto", como lo ha expuesto esta Sala de la Corte. (sentencia de 22 de agosto de 1969).

VI — La manifiesta injusticia del veredicto, por franca oposición del mismo con las demostraciones del proceso, no se contempla entre las causales señaladas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, ni estaba tampoco prevista en la disposición subrogada por aquél, o sea en el artículo 567 del C. de P. P., como desprende no solo del claro texto de las normas sino también de la historia del estatuto procesal, recogida ésta en las Actas de la Comisión que lo elaboró, y su formulación —la de la injusticia del veredicto— en el ámbito de la causal 4ª, en la forma que lo hace el recurrente en el tercer cargo, es tan ingeniosa cuanto inadmisible, como que aquel motivo de casación se dirige a la restauración o reposición del proceso, en todo o en parte, cuando se ha desarrollado con transgresión de disposiciones normativas de la competencia, o con pretermisión de actos exigidos por la ley como necesarios para la validez de la actuación judicial, o con la concurrencia de cualquier otro vicio de nulidad de los enunciados en los artículos 37 y 38 del Decreto 1358 de 1964 (nulidad legal), o con inobservancia de las garantías básicas que consagra el artículo 26 de la ley suprema (nulidad constitucional), y es palmar que en ninguna de las mencionadas hipótesis encuentra cabida la contraevidencia del veredicto, cuestión sustancial que la ley ha dejado a prudente y discrecional consideración de los juzgadores de las instancias, como antes se observó.

VII — La acusación al fallo por la causal 1ª de casación adolece igualmente de notables fallas. El actor la presenta, en parte, sobre proposiciones contradictorias y excluyentes, en términos que imposibilitan su examen. En efecto, alega en primer lugar que no debió tomarse en cuenta en contra del procesado la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 6º del artículo 37 del C. P., porque a su favor se reconoció una circunstancia de menor peligrosidad, admitiendo así la existencia de la primera. Y a continuación expresa que como el acusado obró bajo el influjo del dolo de ímpetu "no es legal imputarle el aprovechamiento de las circunstancias que hayan dificultado la defensa del ofendido". lo que implica lógicamente la negación de dicha circunstancia de mayor peligrosidad. Obviamente las proposiciones son opuestas y su estudio no es posible.

Dice también el impugnante, al postular la causal 1ª de casación, que el tribunal sentenciador incurrió en violación directa de la ley sustancial "por haber dejado de aplicar a favor del procesado los ordinales 3º y 4º del artículo 38 del C. Penal, cuyos presupuestos esenciales tienen debida comprobación dentro del proceso". Es esta una simple afirmación del demandante, que no demuestra en forma alguna. Aquél no precisa si la violación de la ley sustancial fue directa o indirecta, ni ofrece los fundamentos de la impugnación en la forma que es exigida en casación.

VIII — No hallándose justificada ninguna de las causales aquí propuestas para pedir la infirmación de la sentencia acusada, se desechará el recurso y se ordenará devolver el expediente al tribunal de origen, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 569 del C. de P. P.

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 Domingo Rodríguez Mantilla contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de fecha 27 de noviembre de 1969, a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Hacer entrega de todo el patrimonio retenido judicialmente, o de una parte de él, en un juicio de separación de bienes, a una de las partes, constituye abuso de autoridad, porque la misión del juez en dicho juicio es "asegurar los intereses" mientras se adjudica a cada cónyuge lo que va a manejar independientemente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio treinta de mil noveciento setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta Nº 23 de 19 de junio de 1970).

V i s t o s :

Se resuelve la apelación interpuesta por el defensor de oficio de Rafael Pombo Mackenzie contra el auto que le llamó a responder en juicio criminal por el delito de abuso de autoridad cometido cuando desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo Municipal de Mahates, Departamento de Bolívar, providencia fechada el 30 de abril de 1969.

El recurso se ha tramitado legalmente en la Corte, pero hubo de separarse del conocimiento del asunto al Magistrado doctor Mario Alario Di Filippo, por encontrarse comprendido en la primera de las hipótesis previstas en el numeral 7º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ya que hizo parte de la Sala de Decisión que profirió el Decreto de enjuiciamiento. La actuación prosiguió con el conjuez sorteado, doctor Carlos Upegui Zapata, quien se encuentra debidamente posesionado del cargo.

Por auto del 1º de abril de 1970 se fijó en lista el asunto (artículo 35 del Decreto 1358 de 1964) y se oyó al Procurador Primero Delegado en lo Penal, sin que el actor hubiera sustentado la alzada.

Los Hechos Procesales.

Se inició el proceso mediante denuncia presentada por Gilma Díaz de Martínez ante el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y ante el Procurador del mismo Distrito, el 28 de febrero de 1968 y el 28 de septiembre de 1967, respectivamente. Se acusó al Juez Promiscuo Municipal de Mahates, Rafael Pombo Mackenzie por dos clases de actividades reputadas punibles, así:

a) Haber tramitado una acción de separación de bienes propuesta por el marido de la denunciante, Carlos Martínez, en el curso de la cual se cumplieron medidas precautelativas, entre otras la retención de una suma de dinero en el Banco Popular de Cartagena, que élla había conseguido para atender un negocio de mercancías en la población de Malagana, perteneciente al Municipio de Mahates. Sin facultad ninguna, el Juez dispuso la entrega al cónyuge de $ 11.679.57, mediante petición del apoderado de éste, ocasionándole serios perjuicios toda vez que la cuentahabiente había girado cheques con cargo al referido depósito bancario; y

b) Haber coaccionado a algunos testigos para que declararan contra su corrección social y sus buenas costumbres personales,

buscando pruebas utilizables en el juicio de separación.

Durante la instructiva se obtuvieron constancias sobre el nombramiento, posesión y ejercicio del cargo de juez por el denunciado Rafael Pombo (folios 11, 21 y 22), entre el 5 de agosto de 1965 y el 17 de marzo de 1968, esto es, durante el tiempo en que ocurrieron los hechos denunciados.

También se obtuvo copia del juicio de separación de bienes instaurado por el abogado Simón Bosa López, a nombre de Carlos Martínez Beltrán, en el cual figura como demandada Gilma Díaz de Martínez ante el Juez Promiscuo Municipal de Mahates, el 29 de agosto de 1967 (folios 30 a 45). Estos documentos acreditan la admisión de la demanda, las medidas precautelativas propuestas y decretadas, especialmente el embargo y secuestro de las mercancías, muebles y enseres del almacén "El Porvenir", ubicado en Malagana, en la propia casa de los cónyuges, el nombramiento de secuestre en la persona de Julio Jiménez Bolívar, la entrega de las cosas a éste con inventario pormenorizado, sin que para hacerlo estuviera presente la cónyuge, pues se encontraba fuera del poblado. Sin embargo, en la oportunidad debida se hizo parte e hizo designar secuestre definitivo a Ernesto Díaz, a quien se le entregaron los bienes. Debido a recusación admitida, el negocio pasó al Juzgado de San Estanislao, donde se levantaron las medidas cautelares para luego volver al despacho de origen, por cambio de juez.

Al folio 39 figura copia de la petición hecha por el abogado Simón Bosa López, a nombre del demandante Carlos Martínez Beltrán, para que se entregara a éste el "saldo bancario que aparece en la cuenta corriente a nombre de Gilma Díaz de Martínez o Gilma Díaz Díaz", solicitud que acogió el Juzgado el mismo día en que fue formulada (septiembre 13 de 1967) y en la misma fecha se envió al Banco el oficio número 233 para que se cumpliera la orden, cosa que el Banco hizo mediante cheque de Gerencia número 58898 del 26 del mes citado (folio 59).

Queda, pues, establecido plenamente que Carlos Martínez Beltrán recibió la suma de $ 11.679.57, de la cuenta corriente de Gilma Díaz en el Banco Popular de Cartagena, por orden del Juez Promiscuo Municipal de Mahates, Rafael Pombo Mackenzie, y que esta orden se impartió antes de terminar el juicio de separación de bienes, hecho que trajo consecuencias perjudiciales para la demandada.

En cambio no se confirmaron procesalmente las presiones que según la denunciante se ejercieron sobre varias personas llamadas como testigos para que acreditaran la infidelidad conyugal de aquélla y otras notas de mala conducta. Uno a uno los declarantes negaron todo influjo sobre éllos mayormente las promesas de pago que según Gilma de Martínez se habían hecho para variar el sentido de la prueba.

El acusado aceptó haber dado la orden para la entrega del dinero en el Banco Popular, explicando que ese acto se cumplió antes de declararse impedido para seguir conociendo del negocio y que lo hizo porque, según su concepto, era medida pertinente. Sin embargo, el auto que la ordenó no cita ninguna disposición en apoyo de su legalidad.

La Calificación del Tribunal.

En el auto en que calificó los hechos investigados y que es materia de revisión en la Corte, el Tribunal de Cartagena declaró no demostradas las presiones sobre los testigos por parte del juez, pero sí admitió el abuso de autoridad descrito en el artículo 171 del Código Penal, comprobado con la confesión del sindicado, la copia del juicio de separación de bienes, el oficio dirigido al Banco Popular y la entrega de $ 11.679.57 a Carlos Martínez Beltrán, por orden del funcionario acusado. Todo lo cual le merece esta apreciación:

"La finalidad del juicio de separación de bienes es la de separar los patrimonios y liquidar la sociedad conyugal. De manera que ninguna ley autoriza al juez entregar, antes de la liquidación de la sociedad conyugal, bienes pertenecientes a ésta a ninguna de las partes en el juicio. Y como lo contrario, es decir, la entrega de bienes en

esa forma, no se halla respaldada por Ley alguna, cuando ello ocurre se hace por el capricho del funcionario y constituye un acto arbitrario o injusto al mismo tiempo, acto que en los casos como el de autos se comete contra la persona del demandado y contra los bienes comunes a las partes".

En consecuencia, llamó a responder en juicio criminal al citado Juez Rafael Enrique Pombo Mackenzie por delito que sanciona el Código Penal en el Libro II, Título III Capítulo VI.

Al procesado hubo de emplazársele por edicto para que asistiera al juicio y, como no lo hizo, se le declaró reo ausente y se le nombró defensor de oficio.

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide la confirmación de la providencia apelada porque el imputado dispuso la entrega de un depósito de dinero sin que existieran formas o supuestos contemplados por la Ley, como sería el levantamiento de la medida precautelativa, la terminación del juicio o algún otro evento.

Es irregular la conducta del funcionario porque la adoptó con la simple petición del actor, sin motivar la providencia en que ordenó la entrega del dinero porque el cumplimiento fue inmediato, sin oir a la contraparte y sin dejar ejecutoriar el auto; porque cuando dispuso la entrega ya cursaba una recusación para separarlo del conocimiento; y porque el dinero no estaba a disposición de una sola de las partes, sino de aquella a quien le correspondiera en la sentencia la adjudicación.

Por lo cual, deduce que el acto investigado fue arbitrario, toda vez que no se ajustó a la ley y que ocasionó perjuicio a una de las partes.

Consideraciones de la Corte.

Las medidas cautelares que el juez puede tomar antes de iniciarse el juicio de separación de bienes, o durante éste, según los artículos 201 del Código Civil, 801 del Código de Procedimiento Civil y 3º de la Ley 8ª de 1922, ordinariamente se concretan en el embargo y secuestro para garantizar la seguridad de las cosas pertenecientes a los cónyuges e impedir por ese medio que se burlen los intereses patrimoniales vinculados a ellas. Estas medidas, que con anterioridad a la Ley 28 de 1932, solo procedían a instancia de la mujer, pueden autorizarse hoy también a solicitud del marido, según jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, y deben conservarse hasta la duración del juicio, si no hay consentimiento en contra, ya que de esa manera llegan al acto de adjudicación, que es lo que se proponen los cónyuges.

Como sucede cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de ellos, en los juicios de simple separación de bienes, es indispensable proceder a liquidar el haber común y sólo en este caso cada cónyuge tiene derecho a extraer de la masa social la parte que le pertenece. De tal suerte, ha dicho la Corte, el juicio termina únicamente con la partición de los bienes, según las reglas de la sucesión hereditaria, por mandato imperioso de los artículos 802 y 795 del Código de Procedimiento Civil. Además, el artículo 201 del Código Civil, citado antes, dispone que las providencias judiciales para asegurar los intereses de la mujer, deben sostenerse "mientras dure el juicio", es decir, mientras se adjudica a cada cónyuge aquello que va a manejar independientemente del otro.

Hacer entrega de todo el patrimonio económico retenido judicialmente, o de una parte de él, a cualquiera de los cónyuges antes de ejecutoriada la partición, es proceder en contra de expresos mandamientos legales, como son los que se citan; es acto arbitrario e injusto, ya que con él no sólo se crea un sistema normativo caprichoso, sino que se infiere agravio a una persona. Trátase entonces de un claro abuso de autoridad, que determina el procesamiento en la forma en que lo ha hecho el Tribunal de instancia. El Juez a quien se atribuye esta conducta debe responder penalmente, sin que le sirva de excusa la vaga creencia de que seguía un cauce jurídico, pues las mismas disposiciones que aplicó al ordenar las otras medidas precautelativas, preven la manera como debe efectuarse el re-

conocimiento y pago de las prestaciones a los cónyuges. Más aún, el no haber dado traslado a la demandada de la petición del marido, al ordenar la entrega del dinero antes de quedar en firme el auto que así lo dispuso, y al acortar hasta el máximo el trámite de este fin especial, favorecen el entendimiento de una maniobra destinada a defraudar a una de las partes, en beneficio exclusivo de la otra.

Por estos motivos habrá de confirmarse el auto apelado.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Confirma el auto apelado de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Carlos Upegui Zapata, Conjuez, *Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.*

José Evencio Posada V., Secretario.

Sala de Casación Laboral

REAJUSTE DE LA PENSION JUBILATORIA

(Artículo 2º de la Ley 5ª de 1969)

Este precepto, aclaratorio del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, según su enunciado expreso, interpreta con autoridad el sentido de la norma que motiva el sublite a estudio de la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: D. Juan Benavides Patrón).

(Sección Primera Acta Nº 17).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Próspero Cadavid G. contra la sentencia dictada el 2 de julio de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el ordinario de trabajo que le promovió al Departamento de Antioquia para el reajuste de su pensión de jubilación, a partir del 23 de abril de 1966 conforme al artículo 5º de la Ley 4ª de 1966.

En el libelo inicial se afirmó la condición de jubilado, por servicios al Ferrocarril de Antioquia como conductor, con pensión cuya cuantía no ha recibido el reajuste de la dicha ley 4ª, según la asignación actual correspondiente al cargo. La entidad demandada se opuso a lo anterior por cuanto el beneficio impetrado lo refiere la ley a la asignación actual del cargo que sirvió de base para liquidar la jubilación, esto es, la que en un momento determinado y en forma fija y concreta se hubiese asignado al empleo, y no a lo que devengue en 23 de abril de 1966 la persona que lo desempeña, incluyendo las eventualidades.

Tramitada la controversia el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Medellín la desató en fallo absolutorio, del 7 de abril de 1969, que acogió la tesis del Departamento demandado. El Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó lo resuelto por el inferior. Los pasajes centrales de los juzgadores de instancia contienen este entendimiento:

" 'Por medio del art. 4º de la Ley 4ª se modificó la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores de una o más entidades de derecho público, y se elevó de las dos terceras partes (66,66%) a las tres cuartas partes (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. (Subrayas fuera del texto).

"El art. 5º del Decreto 1743 de 1966 dice que se toma como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios para la liquidación de la pensión. (Subrayas fuera del texto).

"En estas normas expresamente dijo el legislador que para las pensiones que se re-

conozcan con posterioridad a la vigencia de las mismas, se debe tener en cuenta el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Si por ejemplo, dos trabajadores oficiales en el último año de servicios tienen el mismo salario básico, pero uno de ellos por laborar horas extras y en jornada nocturna recibe mayor remuneración, lo lógico y justo es que al momento de la jubilación, el último reciba una pensión superior, y tal fue el propósito del legislador.

"El art. 5º de la Ley 4ª de 1966 aumentó por una vez, las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la misma hasta el 75% de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente. (Subrayas fuera del texto).

"Y el art. 6º del Decreto 1743 de 1966 más concretamente expresa que para el aumento del 75% se tiene en cuenta la asignación actual, o sea, la correspondiente en 23 de abril de 1966, del cargo o cargos que sirvieron de base para su liquidación.

"Obsérvese que la ley habla claramente de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para su liquidación, es decir, la asignación que tenía el cargo el 23 de abril de 1966, y no del promedio mensual de los salarios devengados durante el año comprendido entre el 24 de abril de 1965 y el 23 de abril de 1966 por un trabajador que tuviera el mismo cargo, y no estableció esto último el legislador, porque equivaldría a beneficiar a un pensionado del trabajo extra realizado por diversa persona, lo que a todas luces no sería equitativo. Y es que el trabajo nocturno, dominical y festivo o las horas extras laboradas y las primas de kilometraje sólo deben beneficiar directamente al trabajador que ha desplegado mayor actividad en sus labores, y por lo mismo, tal sobrerremuneración no aprovecha a los compañeros de trabajo que no se han hecho acreedores a ella".

El recurso extraordinario.

Recibido en legal forma procura el quebrantamiento del fallo del ad-quem para que, en la decisión de instancia subsiguiente, la Corte revoque el de primer grado y en su lugar condene al reajuste demandado, "teniendo en cuenta la asignación que resulte más favorable al recurrente".

Al efecto formula dos cargos, de los cuales solo será necesario estudiar el primero, así:

"Interpretación errónea del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 y art. 6º del Decreto 1743 de 1966, en armonía con el art. 1º de la Ley 6ª de 1945, arts. 1º y 2º del Decreto 2127 de 1945 y 2º de la Ley 65 de 1946".

El recurrente rechaza la exégesis expuesta por el fallador, que excluye del mandato de la ley la asignación variable de quien ejerza el cargo en la fecha a que fue referido el beneficio del reajuste; define con el diccionario de la Academia el vocablo "asignación", acerca del cual no es lícito distinguir entre lo fijo y lo variable; sostiene que "el Tribunal ha desnaturalizado el contenido del artículo 5º de la Ley 4ª, al expresar como propósito del legislador su voluntad de excluir factores remunerativos devengados por otras personas que el pensionado, cuando lo que se propuso fue precisamente incluir en la liquidación del aumento pensional todos los factores remuneratorios, sin excluir ninguno, devengados por otra persona que el pensionado", y concluye que el legislador hizo lo que el fallador dice que no hizo, esto es, "incluir para beneficiar y no excluir para perjudicar, la asignación fija y variable percibida por otra persona distinta del pensionado, para encontrar así la equidad, igualando la cuantía de las pensiones anteriormente reconocidas con la cuantía de las pensiones que se reconocieran a partir de su vigencia, como lo precisó en interpretación auténtica mediante el artículo 2º de la Ley 5ª de 1969.

Se considera:

Según el texto últimamente indicado por el acusador "Para los efectos del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas ki-

lométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. En consecuencia el aumento hecho a las pensiones de jubilación de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 se liquidará tomando como base dicho promedio".

Este precepto, aclaratorio del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, según su enunciado expreso, interpreta con autoridad el sentido de la norma que motiva el sub-lite a estudio de la Corte, en términos que obligan a entender que "la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación" de la pensión de jubilación o invalidez es "el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios", 'en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966", y que las pensiones reconocidas por entidades de derecho público con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1966 se deben aumentar por una sola vez hasta llegar al 75% de la dicha asignación actual, así entendida.

Por lo tanto resulta equivocada la exégesis del fallador sobre el ordenamiento en cuestión y ha de prosperar el cargo en la forma alegada. No obsta a tal conclusión el hecho de que el pensamiento del legislador se haya fijado con posterioridad al fallo del ad-quem, pues éste no se ejecutorió en razón del recurso extraordinario interpuesto y aquél se entiende incorporado en la norma cuyo sentido declara, todo a término de los artículos 14 C. C. y 58 de la Ley 153 de 1887.

En consideraciones de instancia se atiende, además, a que según pieza de folio 24, legalmente producida, el promedio de lo que devengaron los trabajadores, de la misma actividad que el demandante, en el período del 24 de abril de 1965 al 23 de abril de 1966, fue de $ 1.955.74 mensuales, por lo cual le corresponde a Cadavid, a título de jubilación la suma de $ 1.466.80, a partir del 23 de octubre de 1966, según el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, interpretado con autoridad por el artículo 2º de la Ley 5ª de 1969. Es entendido, finalmente, que como el actor ha venido disfrutando de una pensión de $ 620.46, el Departamento de Antioquia cubrirá, en su caso, la diferencia entre esas dos cantidades ($ 846.34) mensuales desde el indicado 23 de octubre de 1966 hasta la fecha en que haya pagado la cantidad de $ 620.46 a título de pensión, en razón del reajuste que se ordena.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley Casa la sentencia recurrida, en decisión subsiguiente de instancia Revoca la del a-quo en el presente negocio y, en su lugar, Condena al Departamento de Antioquia a pagar a favor de Próspero Cadavid G., de las generalidades de autos, una pensión vitalicia de jubilación de un mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con ochenta centavos ($ 1.466.80) mensuales, a partir del 23 de octubre de 1966, en razón del reajuste ordenado por la Ley 4ª de 1966 para la prestación que el demandante venía disfrutando, conforme a la interpretación con autoridad de la Ley 5ª de 1969.

Sin costas en las instancias y el recurso de casación.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 6 de abril de 1970, homologa y en consecuencia declara exequible el laudo de fecha 10 de diciembre de 1969, proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo surgido entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa de Transportes Colombia S. A.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Bogotá, seis (6) de abril de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado Ponente: doctor Miguel Angel García B.).

(Acta Nº 9).

Expediente 3745. Recurso de homologación interpuesto por la Empresa Transportes de Colombia S. A., contra el laudo que dirimió el conflicto laboral surgido entre dicha empresa y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander.

(Se declara exequible el laudo recurrido).

En virtud del recurso de homologación interpuesto por la Empresa de Transportes Colombia S. A., corresponde a esta Sala de la Corte revisar el laudo de fecha diez de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral entre dicha empresa y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander, ambas entidades con domicilio en la ciudad de Bucaramanga.

I

Antecedentes.

El Sindicato de Choferes Asalariados de Santander presentó a la consideración de la Empresa de Transportes Colombia S. A., con fecha 25 de abril de 1969, el pliego de peticiones, aprobado el 6 de marzo anterior por la Asamblea General del mismo, que obra a los folios 1 a 3 del cuaderno Nº 1., tendiente a promover la celebración de una Convención Colectiva reguladora de las relaciones laborales entre la Empresa y los choferes asalariados vinculados a ella.

Quince puntos contiene el pliego de peticiones de los cuales solo el primero tuvo solución en la etapa de arreglo directo; los otros fueron sometidos a conciliación, etapa ésta dentro de cuyo término fue retirado el segundo. El conciliador del Sindicato aceptó el cuarto como lo propuso la Empresa y el quinto sub conditione, mas no fue posible conciliar ninguno de los restantes, por lo que el Ministerio del Trabajo por medio de resolución Nº 1364 de 17 de octubre último, por tratarse de conflicto colectivo de trabajo suscitado en actividades de las que prevé el ordinal b) del artículo 430 del C. S. del Trabajo, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento, acorde con lo dispuesto por el artículo 34 del decreto 2351 de 1965.

Esa resolución ministerial convocó al Tribunal de Arbitramento: (....) "para que estudie y decida el diferendo laboral existente entre la Empresa de Transportes Colombia S. A. y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander (....)".

El Tribunal quedó integrado por: el doctor Julio César Duarte Massey, señor Antonio Beltrán Ballesteros y doctor Francisco Antonio Páez Arenas, el primero por par-

te de la Empresa, el segundo por el Sindicato y el último por parte del Ministerio, al tenor de la resolución 1490 de 10 de noviembre de 1969. El Tribunal luego de su instalación verificada el 17 de noviembre de 1969, después de oír a las partes, de estudiar las documentaciones presentadas por ellas y de requerir las que consideró necesarias, en el curso del término señalado por el artículo 459 del C. S. del Trabajo y 135 del C. P. del Trabajo, prorrogado por el Ministerio a petición de los árbitros y con la aquiescencia de las partes, con fecha diez de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, en tiempo oportuno profirió el siguiente laudo:

"1º La empresa de Transportes Colombia S. A. reconocerá al Sindicato de Choferes Asalariados de Santander como la única entidad sindical con derecho a representar a los trabajadores sindicalizados en los casos de reclamación por despido, sanciones, reglamentos, aplicación e interpretación de la convención colectiva de trabajo. Reconocerá también la asesoría que al Sindicato de la Unión de Trabajadores de Santander "UTRASAN" o aquella federación o confederación a que esté afiliado o se afilie el sindicato.

"2º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 15 de 1959, los contratos de trabajo de los choferes de los buses afiliados a Transportes Colombia S. A., se entienden celebrados con la Empresa, pero para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones el propietario del vehículo será solidariamente responsable con la mencionada sociedad.

"3º La Empresa estudiará las sugerencias sobre modificaciones del reglamento interno de trabajo que le formule al Sindicato de Choferes Asalariados de Santander.

"4º La Empresa no podrá dar por terminados los contratos de trabajo existentes en la fecha del presente laudo sinó (sic) por las causales enumeradas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 o mediante el pago de la indemnización contemplada en el artículo 8º del mismo Decreto.

"5º La Empresa elevará el salario correspondiente al trabajo en domingos y demás festivos, aumentando al veinticinco por ciento (25%) el porcentaje que devengan los choferes asalariados, sin perjuicio del descanso semanal compensatorio que les corresponde. En consecuencia, los choferes devengarán en días ordinarios el 20% de la suma cobrada a los usuarios del servicio y entregada a la Empresa o a la persona que ésta designe y en días festivos el 25% de la suma cobrada a los usuarios y entregada a la Empresa o a la persona que ésta designe.

"6º Cuando por disposición de la Empresa el bus no esté en servicio, su conductor estará obligado a ejecutar las labores de reparación o mantenimiento que ésta le asigne y la Empresa a pagarle un salario de veinticinco pesos ($ 25,00) diarios.

"7º Antes de aplicar una sanción disciplinaria la Empresa dará oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos (2) representantes del sindicato a que pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.

"8º La Empresa liquidará y pagará las prestaciones sociales que le correspondan de acuerdo con la legislación laboral.

"9º La Empresa dará asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en los términos del ordinal 1º del artículo 204 del C. S. T., en caso de accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Esta prestación dejará de estar a cargo de la Empresa cuando el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asuma dichos riesgos.

"10º La Empresa concederá permisos remunerados, hasta por dos días, en casos de grave calamidad familiar debidamente comprobada.

"11º La Empresa descontará del salario de sus trabajadores, con destino al sindicato, las cuotas sindicales y las cuotas por beneficio de la convención, con sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

"12º Las normas del presente laudo se aplicarán a los choferes al servicio de la empresa, afiliados al Sindicato de Choferes Asalariados de Santander. En cuanto a los choferes no sindicalizados se estará a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965.

"13º No se accede a las demás peticiones del pliego presentado a la empresa Transportes Colombia S. A. por el Sindicato Gremial de Choferes Asalariados de Santander.

"14º El presente laudo regirá por el término de dos (2) años a partir de su notificación".

Contra esa resolución interpuso la Empresa de Transportes Colombia S. A. el recurso de homologación que se procede a decidir:

III

Impugnación del Laudo.

El apoderado de la Empresa, en el escrito sustentatorio del recurso, demanda la inexequibilidad de los ordinales **tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno** y **undécimo** como también del **cuarto, décimo** y **duodécimo**. Fundamenta su acusación contra las decisiones del Tribunal en que: (....) (la Empresa) (....) "no es propietaria de ningún vehículo, que tampoco ha recibido ninguno "en administración" y que, en consecuencia, no ha celebrado con ninguno de los conductores de esos vehículos ajenos los contratos de trabajo que el laudo pretende regir. Los patronos de los conductores son, por tanto, los respectivos propietarios de los buses y no **Transportes Colombia S. A.**".

Expone además que: "(...) Estos hechos radicales aparecen confesados por el propio **Sindicato de Choferes Asalariados de Santander** en su pliego de peticiones, y aceptado por sus representantes en las negociaciones directas y en la conciliación. De ahí las peticiones sindicales encaminadas a que la Empresa "establezca y firme contratos de arrendamiento con todos los propietarios de los buses al servicio de las rutas asignadas a la Empresa" (lo cual sería inconcebible si ésta fuera propietaria de tales vehículos) y a que: "los contratos de trabajo existentes y los que lleguen a firmarse (tengan) como únicos responsables a la **Empresa Transportes Colombia S. A.**, representada por su Gerente, quien asumirá el carácter de patrono, y el chofer asalariado, quien asumirá el carácter de trabajador".

"Esas peticiones —dice el recurrente— aunque de naturaleza exclusivamente **Jurídica** y no económica, eran el fundamento lógico ineludible, de las demás pretensiones integrantes del pliego". Y agrega: "(...) El Tribunal de Arbitramento, cuyo ámbito peculiar es el conflicto de intereses o económico, y no el conflicto de derecho o jurídico que corresponde a los jueces togados, rechazó aquellas bases por referirse dice textualmente "a relaciones contractuales de derecho común entre la Empresa y los propietarios de vehículos, socios o afiliados", la primera, y por versar la segunda sobre "asunto definido en la ley". Pero después de tan incontrastables argumentos para desechar las peticiones básicas, el Tribunal decide imponer a la Empresa funciones típicamente patronales que está en incapacidad jurídica de cumplir, respecto de los choferes de buses, contratados y pagados por los propietarios de los buses y no por la Empresa **Transportes Colombia S. A.**".

Y continúa el recurrente: "(...) Los ordenamientos contenidos en los numerales **Tercero, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno** y **Undécimo** de la parte resolutiva del laudo, no le merecerían ningún reparo a mi mandante si se entendieran referidos exclusivamente a sus propios trabajadores, enganchados, contratados y pagados por ella, inclusive a los choferes que **Transportes Colombia S. A.** llegue a contratar para los buses que ella adquiera en propiedad, o que tome en arrendamiento, o que reciba en administración. En ese supuesto, solo objetaría (como ahora también lo hace, desde luego) los ordinales **Cuarto** y **Décimo**, porque aun limitados a sus propios emplea-

dos afectarían derecho y facultades reconocidos a los patronos por las leyes laborales, en especial por los arts. 6 del Decreto Nº 2351 de 1965 y 57, ordinal 6. del C. S. T.".

"Pero si, conforme al numeral Duodécimo del Laudo, las normas del mismo 'se aplicarán a los choferes al servicio de la empresa, afiliados al Sindicato' y a los no sindicalizados en los casos de los arts. 37 y 38 del citado Decreto Nº 2351, la Empresa tiene que objetar todos aquellos otros numerales; porque la expresión 'choferes al servicio de la empresa' utilizada por los árbitros conocedores de que la Empresa no es actualmente propietaria ni arrendataria ni administradora delegada de uno solo de los buses, trata de obligar a la Empresa a desalojar, nadie sabe como, a los propietarios de los bueses de su posición de patronos de los choferes que tienen contratados y que vienen pagando".

"Es, pues, el referido numeral Duodécimo del fallo arbitral, inexequible en sí, el que conduce a la inexequibilidad de los numerales 3, 5, 6, 7, 8 y 11 del Laudo por afectar el derecho de una persona jurídica Transportes Colombia S. A., a no (sic) asumir contra su voluntad las funciones que la ley laboral asigna a los patronos de los choferes de buses (tales como las de elaborar el proyecto de reglamento de trabajo y someterlo a la aprobación oficial; estipular el salario; imponer sanciones disciplinarias, previa audiencia de los inculpados; liquidar las prestaciones sociales; contratar la asistencia médica y hospitalaria en caso de accidentes de trabajo, y descontar las cuotas sindicales), vale decir a los propietarios de esos buses, que tienen celebrados con sus choferes los correspondientes contratos".

III

Consideraciones de la Corte.

El pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander indudablemente reviste un carácter mixto, vale decir que, contiene aspectos de naturaleza económica como también de derecho o jurídicos. Empero, como quiera que, solo el primer punto fue aceptado en la etapa de arreglo directo, retirado el segundo y acordado el cuarto en la etapa de conciliación, quedaron sometidos al juicio del Tribunal de Arbitramento los trece restantes.

En estas condiciones, competía a los árbitros estudiar y resolver en el laudo los dos aspectos del planteamiento.

Este tópico atinente a la doble función del Tribunal de Arbitramento ha sido motivo de estudio de la Corte en varias oportunidades, y por tanto su jurisprudencia sobre el particular dice lo siguiente:

"Marcada la orientación en la materia, se procede al examen de las previsiones legales sobre restricciones al poder de los árbitros. Están contenidas, en lo concerniente al arbitraje obligatorio, en el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo y en el 458 del Estatuto Laboral Sustantivo.

"Dice así la primera disposición en lo pertinente:

"El Tribunal de Casación verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en el caso contrario.

"Si el Tribunal hallase que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que se ordene, si lo estima conveniente la homologación de lo ya decidido".

"Y preceptúa el segundo:

"Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

"Dos son los sistemas de control judicial del laudo que registran las normas legales

transcritas: el primero se conforma al fallo decisorio del conflicto económico o de intereses simples, esto es, a la esfera de las atribuciones del arbitrador; el segundo se atempera al poder de decisión del conflicto jurídico, es decir, al campo de acción del árbitro.

"Las restricciones a los poderes de los árbitros consagradas en los dos cánones legales rigen para el laudo que define el conflicto jurídico emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria, a vista de lo preceptuado en el artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral. Este cuerpo de leyes, promulgado en 1948, separa el laudo que resuelve el conflicto colectivo económico del que decide el conflicto jurídico. Para el primero estableció un control judicial de forma en el artículo 143; para el segundo un control de forma y de fondo en el 142. El Código Sustantivo, promulgado en 1951, sometió el laudo del conflicto económico en empresas de servicio público al mismo régimen previsto para el laudo del conflicto jurídico. La igualdad de tratamiento puede explicarse si se toma en cuenta la modalidad del conflicto mixto, registrado por la jurisprudencia laboral con anterioridad a la expedición del Código de 1961".

"Al tenor de las normas legales en examen, las facultades de los árbitros tienen estas limitaciones: el petitum (Pliego de Peticiones) para el arbitrador; el petitum, la Constitución, la ley y las convenciones colectivas vigentes para el árbitro y para el árbitro arbitrador".

"Son más extensas las limitaciones a los poderes del árbitro en el conflicto colectivo mixto que las establecidas para el conflicto económico o de intereses simples. En el primero el árbitro tiene como límite de sus atribuciones toda la legalidad; en el segundo, los dictados de la equidad. El hecho de que en el primer caso el árbitro deba juzgar secundum ius, esto es, con facultades iguales a las que corresponden a la jurisdicción ordinaria, obliga al juez del recurso de homologación a revisar su actividad en forma análoga a como procede cuando obra en sede de casación". (Gaceta Judicial XCIV, 723 y ss.).

Con estas bases jurisprudenciales, la Sala procede a examinar el laudo recurrido en homologación, habida cuenta de que el impugnador ha acusado de inexequibilidad los ordinales tercero a doce.

Y, como quiera que la convocatoria del Tribunal de Arbitramento a que se refiere la resolución Nº 1364 del Ministerio del Trabajo implicó para los árbitros el ordenamiento de estudiar y decidir "el diferendo laboral existente entre la empresa **Transportes Colombia S. A.** y el **Sindicato de Choferes Asalariados de Santander**", competía necesariamente a ese Tribunal el examen tanto del aspecto económico como del jurídico, que de la misma manera en conjunto estudia la Sala, en cuanto a la providencia arbitral objeto del recurso:

El ordinal primero del laudo contempla exactamente el punto primero del pliego de peticiones, que fue acordado en la etapa de arreglo directo y no era por tanto menester incorporarlo en la parte resolutiva de la providencia del Tribunal de Arbitramento.

El segundo que dice textualmente: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 15 de 1959, los contratos de trabajo de los choferes de los buses afiliados a **Transportes Colombia S. A.** se entienden celebrados con la Empresa, pero para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones el propietario del vehículo será solidariamente responsable con la mencionada sociedad", fue criticado por el impugnador mas no acusado de inexequibilidad, y mal podría haberlo sido cuando los árbitros para dilucidar ese punto, se ciñeron rigurosamente a la letra del artículo que citan.

El tercero, como está anotado ya en esta providencia, fue motivo de acuerdo en la etapa de conciliación (cuarto del pliego de peticiones), pues el conciliador del Sindicato aceptó el planteamiento del de la Empresa, que dice: "La Empresa conservará la facultad de elaborar el reglamento de trabajo de acuerdo con las normas legales. No obstante estudiará las sugerencias que sobre el particular haga el sindicato".

En consecuencia, no era preciso estudiarlo en el arbitramento ni hacerlo parte de la decisión arbitral. Y, por esta razón protuberante, escapa a la impugnación de inexequibilidad y a su examen en esta providencia.

El ordinal cuarto del laudo decidió que: "La Empresa no podrá dar por terminados los contratos de trabajo existentes en la fecha sino por las causales enumeradas en el art. 7º del Decreto 2351 de 1965 o mediante el pago de la indemnización contemplada en el art. 8º del mismo Decreto".

Aquella expresión determinante empleada por los árbitros de "(...) no podrá dar por terminados los con (...) sino por las causales enumeradas en el art. 7º" no vulnera derecho alguno de la Empresa como lo estima el impugnante, pues en tratándose de terminación unilateral y no de las causales de distinta índole señaladas en el artículo 6º del mismo decreto, son exequibles indudablemente las conclusiones del laudo en ese punto.

Los ordinales quinto y sexto del fallo arbitral contienen ciertamente un aspecto económico del conflicto de que aquí se trata. En efecto, la determinación de los árbitros al señalar para los días ordinarios un salario equivalente al 20% de la suma cobrada a los usuarios, fue tomada como deducción, aplicando sin modificaciones el mismo porcentaje ofrecido por el conciliador de la Empresa. Solo que éste propuso un salario de ocho centavos ($ 0.08) por persona movilizada, empero como la tarifa vigente en ese tiempo era de cuarenta centavos ($ 0.40) por pasajero, el veinte por ciento de esta última cantidad resulta exactamente en los ocho centavos ($ 0.08) por pasajero ofrecidos por el mencionado conciliador de la Empresa.

De la misma manera, el laudo señaló un salario de veinticinco por ciento (25%) de la suma cobrada a los usuarios en días festivos, equivalente a los once centavos ($ 0.11) por pasajero movilizado en esos días, ofrecidos como salario por el conciliador de la Empresa, si se tiene en cuenta la tarifa de cuarenta y cinco centavos ($ 0.45) que rige para tales días.

Los arbitradores a quienes compete determinar claramente las cláusulas convencionales que deben regular las relaciones entre las partes en conflicto, sustituyendo en esta forma a éstos en cuanto no pudieron acordar en las etapas de arreglo directo y de conciliación, deben examinar para la solución del conflicto económico, todos los incidentes del proceso, vale decir: los planteamientos de las partes, las propuestas de los conciliadores, y en general todas aquellas ocurrencias de donde puedan concluir con lógica que su juicio es equitativo.

En el caso sub judice, esas apreciaciones de los arbitradores no aparece que conduzcan a una manifiesta inequidad en la solución que por ese aspecto dieron al conflicto de intereses.

Cosa semejante ocurre con lo resuelto en el ordinal sexto, por cuanto si determinaron un salario mínimo de veinticinco pesos ($ 25.00) diarios para los conductores de aquellos buses que no estén en servicio por disposición de la Empresa, como contraprestación los obliga a ejecutar las labores de reparación y mantenimiento que la Empresa les asigne, en esas ocasiones.

Los ordinales: séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo, del laudo, tratan de: sanciones disciplinarias, liquidación de prestaciones, asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria, permisos y descuentos con destino al Sindicato.

Para llegar a la determinación a que llegaron los árbitros en esos puntos, tomaron como fundamento la aplicación directa de lo dispuesto en los artículos 10 del decreto 2351 de 1965, 204, 57 y 400 del C. S. T., este último artículo citado reformado por el artículo 23 del decreto 2351 de 1965, cuyos contenidos vierten en los ordenamientos del laudo, coordinados al caso objeto del arbitramento.

Es decir que, los árbitros, para la redacción de los ordinales precitados tomaron casi textualmente las normas sustantivas laborales, lo que hace que tales soluciones no

puedan considerarse inexequibles, toda vez que, lejos de apartarse de los principios que regulan la materia, se ajustaron a ellos objetivamente.

La parte impugnadora del laudo, señala como espina dorsal de la providencia recurrida en homologación, el ordinal duodécimo en donde se expresa por los árbitros que: "Las normas del presente laudo se aplicarán a los choferes al servicio de la Empresa, afiliados al Sindicato de Choferes Asalariados de Santander. En cuanto a los choferes no sindicalizados se estará a lo dispuesto en los arts. 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965".

Expresa que: los árbitros no obstante ser conocedores de que la Empresa no es actualmente propietaria ni arrendataria ni administradora delegada de uno solo de los buses, empleó la expresión "Choferes al servicio de la Empresa", cuando éstos están al servicio de los propietarios y no de aquélla.

Empero, sobre estos menesteres sabido es que, la ley 15 de 1959 artículo 15, citada por el propio impugnador del laudo, dispone que: "El contrato de trabajo, verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o **afiliados**, serán solidariamente responsables".

Esta sola disposición legal, de por sí despeja el planteamiento, por cuanto ella determina que para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a choferes asalariados del servicio público, el contrato de trabajo verbal o escrito se entenderá celebrado precisamente con la Empresa. Es decir que, sin lugar a dudas, por esos efectos de relación laboral, la Empresa sí es tenida como patrono y los choferes asalariados como servidores de la misma.

Por otra parte, si la Empresa no es propietaria de bus alguno, sí tiene a su cargo la administración de los que se encuentran vinculados a ella, porque esa prerrogativa de indicar la hora de salida, la de llegada de esos vehículos automotores, de control su tiempo por las vías asignadas, de vigilar y controlar también los recaudos hechos a los pasajeros movilizados, para de su monto deducir el porcentaje que corresponde a los choferes asalariados de tales buses, es exactamente función administrativa emanada de la misma vinculación del vehículo a la Empresa por el propietario de éste. Y, es para esa finalidad, para la cual los propietarios de esos automotores, que prestan esa clase de servicio público, los afilian a empresas legalmente constituídas, ya que, los propietarios, individualmente, aisladamente, no pueden prestar esos servicios que tiene reglamentación estatal.

Así que, esa afiliación envuelve para la Empresa típicos actos de administración, aun cuando en el contrato particularmente celebrado con el propietario no emplee exactamente ese vocablo.

Es la actividad a desarrollar por la Empresa y la función correlativa, directamente vinculada a la organización del transporte, con la autorización legal debida dada por las autoridades señaladas para ello, con esa precitada potestad de control del servicio de los buses y de sus conductores lo que le imprime indubitablemente carácter administrativo, aun cuando este no llegue a ser total sino meramente parcial, como bien puede acaecer en determinados casos.

De forma que, el argumento presentado por el impugnador de que: el Ministerio de Fomento ha expedido reglamentación en el sentido de que "Además de los requisitos generales, las empresas de transporte quedan obligadas respecto a los propietarios y conductores de vehículos recibidos en administración a: (...)

"b) Celebrar en calidad de patrono, contrato de trabajo con el conductor del vehículo recibido en administración". Lejos de afectar de inexequibilidad el ordinal citado, lo respalda y le da más eficacia, y no solo al duodécimo sino al segundo, ya que este y aquél guardan necesaria armonía.

Por lo expuesto La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Homóloga y en consecuencia declara Exequible el laudo de fecha diez de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo surgido entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa de Transportes Colombia S. A.

El doctor Pedro Cadena Copete, tiene poder suficiente para representar en este negocio al Sindicato de Choferes Asalariados de Santander de conformidad con el mandato que le fue conferido y que obra en autos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, remítase con el expediente respectivo al Ministerio del Trabajo para los fines legales a que hubiere lugar e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., J. Crótatas Londoño.

Vicente Mejía O., Secretario.

PRESUNCION

La presunción que consagra el artículo 24 del C. S. del T. es simplemente legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril ocho de mil novecientos setenta:

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 18).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Sabina Montañez de Caicedo contra la sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio ordinario de trabajo promovido por aquella contra Manuel S. Montañez, a fin de obtener el pago de las sumas que se probaren por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, descansos en domingos y festivos, indemnización moratoria y las costas del juicio, con base en que le prestó sus servicios, como cocinera y como dependiente en el almacén, desde el 2 de febrero de 1950 hasta el 24 de abril de 1961 y en que nunca le reconoció suma alguna como salario ni por prestaciones, habiéndose limitado a suministrarle ropa y comida.

El demandado negó los hechos en la forma como fueron redactados y afirmó, en cambio, que Gregorio Montañez, hermano suyo y padre de la demandante, llevó a ésta a su casa para que cuidara a su hermana Carmen que estaba aprendiendo sastrería y para que viviera allí como sobrina, pero en ningún caso bajo dependencia contractual o cosa semejante, pues todavía no era hábil para desempeñar ningún empleo. Se opuso, en consecuencia, a la prosperidad de la demanda.

Tramitada la litis, el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, que fue el del conocimiento, la resolvió con absolución total para el demandado; consultada esta sentencia, fue confirmada por el Tribunal Superior de ese mismo lugar por medio del fallo que es materia del recurso extraordinario.

Aspira el recurrente a que se case totalmente la providencia impugnada y que la Corte, en función de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, acceda a las peticiones del libelo inicial.

Al efecto, formula los siete cargos que se van a examinar.

Primer Cargo. — "Acuso la sentencia de violar el art. 23 del C. S. del T. por errónea interpretción del mismo, en relación con los arts. 65, 173, 186 249 y 306 del mismo Código, por falta de aplicación de estos últimos, por lo cual la H. Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, deberá aplicarlos como lo pido, junto con los arts. 27, 147 literal 2, 195 del C. S. T. y artículo 1º del Decreto 3381 de 1949; art. 1º del Decreto 71 de 1950; art. 1º letra C, literal 5, (sic) del Decreto 2214 de 1956; art. 1º del Decreto 118 de 1957 y art. 4º de la Ley 187 de 1959 no aplicados por el Tribunal."

"El quebrantamiento del art. 23, se expresa para demostrarlo, se produjo por desacertada apreciación de tal norma, independientemente de toda cuestión probatoria, pues lo que el Tribunal sustenta es que el art. 23 no es aplicable cuando hace falta la estimación principal del salario, aunque es-

tén reunidos los otros dos pre-requisitos que conforme a dicha norma estructuran el contrato de trabajo, a saber; a) actividad personal, y b) continuada dependencia o subordinación. Esta la opinión del sentenciador de segundo grado:

"Por manera que, forzando la interpretación del transcrito artículo 23 del C. S. del T. pudiera llegarse hasta admitir la ocurrencia (sic) de los elementos señalados en los literales a) y b) mas, resulta imposible fijar el salario atendiendo a las informaciones que suministra el proceso. El salario mínimo que muy de paso se ha alegado, nada soluciona ya que, siendo mínimo, él implica graduación y ésta, lógicamente ha de establecerse considerando diversas circunstancias cuya evidencia no aparece en modo alguno en el caso de autos, sin que el juzgador, de otra parte, pueda en tal cuestión, reemplazar con su criterio el dictamen pericial, ni puede dar lugar a dictar auto para mejor proveer pues sería crear o tratar de crear una prueba, la cual incumbe al interesado."

"De este curioso razonamiento, curiosísimo en verdad, del Tribunal sentenciador, se desprende como proposición fundamental la de que la falta de estimación pericial del salario desvirtúa el contrato de trabajo, así se encuentren reunidos (no "ocurridos" como dice el Tribunal) los otros dos elementos básicos que, lo configuran al tenor del art. 23."

Consideraciones de la Sala:

Ni de la parte del fallo transcrito por el recurrente ni de ningún otro pasaje del mismo, se desprende la equivocada interpretación que predica la censura. No es exacto que el sentenciador hubiese tenido como probada la prestación personal del servicio y la subordinación a que se refiere el art. 23 del C.S.T. y concluído, sin embargo, que no existió contrato de trabajo por no concurrir el tercer elemento que lo caracteriza, es decir, el salario.

La verdad es que el fallador analiza las pruebas allegadas al proceso y si bien conviene en que hubo prestación de servicios y hasta subordinación, no admite que unos y otra tengan su causa en un vínculo contractual laboral, sino en un nexo de índole estrictamente familiar. Y destaca que esas mismas probanzas establecen que no hubo estipulación de salario, pues las partes nunca tuvieron la intención de vincularse contractualmente. Advierte, además, que en los autos tampoco aparece determinado el valor de la pretendida remuneración.

De consiguiente, cuando el Tribunal hace las manifestaciones que aparecen en la transcripción del impugnante, no está admitiendo la existencia de aquellos dos primeros elementos del contrato de trabajo y negando solamente la del último, para concluír de allí que no pudo haber vínculo de esta naturaleza y, en consecuencia, haciendo una exégesis equivocada del artículo 23 C.S.T. Lo que ocurre es que el ad-quem, para abundar, presenta la hipótesis de que estuvieran probados aquellos presupuestos para hacer resaltar que aún así no habrían podido hacerse las condenaciones solicitadas por la demandante, pues, según sus propias palabras, "resulta imposible fijar el salario atendiendo a las informaciones que suministra el proceso". Es decir, que en este terreno hipotético el fallador no niega el contrato, como lo afirma el recurrente, sino que claramente admite la posibilidad de su existencia, pero no encuentra bases para determinar el monto de la remuneración, razón por la cual también se habría visto precisado a absolver. Las demás consideraciones que hace alrededor de este tema, en relación con el salario mínimo y con la facultad para dictar auto para mejor proveer, pueden ser equivocadas, pero nada tienen que ver con el planteamiento que se hace en el cargo.

No fue mal interpretada la norma de que habla la censura y esta, por lo tanto, no prospera.

Segundo Cargo. — "Ataco la sentencia recurrida por ser violatoria de la ley sustantiva del trabajo en su art. 24, por no aplicación de la misma, en relación con los arts. 65, 173, 186, 249 y 306 del C. S. T. que dejó de aplicar el Tribunal, por lo cual pido su aplicación lo mismo que los arts. 27, 147 li-

teral 2, 195 del C. S. del T. y los arts. 1º del Decreto 3381 de 1949, art. 1º del Decreto 71 de 1950, art. 1º letra C., literal 5, (sic) del Decreto 2214 de 1956, art. 1º del Decreto 118 de 1957 y art. 187 de 1959, los cuales no aplicó el Tribunal".

"Este cargo —dice el impugnante— se formula independientemente de toda cuestión probatoria, pues el Tribunal da por sentado, en el párrafo a transcribirse, que la demandante trabajó para el demandado pero de dos circunstancias concomitantes del hecho probado, o sea la prestación del servicio, produce dos argumentos que son las bases de su exégesis legal. Estos dos argumentos (que no las dos circunstancias concomitantes) son totalmente erróneos.

Dice en efecto el Tribunal:

"Según las palabras textuales, no se fijó salario entre las partes. En el mismo sentido se expresan los testigos Dr. José Gabriel Carrillo, Pedro Pabón Chávez, Rafael Gamboa y Marco Tulio Barreto (Co. 1º fs. 18, 19, 24 v. y 25) quienes dan cuenta de que, **desde niña diez u once años hasta cuando tenía veinte, vieron a la actora en casa del demandado trabajando como tendera o en otros oficios domésticos,** pero a ninguno le consta que recibiera salario por ello, ni tampoco que esas actividades fueran permanentes o de tal índole que de manera indubitable fijara la vinculación jurídica requerida para aceptar el contrato de trabajo en todas sus partes."

"Si el Tribunal aceptó que el demandante trabajó para el demandado —continúa expresando el recurrente— ha debido aplicar el art. 24 del C. S. del T. pues toda prestación personal de servicios se presume regida por el contrato de trabajo. Lo que indubitablemente fija la relación jurídica de las partes en el marco de la relación laboral, y le otorga su condición contractual, es la prestación personal de un servicio cuya ocurrencia genera ipso juris el contrato en toda su eficacia."

Se considera:

La presunción que consagra el artículo 24 del C. S. T. es simplemente legal y puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido, o sea que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral, pues quien lo ejecutó no lo hizo con el ánimo de que le fuera retribuído, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación. En el sub-lite —ya se expresó al estudiarse el cargo anterior— el Tribunal encontró demostrado que la actora prestó servicios al demandado, pero al mismo tiempo tuvo como establecido que esos servicios se prestaron dentro de una relación familiar y en razón de ésta, sin intención de recibir en cambio, como contraprestación, un salario.

En tales condiciones, la acusación carece de fundamento, pues por haberse encontrado desvirtuada la presunción, no era el caso de concluír con la norma que se cita como infringida, pues el **ad-quem** tuvo la convicción de que los servicios personales prestados por la actora no eran de los que dan lugar a presumir la existencia del contrato de trabajo.

El cargo no prospera.

Quinto Cargo. — "Acuso la sentencia mencionada por ser violatoria del art. 23 del C. S. del T., por vía indirecta, al no ser aplicado por el sentenciador de segunda instancia, debido al grave error de hecho consistente en no haber considerado plenamente probado, como lo estaba, el contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, el cual se originó en la falta de apreciación de una prueba y en haber dejado de considerar otras pruebas. Lo cual condujo al sentenciador a dejar de aplicar los arts. 65, 173, 186, 249 y 306 del C. S. del T. generadores de los derechos impetrados; art. 1º del Decreto 3381 de 1949; art. 1º del Decreto 71 de 1950; art. 1º letra C. literal 5 (sic) del Decreto 2214 de 1956; art. 1º del Decreto 118 de 1957 y art. 4º de la Ley 187 de 1959, los cuales no aplicó el Tribunal."

En su demostración, el recurrente sostiene que el fallador dejó de apreciar el libelo de demanda, en el cual se pide que, a falta de prueba pericial, se hagan las condenas con el salario mínimo legal; y el acta suscrita en la Inspección de Asuntos Campesinos de Pamplona, en la que el demandado

acepta la prestación del servicio, el tiempo de duración y el pago de salario y prestaciones (sic). Y estimó equivocadamente el documento de folio 28, lo cual explica así:

"De este documento el Tribunal saca la siguiente conclusión: puesto que la dejó como hija de familia, y no como empleada, y el tío la utilizó como empleada y no le acordó la condición y trato de hija de familia, se tiene que no hay contrato laboral. Así que la violación, que el tío, el demandado para el caso, hizo del convenio que obra a folio 28, es transferida a la sobrina, que no violó el convenio sino que fue víctima de dicha violación. Si el tío hubiere cumplido el convenio y en lugar de haber utilizado a su sobrina como empleada la hubiere destinado como hija de familia no habría explotado su fuerza de trabajo, pro domo sua, sino que le habría concedido los beneficios propios de la paternidad: amor, estudio, mejoramiento material y espiritual, etc. El Tribunal considera que son deberes del padre la explotación del trabajo del menor, la frustación de su cultura y mejoramiento, y que la patria potestad es el poder de enriquecerse sin causa a costa del trabajo del menor. No de otra manera pudo razonar el sentenciador al confundir la condición de padre con la de patrono."

Y más adelante expresa:

"Pero donde es más ostensible el error, si se quiere en la cuestión de la estimación del documento visto al f. 28, es en lo atinente al valor puramente probatorio que dicho documento tiene. Ahí sí el Tribunal se llevó de calle toda la conciencia probatoria pues su error consistió nada menos que en dar por bien probado un " convenio" que debió celebrarse en 1949, mediante un documento que se suscribió en 1961, es decir el documento suscrito 12 años después vino a convalidar una situación creada no se sabe en qué circunstancias. El propio documento no dice que este sustituye a otro otorgado 12 años antes, ni que ratifica un convenio celebrado 12 años antes."

Asimismo dejó de estimar —agrega el acusador— las declaraciones de Gabriel Carrillo, Rafael Gamboa, Marco Tulio Barreto y Pedro Pabón Chávez, en las cuales se asevera que la actora trabajó para el demandado como empleada de almacén y en oficios domésticos, y apreció erróneamente la diligencia de inspección ocular, pues lo único que afirma en relación con tal prueba es que no se encontró en esa diligencia partida alguna sobre la actora, para deducir de allí la inexistencia del contrato.

Se considera:

De manera constante y reiterada ha sostenido la Corte, lo mismo que el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, que cuando el ataque se hace por vía indirecta, a causa de error de hecho, debe referirse a todas las pruebas que sirvieron de apoyo a la decisión del fallador, pues si se deja intacto alguno de sus fundamentos el cargo resulta incompleto e ineficaz, por cuanto el fallo queda sostenido por el soporte inatacado.

En el asunto cuestionado, el pronunciamiento del Tribunal está basado, entre otros medios de convicción, y de manera relevante, en el documento de folio 5, según resalta del siguiente pasaje de la sentencia que la Sala considera oportuno transcribir:

"Al pedir audiencia de conciliación (C. 1º fl. 5), la actora manifestó:

"Como se trata de un tío y una sobrina, y por ignorancia de la suscrita de la legislación laboral, yo no le insinué a mi tío la celebración de un contrato, pues ni siquiera le pregunté acerca del sueldo que mi (sic) iría a pagar, y mi tío también guardó silencio absoluto sobre el particular. Acuso que durante el tiempo que estuve al servicio de mi tío él siempre me vistió y me dio de comer."

"Según estas palabras textuales, no se fijó salario entre las partes. En el mismo sentido se expresan los testigos Dr. José Gabriel Carrillo, Pedro Pabón Chávez, Rafael Gamboa y Marco Tulio Barreto (C. 1º fs. 18, 19, 24 v. y 25) quienes dan cuenta de que desde niña, más o menos diez u once años hasta cuando tenía veinte, vieron a la actora en casa del demandado, trabajando como ten-

dera o en otros oficios domésticos, pero a ninguno le consta que recibiera salario por ello, ni tampoco que esas actividades fueran permanente o de tal índole que de manera indubitable fijaran la vinculación jurídica requerida para aceptar el contrato de trabajo con todas sus consecuencias."

Como la dicha prueba no figura entre las que el impugnador señala como dejadas de estimar ni entre las erróneamente apreciadas y constituye fundamento del fallo, deviene ineludible el fracaso de la acusación.

Por lo tanto, ésta se desecha.

Tercer Cargo.—"Violación directa del art. 147 literal 2, del C. S. del T. —Síntesis— Acuso la sentenecia bajo examen de ser violatoria, por vía directa, del art. 147 literal 2, del C. S. del T. por no aplicación del mismo, en relación con el art. 27, 145 y 197 del C. S. del T. que tampoco aplicó, lo mismo que las siguientes normas no aplicadas por el ad-quem; art. 1º del Decreto 3381 de 1949; art. 1º del Decreto 71 de 1950; art. 1º letra C, literal 5, del Decreto 2214 de 1956; art. 1º del Decreto 118 de 1957; art. 4º de la Ley 187 de 1959 y art. 1º de la letra C. literal 5, del Decreto 2834 de 1961, relacionadas a su vez con los arts. 65, 173, 188, 249 y 306 del C. S. del T. que no aplicó."

Cuarto Cargo.—"Violación directa del art. 27 del C. S. del T. —Síntesis— Acuso la sentencia del Tribunal de Pamplona, objeto de este recurso, de quebrantar en forma directa la ley sustantiva laboral, art. 27 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de aplicación de dicho precepto en relación con los arts. 65, 147, literal 2, 173, 186, 249 y 306 del C. S. del T. que tampoco aplicó el fallador de segunda instancia, por lo cual la H. Corte Suprema deberá darles cumplido efecto."

Sexto Cargo.—"Síntesis. La sentencia acusada es violatoria del art. 147 numeral 2, del C. S. del T. en relación con los arts. 65, 173, 186, 249 y 306 del C. S. del T. Todos los cuales dejó de aplicar lo mismo que el art. 1º del Decreto 3381 de 1949; 1º del Decreto 71 de 1950; art. 1º letra C. literal 5, del Decreto 2214 de 1956; art. 1º del Decreto 118 de 1957; art. 4º de la Ley 187 de 1959 y art. 1º letra C. literal 5, del Decreto 2834 de 1961, por grave error de hecho consistente en no haber visto en el juicio el libelo de demanda, lo que llevó al sentenciador a afirmar que el salario mínimo legal solo había sido mencionado a la ligera en el juicio."

Séptimo Cargo.—"Violación indirecta del art. 65 del C. S. del T. —Síntesis—. La sentencia es violatoria del art. 65 del C. S. del T. por violación indirecta originada en el grave y ostensible error de hecho de no haber dado por sentada la mala fe patronal estando ésta presente en los, lo que indujo al fallador acusado a dejar de aplicar el art. 65 del C. S. del T. a una situación procesal que indiscutiblemente le concernía."

Se considera:

De los cuatro cargos que se acaban de enunciar, los tres primeros pretenden obtener condenaciones con aplicación del respectivo salario mínimo, y el último por concepto de indemnización moratoria. Es decir, que todos presuponen la existencia del contrato de trabajo y, como éste fue negado en la sentencia impugnada, su prosperidad estaba condicionada a la de cualquiera de las acusaciones que ya fueron examinadas. Mas como ninguna de aquellas tuvo éxito, tampoco estas pueden tenerlo.

Los cargos, en consecuencia, se rechazan.

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 material del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el día veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS VARIABLES

Considera la Sala que, tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del C. S. del T., que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si éste existió, solo incide durante tres años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Sección Primera— Bogotá, D. E., Abril ocho de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C).

(Acta Nº 14).

Fernando Gaviria, mayor, vecino de Bogotá, presentó demanda contra la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condene a pagarle lo siguiente: sesenta y un mil cuatrocientos setenta y tres pesos con 78/100 m. l. ($ 61.473.78) por concepto de auxilio de cesantía, computada con base en el salario promedio devengado en el último año de servicios, o sea el de $ 14.033.33, cantidad de la cual ha recibido $ 33.219.18 veintiún mil cuarenta y nueve pesos con 98/100 ($ 21.049.98), por concepto de la compensación en dinero de sus vacaciones correspondientes a los años de 1959, 1960 y 1961, suma de la cual ha recibido $ 10.500.00; tres mil ochocientos veinte pesos con 10/100 ($ 3.820.10), por concepto de prima de servicios del segundo semestre de 1961, de los cuales recibió $ 2.064.35; tres mil ochocientos veinte pesos con 10/100 m. l. por concepto de prima convencional, de los cuales ha recibido $ 1.905.55; la indemnización por mora y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda el doctor Fernando Gaviria comenzó a prestar servicios a la Empresa Colombiana de Petróleos desde el 22 de mayo de mil novecientos cincuenta y siete hasta el ocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno, cuando le fue aceptada la renuncia. Su último salario fue de siete mil pesos mensuales, más viáticos y primas convencionales; del 17 y el 28 de junio de 1958, del 30 de agosto y el 8 de noviembre de 1960, del 25 de marzo al 23 de abril de 1961 y del 4 al 28 de junio de 1961, fue enviado por la Empresa al exterior en cumplimiento de funciones específicas, para lo cual se le reconocía la suma de cien dólares diarios para su manutención y alojamiento; en las liquidaciones de prestaciones se tomó como salario base el de $ 7.583.33, sin que en él se computara el valor de los viáticos recibidos para manutención y alojamiento en los Estados Unidos; el ocho de octubre de 1961 le fueron pagadas las prestaciones liquidadas en la forma dicha, habiendo dejado una constancia sobre la forma irregular como se había hecho la liquidación; no obstante las solicitudes hechas por escrito a Ecopetrol y a pesar del concepto que en su favor emitió el Ministerio de Trabajo, la demanda se ha negado a reajustar la liquidación de las prestaciones.

Como fundamentos de derechos invocó los artículos 45, 65, 127, 130, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 7º del Decreto 617 de 1954.

Al contestar la demanda el apoderado de Ecopetrol aceptó los hechos en términos generales, haciendo aclaraciones en torno a

las razones que tuvo su representada para no incluír los viáticos recibidos por el demandante en el cómputo de su salario base para liquidar las prestaciones sociales. Con fundamento en estas razones se opuso a las peticiones contenidas en el libelo y propuso la excepción de pago.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral de Bogotá, absolvió a la Empresa Colombiana de Petróleos de todas y cada una de las peticiones formuladas por el demandante, a quien condenó en costas. Fundamentó el a-quo su decisión en los siguientes hechos y razones: que los viáticos recibidos por el demandante fueron ocasionales y no permanentes; que el doctor Gaviria no presentó prueba alguna destinada a demostrar qué parte de los viáticos correspondían a alojamiento y manutención, que no recibió viáticos en el último mes de servicio, y que su salario era mensual fijo y no variable.

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la alzada, revocó el fallo de primera instancia y en su lugar condenó a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), a pagar al señor Fernando Gaviria las siguientes cantidades de dinero: diecinueve mil setecientos sesenta y un pesos con veintitrés centavos ($ 19.761,23) por concepto de reajuste de cesantía y nueve mil setenta y un pesos con con veinticinco centavos ($ 9.071.25) por concepto de vacaciones; absolvió a la empresa demandada de las demás peticiones y la condenó en el 50% de las costas.

Ambas partes recurrieron en casación. El doble recurso se decidirá previo el estudio de las respectivas demandas y los correspondientes escritos de oposición, comenzando por el recurso del patrón demandado, pues pretende principalmente la casación total del fallo recurrido.

Recurso del patrón demandado.

Pretende la casación total de la sentencia recurrida, para que se revoque la condenación a la Empresa contenida en la sentencia materia del recurso y consecuencialmente se la absuelva de la obligación impuesta en ella de pagar las sumas deducidas a su cargo por concepto de auxilio de cesantía y de compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas. Subsidiariamente pretende que para la liquidación de los excedentes que resultaren a cargo de Ecopetrol, se tenga en cuenta que su determinación cuantitativa debe hacerse a razón de un peso por cada dólar.

Con base en la causal primera de casación formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo.

Violación directa y aplicación indebida del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 130 y 176 del mismo estatuto.

Comienza el impugnador por aclarar que no ha sostenido, como lo afirma el ad-quem, que los viáticos devengados por el doctor Gaviria no pueden considerarse como salarios si están destinados a cubrir los gastos de manutención y alojamiento del trabajador cuando en ejercicio de su cargo u obedeciendo órdenes del patrono se desplaza del sitio habitual de su trabajo, sino que ha considerado que esos viáticos, por no reunir las características de permanente, ni haber sido devengados el último mes de servicios, no pueden tenerse en cuenta ni incluírse para el cómputo del auxilio de cesantía, ya que por su índole de ocasionales no pueden incorporarse dentro de las retribuciones de carácter permanente, ni considerarse como variables, puesto que su monto se establece por una cantidad expresamente fijada en cifras concretas. Insiste en que para efectos del auxilio de cesantía solo puede tomarse como base lo percibido por el trabajador como retribución de servicios en el último mes de salario, como lo ha puesto en práctica la empresa y lo estimó el Juez de primer grado. Cita en su apoyo la jurisprudencia contenida en el fallo del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo dictado el 30 de septiembre de 1955, Octavio Moreno contra Distribuidora Byala, y acla-

ra que aún cuando el fallo de la Corte de 18 de julio de 1957 (sic) aparece favorable a la tesis en que se sustentó la sentencia acusada ello no desvirtúa la jurisprudencia anterior, pues al admitir que no solo se tenga en cuenta el salario fijo del trabajador, sino también lo que a cualquier título implique directa o indirecta retribución ordinaria y permanente de servicios, y al sostener que cuando el trabajador ha recibido primas o bonificaciones que no tienen el carácter de mensuales, el promedio se obtendrá dividiendo el valor de éstas por 12 y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual como base para la determinación de la cesantía, no ha alterado en relación con viáticos la exigencia de que éstos sean devengados en el último mes de servicios para que puedan incluírse en el salario base, a menos que hayan tenido el carácter de permanente. Agrega que los viáticos para servidores oficiales como son los de la Empresa demandada solo tienen el carácter de salario cuando han sido devengados por un período más o menos largo, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Se refiere luego el casacionista a que el reconocimiento de los viáticos ocasionales como salarios podría conducir a establecer situaciones privilegiadas que afectan los principios de coordinación económica y equilibrio social. En relación con el artículo 89 de la Convención Colectiva vigente en la fecha de retiro del doctor Gaviria, dice que en forma terminante acogió la base del último salario mensual para la liquidación del auxilio de cesantía; que el Tribunal invocó en apoyo de su decisión el art. 90 de la misma Convención, según el cual las primas, viáticos y subvenciones constituyen salarios cuando la ley ordena que se tengan como tales, y basado en él se remitió equivocadamente al artículo 130 del C. S. del T., que establece el carácter laboral de los viáticos, pero que la inclusión de ellos para la determinación del auxilio de cesantía solo es admisible legalmente cuando aparezcan devengados en el último mes, o para agregar el promedio de su valor en el último año cuando han tenido el carácter de permanente.

Para el opositor el recurrente hace extensas consideraciones sobre que los viáticos deben tener el carácter de permanente para ser computados en la liquidación de prestaciones sociales, pero no puntualiza la forma como quebrantó el sentenciador los artículos 253, 130 y 176 del C. S. del T., además, continúa el opositor, se refiere el recurrente que el Tribunal basándose en el art. 90 de la Convención Colectiva se remitió equivocadamente el art. 130 del CST., con lo cual hace aparecer al sentenciador dando una interpretación errónea de determinado precepto, pero tal cargo no fue formulado.

Se considera:

El Tribunal dio por demostrado que los viáticos devengados por el demandante estaban destinados para su manutención y alojamiento, y en consecuencia constituían salario, no solo en virtud de lo dispuesto en el art. 130 del Código Sustantivo del Trabajo, sino de lo pactado en la Convención Colectiva en cuya cláusula 90 se dijo: "Las primas, viáticos y subvenciones que recibe el trabajador constituyen factor de salario cuando la ley ordene que se tengan como tales", o sea, dice el Tribunal que "aún convencionalmente, hay que dar aplicación al art. 130 del Código".

No discute el recurrente que los viáticos devengados por el doctor Gaviaria tengan carácter de salario, como expresamente lo reconoce al fundamentar su acusación. Solo que estima que el valor de ellos no debe incluírse en el salario base para liquidar la censantía, por no haber sido permanente ni devengados en el último mes.

Para sustentar el primer argumento se apoya el impugnador en una jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo de enero 18 de 1949, y no de 1959 como erradamente lo señala, y cuyo texto completo dice: "De acuerdo con las normas legales vigentes sobre cesantía, su liquidación se efectúa no solo teniendo en cuenta el salario fijo del trabajador sino también lo que perciba a cualquier otro título que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificacio-

nes, etc. Y cuando el trabajador ha recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas recibidas en el último año de servicios por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual. Así se desprende de lo estatuído por los artículos 2º de la Ley 65 de 1946 y 6º del Decreto número 1.160 de 1947". (Julio Londoño M. contra "A Aristizábal & Cía. S. A.").

Como claramente puede observarse, la referencia que se hace en la jurisprudencia transcrita a "la retribución permanente de servicios", tenía su razón de ser debido a la circunstancia de que cuando ella fue pronunciada se exigía claramente por el parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto 1.160 de 1947 que para incluír en el cómputo del salario base las sumas que el trabajador recibiera a título distinto al salario fijo u ordinario, ellas debían implicar retribución ordinaria y permanente de servicios, y en el parágrafo 2º del mismo artículo dispuso respecto a los viáticos, que debían ser permanentes y causarse por un término no menor de seis meses para considerarse como salarios. Pero ante las normas del art. 130 del Código Sustantivo del Trabajo, que expresamente señala que los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, sin hacer distinción alguna, resulta improcedente exigir que ellos sean permanentes, como lo pretende el casacionista, para que puedan computarse en el salario base para liquidar el auxilio de cesantía de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos, que se rige en sus relaciones laborales por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, como expresamente lo dice el art. 1º del Decreto 2027 de 1951.

En respaldo de su otro argumento, consistente en que los viáticos recibidos por el demandante no pueden incluírse en el cómputo del salario base para liquidar la cesantía, cita el impugnador otro fallo del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo de 30 de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, Octavio Moreno c/. Distribuidora Byala, en la cual se dice, al interpretar el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, que aún en el caso de remuneración variable el supuesto básico que ha de tomarse para liquidar la cesantía del trabajador sigue siendo el último salario mensual devengado por aquél.

Esta interpretación del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que como se dice en el mismo fallo es la aplicación de las normas "en el sentido natural y obvio de sus letras", no ha sido mantenida por esta Corporación en lo relativo a los salarios variables. **Así en providencia de abril veintidós de mil novecientos sesenta y cinco dijo lo siguiente: "Considera la Sala que, tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si éste existió, solo incide durante tres años. Es decir, que el promedio del salario, cuando éste ha aumentado, sirve para liquidar tres años de servicio. Ahora bien, si el promedio de los salarios devengados durante un año, es el que se toma para liquidar los períodos trienales no hay razón alguna para no tenerlo en cuenta cuando el período es inferior a tres años, o para liquidar el último período".** (Hernando Jiménez F. contra Parcelaciones Tunjuelito S. A.).

El ad-quem estimó que el salario devengado por el demandante fue variable por estar constituído con otras remuneraciones distintas a la ordinaria, tal como se desprende de las consideraciones hechas en torno al art. 89 de la Convención Colectiva, que son del siguiente tenor: "como se puede observar, la Convención Colectiva adolece el defecto consistente en no regular la liquidación correspondiente a los salarios variables, cuya posibilidad está admitida tácitamente al señalar en el art. 90 otras remuneraciones que pueden constituír factor de salario cuando la ley así lo dispone". Ante la calificación que hizo el Tribunal del salario del demandante como variable, y que no ha sido desvirtuada en el recurso

que se estudia, pues es una cuestión de hecho a la cual llegó al Tribunal por el análisis de una prueba, como lo es la Convención Colectiva, aplicó debidamente el art. 253 del Código Sustantivo del Trabajo al incluír en el cómputo del salario base para liquidar el auxilio de cesantía lo recibido por concepto de viáticos en el último año de servicios, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, y porque, además, como se dijo anteriormente, no era necesario que ellos fueron de carácter permanente para computarse como salario. En consecuencia, no prospera la acusación.

Segundo cargo.

Violación directa del artículo 7º del Decreto de carácter extraordinario 617 de 1954, sustitutivo del 189 del Código Sustantivo del Trabajo, originada en el error de hecho consistente en haber tomado como base un salario que no correspondió al último devengado por el trabajador, como lo pretende el precepto mencionado.

Dice el impugnador al desarrollar el cargo que aparece claramente demostrado, confesado por el mismo demandante y como consta en la liquidación practicada a la fecha del retiro, que el último salario devengado por el demandante fue el ordinario a que tenía derecho, con la adición de la parte proporcional de la prima convencional, pues en la determinación del valor correspondiente a la compensación de vacaciones no tiene por qué incluírse lo que percibió por viáticos ocasionales o esporádicos en meses anteriores, como lo dice el aparte 2 de la norma señalada como violada; que este salario de acuerdo con la liquidación que obra a folio 2 es de $ 7.583.33, descompuesto así: $ 7.000.00 de sueldo básico y $ 583.33 equivale a la sexta parte de la prima convencional que se considera como parte integrante del salario para efecto de liquidaciones prestacionales, por mandato de la Convención Colectiva. Agrega que si para la cesantía es discutible la inclusión de retribuciones por servicios no realizados en el último mes, no hay razón alguna para involucrar retribuciones constitutivas de salario no causadas durante el último mes, tratándose de compensación de vacaciones.

Se considera:

El recurrente acusa la sentencia de ser violatoria directamente de la ley, a través de errores de hecho, lo que implica una falla en la formulación del cargo, pues como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, en la violación directa de la ley son ajenas las cuestiones de hecho. Más aún cuando pudiera pasarse por alto este error en la formulación del cargo, al referirse el impugnador a las pruebas que según él demuestran el error de hecho que atribuye al ad-quem, no dice si ellas fueron mal apreciadas por éste o no apreciadas, omitiendo así una clara exigencia del art. 87 del Código Procesal del Trabajo. Estas fallas de carácter técnico son suficientes para que el cargo se desestime, como así se declara.

Cargo tercero.

"Infracción indirecta por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el primero del Decreto de carácter extraordinario Nº 311 de 1951, provenientes del error de hecho consistente en haber ordenado la liquidación de los reajustes de la cesantía y las vacaciones con base en el valor de los viáticos causados en dólares, en moneda nacional al cambio oficial y no a razón de un peso por cada dólar como lo ordena la norma sustantiva citada en el último término". Este cargo es subsidiario a los dos anteriores.

Para el impugnador el ad-quem incurrió en error de hecho al estimar que la relación entre el actor y la demandada estaba sujeta a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, prescindiendo de analizar y de tener en cuenta las pruebas que en contra se adujeron al expediente. Dice que la Empresa Colombiana de Petróleos había venido liquidando las prestaciones provenientes de salarios devengados en el exterior en moneda extranjera al cambio oficial como lo demuestra la liquidación que se realizó al expirar el contrato con el demandante, sistema que dejó de poner en práctica a partir de 1962, pues en cumplimiento de órdenes emanadas de la Contraloría General de la República está haciendo esas liquida-

ciones de acuerdo con el Decreto 311 de 1951, dado el carácter de organismo oficial descentralizado que ha tenido la empresa desde su fundación. Hace referencia a la ley 165 de 1948, al Decreto 30 de 1951, reformado por el 2039 de 1946 que contiene los estatutos que la rigen (folio 51), con algunas modificaciones establecidas por el Decreto 3211 de 1959, que obra a folios 91 a 94, y dice que estas disposiciones expresan que Ecopetrol es una empresa oficial, con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial. Agrega que al sustituír a la Tropical Oil Company como patrono, después de la reversión de la Concesión de Mares, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2027 de 1951, que establece que las relaciones de Ecopetrol con sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, para solucionar así las dificultades de orden jurídico social que implicaba el tránsito de la dependencia particular a oficial. Pero insiste en que siendo oficial la Empresa demandada, sus trabajadores están sujetos a las normas legales sobre servidores públicos, en cuanto aquellas no estén contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, como sucede con el artículo 1º del Decreto 311 de 1951. Dice, por último, que "El error de hecho consistente en no haber considerado ni tenido en cuenta los elementos probatorios a que me he referido fue el que indujo al Tribunal a desechar de plano la petición subsidiaria a que me he referido".

Refiriéndose al art. 135 del C. S. del T. manifiesta que el Tribunal lo aplicó erróneamente, pues dicha norma se refiere exclusivamente a pago de salarios en moneda extranjera, pero nada indica en cuanto a liquidación de prestaciones, vacío éste que llenó el artículo 1º del Decreto 311 de 1951, cuya aplicabilidad es ineludible en el caso en litigio por tratarse de un trabajador a contrato de un organismo completamente oficial.

Para el opositor en la formulación de este cargo se ha vinculado el concepto de interpretación errónea a la cuestión de hecho, lo que por sí solo impide la estimación del cargo, aparte de que carece de desarrollo, pues las consideraciones que en él se exponen se refieren a la Concesión de Mares y a los Decretos expedidos para regular los vínculos entre la empresa y sus trabajadores.

Se considera:

Como lo anota el opositor, en el cargo que se estudia se vincula a la interpretación errónea de la ley, forma de violación directa, con una cuestión de hecho, lo que es contrario a la técnica de casación. Además, en cuanto a la aplicación indebida por vía indirecta, el error de hecho que se le atribuye al Tribunal se hace derivar de la ignorancia del ad-quem de leyes y decretos nacionales, que no tienen el carácter de pruebas,por lo cual su desconocimiento o interpretación errónea constituirían una violación directa de la ley, pero no una violación indirecta a través de errores de hecho, que solo se originan en la no apreciación o errónea apreciación de las pruebas. Por estas razones se rechaza el cargo.

Recurso del trabajador demandante.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la sentencia recurrida sea casada parcialmente "en cuanto al literal a) que se refiere al reajuste de cesantía, y en cuanto a la absolución relacionada con la indemnización por mora en el pago, confirmándosela en lo demás; y a que, en función de instancia, la H. Sala aumente la condenación por reajuste de cesantía en $ 3.019.39, o sea hasta un total de $ 22.780.62, y condene a la indemnización por mora, a razón de un día de salario ($ 434.92) por cada día de mora desde la terminación del contrato hasta el pago de la deuda laboral".

Con base en la causal primera de casación laboral formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

"**Primer cargo.** — Por vía directa, y por aplicación indebida, los arts. 249 y 253 del CST, en relación con los arts. 127, 128 y 130 ibídem. Independientemente de las cuestiones de hecho, pues el sentenciador parte de

la base de que el promedio devengado por el actor en el último año de servicios, por concepto de viáticos, fue de $ 5.464.18, lo que da un último promedio mensual de $ 13.047.51, al efectuar las operaciones para investigar el valor insoluto por cesantía incurre en el error de aplicación (no simplemente aritmético) de no multiplicar ese último promedio por cuatro sino por tres. Y de conformidad con el art. 253, la retrospectividad de tres años se opera "durante los tres años anteriores a la fecha de cada aumento". Obviamente, cuando se trata de promedios, se supone que en el último promedio mensual se ha devengado uniformemente desde el primer día de ese último año, y no apenas desde el último día de ese mismo año. En consecuencia, si los tres años se computan hacia atrás, desde el primer día del último año, habrá que multiplicar ese último promedio por cuatro y no por tres: o sean tres años anteriores a la fecha del último aumento y un año posterior a esa misma fecha, que es la inicial del último año. Al no hacerlo así, el sentenciador incurrió en equivocada aplicación de las normas sobre cesantía (a. 249 y 253) en relación con las que definen el salario y hacen de los viáticos un factor de los mismos".

Para el opositor no hay razón valedera para la reforma tendiente al aumento a que se contrae el cargo, pues no aparece que el doctor Gaviria hubiera tenido aumento alguno en su salario básico que permita el reajuste que se pretende.

Se considera:

Como ya se dijo al estudiar el cargo primero de la demanda de casación formulada por la empresa demandada, el Tribunal consideró que el salario del demandante era variable y este aspecto del fallo no ha sido desvirtuado en el recurso.

Ahora bien: el salario promedio mensual que se obtiene al darle aplicación al inciso 2º del art. 253 del C. S. del T. es una cifra imaginaria; la ley establece la ficción de que ese fue el salario que recibió el trabajador en cada uno de los meses del respectivo año, o sea, como bien lo dice el impugnador, que fue devengado desde el primer día de ese año. De tal manera que para efectos de la retrospectividad establecida en el mismo art. 253 del C. S. del T., debe partirse de la base de que el aumento, si él aparece luego de hacer la comparación con el salario promedio mensual del año inmediatamente anterior, se produjo desde el primer día del correspondente año.

Sentado lo anterior se observa que el año en que se produjo el aumento, o sea el último de servicios, está comprendido entre el 8 de octubre de 1960 y el 8 de octubre de 1961, lo que indica que los tres años de retrospectividad deben contarse desde la primera de las fechas iniciales hasta el 8 de octubre de 1957, y no hasta el 8 de octubre de 1958, como lo hizo el Tribunal, por lo cual aplicó indebidamente el artículo 253 del C. S. del T. En consecuencia prospera el cargo y la sentencia será casada en lo referente a la cuantía de la condena por reajuste del auxilio de cesantía, cuyo valor será fijado de acuerdo con las consideraciones de instancia que más adelante se harán.

Segundo cargo. — "Por vía indirecta, y por falta de aplicación, el art. 65 del CST, infracción a la que llegó el sentenciador por haber incurrido en evidentes errores de hecho por errada apreciación de unas pruebas. Como infracción de medio, dejó de aplicar también el art. 10 de la ley 58 de 1946 y los arts. 70, 71 y 72 de la Resolución Nº 1.700 de 1957, de la Contraloría General de la República, que desarrolla y reglamenta dicha disposición legal, y aplicó indebidamente el art. 64 del C. C. Los errores de hecho son: a) Dar por establecido, sin estarlo, que la empresa estuvo imposibilitada para pagar lo debido al actor, por una fuerza mayor o un acto de autoridad; b) No dar por establecido, estándolo, que la empresa reconoció deber al actor, por cesantía y vacaciones, una cantidad muy superior a la que pagó; c) No dar por establecido, estándolo, que al no hacer el pago total de lo que sabía la empresa que adeudaba al actor, pretextando la oposición del funcionario de la Contraloría General de la República, como si no existiera la facultad de "insitir" en la orden de pago objetada, y al aducir durante el juicio argumentos distintos (como el de que en los viáticos se incluían gastos de re-

presentación, o el de que los viáticos ocasionales no constituyen salario, etc.), obró de mala fé".

Dice el recurrente que el sentenciador descarta la mala fe de la empresa al demandar el pago de lo debido, con base en que la oposición del opositor la imposibilitó para pagar, pero que no tuvo en cuenta que el art. 1º de la ley 58 de 1946 autoriza expresamente esos pagos, no obstante el veto de la Contraloría, con el solo requisito de "insistir" por escrito en el giro vetado, facultad que la Resolución Nº 1.700 de 1957 extiende a las dependencias o entidades que los Auditores controlan por delegación; que la falta de aplicación de las citadas normas condujo al ad-quem a considerar que hubo buena fe en Ecopetrol cuando se abstuvo de "insistir" en la orden de pagar al actor la totalidad de sus vacaciones y cesantías; y que como el art. 64 del Código Civil define la fuerza mayor como el "imprevisto al que no es posible resistir,... como... los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público", resulta que cuando esos actos de autoridad no son irresistibles sino que pierden toda eficacia entre la sola insistencia, la aplicación de esta última norma es también indebida.

Además, continúa el impugnador, "los cambios de posición de la empresa para cohonestar su mora en el pago de lo debido, aparecen de manifiesto en los autos; pide mañosamente un concepto del Ministerio del Trabajo, provocando la respuesta negativa; al fin reconoce deber computar los viáticos como salario, ante un nuevo concepto de los funcionarios del trabajo. Ese reconocimiento llega hasta la orden de pagar. Pero se detiene ante el primer levísimo obstáculo: la objeción del Auditor, y resuelve no hacer uso de la misma facultad que usa a diario: la de "insistir" en la orden de pago. Finalmente, su vocero judicial resuelve inventar el pretexto de que los viáticos ocasionales no son salarios, aparentando ignorar el mandato específico del art. 130 sobre viáticos, o fingiendo confundir esa norma especial con lo previsto sobre "primas" en los arts. 127 y 128 del mismo Código Laboral. Para acogerse por último a la teoría de que en los viáticos del actor iban involucrados los gastos de representación. Esos cambios de postura, ese olvidarse del veto del Auditor para idear los más distintos y contradictorios argumentos que le impiden el pago de lo debido, no evidencian la mala fe?".

Para el recurrente las pruebas equivocadamente apreciadas son: "la demanda y la contestación (pues en esta última no se invoca la intervención del Auditor, sino el hallarse con los viáticos involucrados los gastos de representación y la tesis de que los viáticos no son salario); las declaraciones de los doctores Rafael Espinosa (f. 27 a 29) y Jaime González (f. 30 a 34); la inspección ocular (fls. 35 a 50); las fotocopias de la cuenta del actor (f. 44) el memorandum de f. 52 ("no podemos hacer más nada..."); la nota de rechazo del Auditor (f. 53); los conceptos del Ministerio del Trabajo (fls. 55 a 59) y (60 a 64); las declaraciones de los doctores Miguel de Pombo (fls. 75 a 78, cuyo interrogatorio insinuaba las respuestas, y quien cayó en las preguntas) y Alberto Lamus Cáceres (f. 82 a 85), quien trae por primera vez el argumento del rechazo del Auditor, y la liquidación visible al f. 2 del expediente".

Termina así el impugnador: "Si la ignorancia de la ley no sirve de excusa; si se demostró en la inspección ocular que los viáticos del actor nada tenían que ver con gastos de representación; si la ley 58 de 1946 y la Resolución reglamentaria de la Contraloría facultan a los ordenadores para hacer pagar lo que creen deber, mediante la simple insistencia por escrito, aunque los Auditores se opongan; y si **Ecopetrol** sabía y sabe que debía y debe al actor las cantidades que maliciosamente se abstuvo de pagar, es claro que la absolución por indemnización moratoria entraña una falta de aplicación del art. 65 del CST., que es el pertinente a tales casos".

Se considera:

El artículo 10 de la ley 58 de 1946 dispone que el "Contralor General se abstendrá de refrendar giros que ordenen gastos que no están autorizados por la ley, pero si el ordenador insiste el gasto se verificará bajo la responsabilidad del mismo ordenador a

quien se harán las glosas correspondientes". Como puede verse, esta norma faculta a los ordenadores para insistir ante la Contraloría General para la efectividad de gastos que a juicio de ésta no están autorizados por la ley. Pero el no ejercicio de esta facultad no implica mala fe por parte del ordenador, no solo por ser discrecional, sino por cuanto su ejercicio acarrea responsabilidad personal para quien insiste, por lo cual no es posible exigirle que obre en su propio perjuicio. De ahí que el Tribunal no incurrió en error de hecho al estimar que Ecopetrol quedó exonerada de responsabilidad al poder efectuar el pago por fuerza mayor consistente en el hecho de un tercero, como lo es para el ad-quem el auditor Fiscal por ser un "funcionario extraño a ella en cuanto hace referencia a su nombramiento y dependencia" y porque la ley 151 de 1959 establece la vigilancia de la Contraloría General para las entidades oficiales, y el art. 1º del Decreto 1998 de 1955 la establece concretamente para Ecopetrol.

Cuanto a los hechos que el impugnador denomina como "cambios de posición de la empresa para cohonestar su mora en el pago de lo debido", ellos son calificados por el impugnador según su personal apreciación como constitutivos de mala fe, pero pueden ser demostrativos también de que la empresa dudó razonablemente sobre la cuantía exacta de sus obligaciones y que por ello consultó al Ministerio del Trabajo, habiendo ordenado el pago una vez que llegó al convencimiento de la existencia del derecho reclamado por el trabajador, que no pudo realizarse por la objeción de la Contraloría General.

Al no demostrar el impugnador el error de hecho que le atribuye al Tribunal de no haber dado por demostrada la mala fe de la empresa demandada, el cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.

El salario promedio mensual del año comprendido entre el 8 de octubre de 1960 y el 8 de octubre de 1961 fue de $ 13.047.51 y el salario promedio del año inmediatamente anterior obtenido por el ad-quem ascendió a $ 10.028.12. Con base en estos dos salarios se liquidará el auxilio de cesantía así:

Período del 8 de octubre de 1961 al 8 de octubre de 1960, a razón de $ 13.047.51, último salario devengado ..... $ 13.047.51

Período del 8 de octubre de 1960 al 8 de octubre de 1957, a razón de $ 13.047.51, retrospectividad de tres años del último aumento ..... $ 39.142.53

Período del 8 de octubre de 1957 al 22 de mayo de 1957, a razón de $ 10.028.12, retrospectividad del penúltimo aumento $ 3.786.18

Total del auxilio de cesantía $ 55.976.22

Como el trabajador demandante recibió la suma de $ 33.219.18, el reajuste del auxilio de cesantía a que tiene derecho asciende a $ 22.757.04. Al casar la sentencia de segunda instancia en este punto, se revocará la de primer grado en lo pertinente para condenar a la empresa demandada a pagar al demandante la suma que se ha obtenido.

Conviene aclarar que al hacer la liquidación de cesantía no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 118 de 1957, por haberse abolido la "congelación" allí establecida, en la Cláusula 89 de la Convención Colectiva vigente entre Ecopetrol y el Sindicato Unión Sindical Obrera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto en su literal a) de la parte resolutiva condena a la Empresa demandada a pagar al demandante la suma de diecinueve mil setecientos sesenta y un pesos con veintitrés centavos ($ 19.761.23), y en función de instancia revoca la de primer grado en la parte que absuelve a la demandada de la petición sobre auxilio de cesantía, y en su lugar condena a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), a pagar al doctor Fernando Gaviria la suma de veintidós mil setecientos cincuenta y siete pesos con 04/100 por concepto de reajuste de cesantía. No la casa en lo demás. Costas del recurso a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

INTERES PARA RECURRIR

La Corte, por providencia de 10 de abril de 1970, declara BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por A & B Reyes Ltda. contra la sentencia proferida el 28 de Noviembre de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Isabel Mariño de Ramírez, contra la Sociedad recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. Bogotá, D. E., diez abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 11).

A & B Reyes Ltda., mediante apoderado, recurre de hecho ante esta Sala contra el auto por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le negó la concesión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada el 28 de noviembre de 1969 en el juicio seguido por Isabel Mariño de Ramírez. Su disentimiento lo sustenta diciendo:

"Estimo que el recurso por mí interpuesto es viable toda vez que el interés jurídico de la parte demandada es muy superior a $ 50.000.00, sobre todo si se tiene en cuenta que las condenas proferidas por el ad quem asciende hasta la fecha a suma mayor de $ 30.000.00 y que hay, además, una condena en cuantía indeterminada por indemnización moratoria, que bien puede llegar a cantidades muy superiores, a lo cual se agrega la condena en costas de segunda instancia, que obviamente acrece el monto de las condenas a cargo de mi mandante".

La Sala, para resolver, considerada:

El Tribunal mencionado confirmó su negativa de conceder el recurso, arguyendo:

"Como en el presente caso las condenas decretadas por el Tribunal ascienden a $ 26.212.14, es decir, una suma inferior a $ 50.000.00 en que fija como interés mínimo para recurrir en casación el artículo 15 de la ley 16 de 1968, no se accederá a la reposición solicitada".

Y hechos por la Sala los respectivos cálculos aritméticos, resulta que el del ad quem es evidente, como pasa a probarse:

Las condenas que aparecen en la sentencia objeto del recurso son las siguientes:

1) por reajuste de salario ....$ 3.112.30
2) por auxilio de transporte ..$ 644.00
3) por concepto de cesantía...$ 3.697.43

que arrojan un total de .....$ 7.453.73

A ésto hay que agregar el monto de la indemnización moratoria, que el recurrente afirma ahora que "es de cuantía indeterminada"; pero que él mismo en memorial de 18 de diciembre de 1969 (fs. 35, 36 y 37 de las copias), con el que interpuso el recurso denegado, calculó en $ 21.829.92, diciendo:

"El Tribunal condenó a la demandada a pagar a la señora de Ramírez la suma de $ 18.69 diarios, a partir del 21 de septiembre de 1966, condena que hasta la fecha asciende a la cuantiosa cantidad de $ 21.829.92".

En consecuencia, la suma de aquellas condenas y de ésta, dan el siguiente guarismo: $ 29.283.65, que en forma alguna se aproxima siquiera al requerido por la ley para la viabilidad del recurso extraordinario de casación.

Solicita, en subsidio, el recurrente "la intervención de un perito designado por la Sala y encargado de determinar la cuantía del interés jurídico de la sociedad demandada para todo lo relacionado con el recurso de casación que le ha sido negado por el Tribunal de instancia".

A esta petición no puede accederse por dos motivos: en primer término es al respectivo Tribunal, "antes de conceder el recurso" (subraya la Sala) a quien facultad el artículo 92 del C. P. del T. para designar el perito que estime la cuantía, y, en segundo, el nombramiento de dicho experto solo procede, de acuerdo con la misma norma, "cuando haya verdadero motivo de duda acerca de ese punto" y de lo que acaba de exponerse aparece clara y no dudosa la insuficiencia del interés para recurrir por parte de la demandada.

En mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, declara BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio.

Comuníquese a la corporación ad quem para los fines del artículo 514 del C. J.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese estas diligencias.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SENTENCIA DEFINITIVA

La sentencia definitiva que admite el recurso de casación, es solamente aquella que se identifica en su carácter final en la decisión de fondo que haga tránsito a cosa juzgada sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril once de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 19).

Reneta Rosado de González y María Luisa González de González, invocando la primera su carácter de cónyuge supérstite del señor Eduardo González Franco y la segunda el de hija del mismo, otorgaron poder a abogado inscrito para obtener sentencia de condena contra **la Empresa Pan-American Life Insurance Company,** a cuyo servicio falleció el señor González Franco. En desarrollo de este poder se demandó a la compañía ya citada pidiendo fuera condenada a pagar a la Sra. Rosado de González y a doña María Luisa González, el saldo de cesantía correspondiente a González Franco, por todo el tiempo servido, equivalente a la suma de $ 235.000.00, o cuanto más se probare; el saldo del seguro de vida que correspondía a aquel, en la cuantía que se demuestre en el juicio; el reajuste de las primas de servicio que se adeuden y el de la compensación por vacaciones causadas; el valor por conceptos de bonos de persistencia de agentes y de persistencia distrital; las primas de renovación, según lo pactado en los contratos que celebró la Empresa con el señor González Franco, especialmente en la Cláusula 7ª del inicial; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, que hasta la fecha de la demanda ascendía a la cantidad de $ 342.000.00 a razón de $ 600.00 diarios, y, adicionalmente, cualquier derecho a salario, otras prestaciones o indemnizaciones que se demostraren.

Conoció del juicio el Juzgado 3º Municipal del Trabajo de Barranquilla, el que rituada la primera instancia, profirió sentencia el 10 de mayo de 1969, en la cual declaró probada en parte la excepción de prescripción alegada (numeral 1º): Condenó a la Pan-American Life Insurance Company a pagar a las demandantes las sumas de $ 145.819.67 por cesantía (numeral 2º), los salarios caídos a partir del día en que cesaron las labores del ex-trabajador, hasta aquel en que se verifique el pago respectivo, y a razón de $ 5.000.00 mensuales (numeral 3º) y absolvió a la Empresa demandada de los demás cargos del libelo (numeral 4º), e impuso las costas a la parte vencida (numeral 5º).

Los apoderados de las partes interpusieron en tiempo recurso de apelación para ante el **Tribunal Superior de Barranquilla,** el cual les fue concedido por auto de 16 de mayo de 1969.

El Tribunal **ad-quem,** luego de hacer un recuento de los hechos de la demanda, de las pretensiones de la misma y de la resolución del Juzgado, se expresó así:

"La redacción del Art. 258 del C. S. del T. establece la receptividad de los herederos del trabajador respecto del auxilio de cesantía y del seguro de vida colectivo obligatorio.

La circunstancia de constituír la cesantía un derecho patrimonial del trabajador, que como tal se encuentra sujeto al curso propio en el orden jurídico, de todos los elementos del patrimonio de la persona humana al ocurrir el suceso de la muerte, nos hace ver con suma claridad cómo tales derechos deben fluir hacia el heredero, o hacia el patrimonio de éste, a través del ente jurídico denominado herencia, de cuya consideración surge la verdad jurídica de que quienes se crean con derecho a percibir bienes patrimoniales de quien ha muerto ha de lograrlo únicamente a través de la herencia de su causante, y por ello la petición del causahabiente debe ser enderezada hacia obtener para la herencia a efectos de que ella en el curso normal establecido en el derecho llegue al heredero".

"En el asunto que nos ocupa se presenta con suma claridad la siguiente petición: 2º) Que se condene a pagar a Pan-American Life Insurance Company y a favor de mis mandantes mencionados las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones, correspondientes al señor Eduardo González Franco, que son... "Sin ningún esfuerzo de comprensión resulta evidente que la demanda que ha dado base a este juicio está encaminada a pedir para las señoras Reneta Rosado vda. de González y María Luisa González de González prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones que de acuerdo con los términos de la demanda deberían pasar directamente del Patrimonio de la empresa Pan-American Life Insurance Co., al patrimonio de quienes se consideran acreedoras de tales derechos. Tal forma de pedir, incide para violar sus textos y el espíritu de las normas, en lo establecido por los Artículos 258 del C. S. del T. y 1008, 1226, 1230, 1239 y normas concordantes del C. C. las cuales solo han de mencionarse y no es preciso estudiar en esta providencia, aparte de esbozar el entendimiento que de ellas se tiene en el sentido de que ningún bien o derecho puede pasar, una vez muerta una persona a sus causahabientes, señalados en la ley o en el testamento, sino a través de su herencia. Siendo que el sentido de la petición transcrita es el de que se pague directamente a quienes se dicen herederos, resulta indebida la petición, pues el cauce legal para ese fenómeno ha debido ser la petición para la herencia de don Eduardo González Franco, con el fin de que desde ella y de acuerdo con las normas del Art. 258 en relación con lo pertinente del libro 3º del C. C. se adjudicara a las interesadas el derecho o cuotas que de acuerdo con la ley, les hubiere de corresponder en tales prestaciones, salarios e indemnizaciones etc."

Y luego agrega:

"La forma errónea o indebida de pedir en la demanda que ha sido base de este juicio, debe dar lugar a que en él no pueda ser examinado el fondo del asunto planteado a la justicia, (subraya la Sala) puesto que en tal demanda no se pide para quien debe ser de acuerdo con la ley el recipiente de los posibles derechos del señor Eduardo González Franco sino para personas diferentes". (Folios 27 y 28, Cdo. Nº 5).

Con fundamento en estas razones y en lo expuesto en jurisprudencia de la Corte de "30 de abril de 1937, C. J. Tomo XLV, Nº 1924, página 114", concluye el Tribunal, en su parte resolutiva, así:

"Revócase la sentencia apelada y en su lugar se declara probada la excepción perentoria temporal, de petición de modo indebido". Contra esta providencia, que lleva fecha de 20 de enero de 1970, interpuso recurso de casación el apoderado de las demandantes, y le fue concedido por auto 2 de febrero del presente año.

En el trámite del recurso corresponde a la Sala decidir si este es o no admisible de conformidad con la prescripción del artículo 59 del Decreto 528 de 1964.

Se considera:

De acuerdo a la transcripción subrayada por la Sala que hizo el Tribunal, aparece en forma nítida que el sentenciador se abstuvo de estudiar el fondo del negocio y por consiguiente las súplicas del libelo, ya que entendió y así lo expresó, que los demandantes habían pedido para ellos lo que de-

bían pedir para la sucesión del señor González Franco.

No resolvió el Tribunal en forma definitiva sobre la controversia que constituía la materia del juicio, o sobre lo principal de éste, y por consiguiente, la resolución a que se refiere el recurso, no es de aquellas que conforme al artículo 466, ordinal 1º del C. J. pueden estar sujetas al recurso extraordinario de casación, según lo tiene y definida la jurisprudencia de esta Sala.

En este sentido la Corte ha dicho:

"Para que una resolución judicial tenga el carácter de sentencia se requiere que decida 'definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de ésto', según los precisos términos del artículo 466 ordinal 1º del Código Judicial;

"Que, consecuente con el anterior ordenamiento, una inveterada jurisprudencia, tanto de la Sala Civil, como de la Sala Laboral de la Corte, no concede el rango de sentencias definitivas susceptibles de ser recurridas en casación a todas aquellas providencias, que aún teniendo la apariencia formal de una sentencia, se abstienen de hacer pronunciamiento sobre el mérito intrínseco de las pretensiones deducidas en juicio;

"Que la sentencia definitiva que admite el recurso de casación es, en consecuencia, solamente aquélla que se identifica en su carácter final con la decisión de fondo que haga tránsito a cosa juzgada sustancial, no encontrándose entre las de este tipo las que declaran la existencia de excepciones perentorias temporales, ni menos aún las que determinan la abstención del fallador por carencia de presupuestos procesales (Cfr. G. J. Tomo 49. 509; G. J. Tomo 60, 143; G. J. Tomo 69, 333; Auto, 14 de junio de 1952, Derecho del Trabajo, vol. XVI, números 91-92, pág. 33. Sentencia 17 julio 1953, Derecho del Trabajo, vol. XVIII, números 105-108, pág. 35) "(Proveído de Octubre 15/68, Acta Nº 41)."

Las consideraciones hasta aquí expuestas indican que el Tribunal de Barranquilla (al conceder el recurso extraordinario de casación no tuvo en cuenta que su resolución careció del carácter definitivo indicado por la ley, por tanto) concedió en forma indebida el recurso interpuesto por la parte demandante.

En mérito de los razonamientos que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no admite el recurso extraordinario interpuesto por el apoderado de los demandantes, contra la resolución proferida por el **ad-quem** de fecha 20 de enero de 1970.

Notifíquese, cópiese e insértese en la "Gaceta Judicial".

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de abril 11 de 1970, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral pronunciado el 23 de febrero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor de Santander y la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda. Copetrán.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., once abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 11).

El Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander presentó pliego de peticiones, contentivo de nueve (9) puntos, a la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., COPETRAN, el 30 de agosto de 1969, pliego cuya tramitación durante las etapas de conciliación y arreglo directo se efectuó conforme a la ley; pero sin resultado positivo alguno.

Por ésto, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social convocó el Tribunal de Arbitramento obligatorio, mediante Resolución número 1596 de 1º de diciembre de 1969, que quedó integrado por los señores Ricardo Cancino González, en representación del mismo Ministerio, Camilo Gómez Serrano, como representante de Copetrán, y Guillermo Archila Ramírez, en representación del Sindicato.

Luego de largas deliberaciones, que lo llevó a solicitar la prórroga que por diez días más le concedió el Ministerio en Resolución 0189 de 18 de febrero de 1970, el Tribunal profirió fallo arbitral el 23 de los mismos, por mayoría de votos, contra el cual interpuso recurso de homologación, legalmente concedido, el personero del Sindicato.

Procede, pues, la Sala a decidir dicho recurso, previa transcripción de la parte fundamental del Laudo sub-judice,, cuyo tenor es el siguiente:

"Ahora bien, de acuerdo con lo establecido el art. 15 de la ley 15 de 1959 "El contrato de trabajo, verbal o escrito, de los choferes asalariados, del servicio público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables". Y el artículo 12 del Decreto Reglamentario de dicha ley (número 2681 de 1968), en lo tocante al mismo aspecto dice:

"Los vehículos destinados al transporte, que no sean de propiedad de la empresa, deberán ser vinculados a ella por sus respectivos dueños mediante contratos de arrendamiento o mandato, que no podrán tener una vigencia inferior a un (1) año".

"Se establece pues, en las normas antes citadas una efectiva solidaridad entre los dueños de los vehículos afiliados a la empresa transportadora, sea cooperativa o no, para efecto de responderle a los choferes asalariados, por sus salarios, indemnizaciones y prestaciones, pero en manera alguna se les impone a dichas empresas, la obligación de celebrar directamente con tales trabajadores asalariados, el contrato individual de trabajo.

"Y esta obligación se hace aún menos perentoria y precisa, cuando, con en el caso sub-judice, los contratos de asociación o afiliación, de los socios de la cooperativa, constituyen verdaderos contratos de mandato y no de arrendamiento de los vehículos, empleados en la operación del transporte.

"Es conveniente aclarar de una vez que la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda. —Copetrán— no tiene ni ha tenido nunca vehículos propios o arrendados para cumplir su función de empresa transportadora.

"Si la intención del legislador hubiera sido la de imponer a las empresas de transporte la obligación de contratar directamente los servicios de los choferes asalariados, lo habría dispuesto así clara y perentoriamente, sin eufemismos ni reticencias, pero ocurre que la realidad es distinta y que como los verdaderos patronos de tales conductores son los dueños de los vehículos afiliados a las empresas, supuso que tales contratos debían ser celebrados directamente por éllos y consagró una necesaria solidaridad para el pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones del socio afiliado y la empresa transportadora.

"Así las cosas, no pudiendo obligarse legalmente a la empresa transportadora, Copetrán, a que suscriba con los choferes de sus socios, dueños de vehículos que constituyen su flota de transporte, los contratos individuales de trabajo, tampoco se le puede constreñir a que negocie y pacte una convención colectiva de trabajo que regule las relaciones obrero-patronales con tales servidores.

"Copetrán, que en este caso es una especie de coordinadora, de un gran complejo industrial, podría, por la solidaridad, consagrada en la ley a que antes hicimos referencia, dar el visto bueno a la convención que celebraran los dueños de los vehículos afiliados, pero no comprometerlos en un pacto colectivo, pues la empresa como tal, no representa a sus socios, y no puede crearles obligaciones distintas a las que se desprenden del contrato social.

"Si el legislador, con verdadero sentido de solidaridad social, quisiere corregir las injusticias de que pudieren ser víctimas los choferes asalariados, tendría que dictar un estatuto que regulase íntegramente esa actividad, creando mutuas responsabilidades y prestaciones y sobre todo estableciendo una especie de sindicato patronal forzado de los dueños de vehículos para que tal agremiación negociara con el Sindicato de choferes asalariados las convenciones o pactos colectivos, reguladores de esta importantísima actividad, de tal significación en la economía del país.

"No hay, de acuerdo con lo dicho, fundamento legal alguno para obligar a la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda. —Copetrán— a pactar la convención colectiva de trabajo que constituiría el forzoso epílogo de las peticiones presentadas por el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor terrestre de Santander, y por consiguiente el Tribunal no entra a considerar las razones de equidad de las peticiones reclamadas en este caso.

"Dada la complejidad del litigio sometido a la consideración del Tribunal, la Corporación, con anuencia de las partes y en forma oportuna y unánime, solicitó y obtuvo la prórroga del término legal para definir este asunto, de modo que este fallo se produce dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, constituído para resolver el conflicto surgido entre la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES LTDA., —COPETRAN— y el SINDICATO DE CONDUCTORES PROFESIONALES DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR TERRESTRE DE SANTANDER,

"**Resuelve:**

"1º—Declarar que la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES LTDA. "COPETRAN" no está obligada a celebrar contratos individuales de trabajo con los choferes que manejan los vehículos afiliados a la empresa, por pertenecer dichos vehículos a sus socios afiliados, y menos aun a celebrar convenciones o pactos colectivos de trabajo con el Sindicato Unico de conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander.

"2º—Como consecuencia de la anterior declaración niégase las peticiones hechas por el Sindicato en el pliego presentado a Copetrán el día treinta (30) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969) y que dio origen al diferendo que hoy decide este Tribunal.

"3º—El presente Laudo regirá desde su notificación y correspondiente ejecutoria".

No encuentra la Sala, ante la meridiana claridad del artículo 15 de la ley 15 de 1959, cómo la mayoría de los arbitradores llegaron a una conclusión contraria a su texto, con violación de la antigua y sabia norma que determina: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu", que fue lo sucedido en el presente negocio.

En efecto, aquel artículo es imperativo al establecer: "El contrato de trabajo, verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva..." (subraya la Sala), es decir con la Cooperativa Santandereana de Transportese Ltda. (Copetrán) en el caso a estudio, no obstante lo cual, la mayoría del Tribunal resolvió: "Declarar que la Cooperativa Santandereana de Transportes, Ltda. Copetrán, no está obligada a celebrar contratos individuales de trabajo con los choferes que manejan los vehículos afiliados a la empresa...", en virtud de las consideraciones que transcribió la Sala y ninguna de las cuales tiene fuerza, siquiera aparente, para desvirtuar tan claro precepto positivo, ya que el hecho de que la empresa no sea propietaria de los vehículos está previsto en la misma disposición y debido a esa circunstancia ordena la solidaridad para el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones entre "las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados".

Es una previsión legal, pues, que consta de dos partes clarísimas, no susceptibles de duda fundada y cuyo contenido salta a la vista con solo leerlas, así:

(Primera parte): "El contrato de trabajo, verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicios público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva...;

(Segunda parte): ... pero para efectos del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables".

Es obvio, pues, que la resolución primera del Laudo precitado quebranta de manera ostensible la propia norma en que dice apoyarse. Y como el punto segundo de la misma parte resolutiva es consecuencia de la anterior, según su texto, lógicamente adolece de igual ilegalidad.

Por tanto, deberá la Sala declarar inexequible el fallo arbitral de que se viene hablando; pero en cuanto esta decisión, por sí sola, deja sin arreglo el conflicto, el Ministerio del Trabajo deberá convocar un nuevo Tribunal de Arbitramento, a fin de que asuma el estudio del pliego de peticiones y resuelva lo que considere legal sobre las solicitudes del mismo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara enexiquible el Laudo Arbitral pronunciado el 23 de febrero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander y la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda., Copetrán.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procederá a convocar un nuevo Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que dirima el mencionado conflicto.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese, en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para los efectos legales pertinentes.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DISPONIBILIDAD

Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del CST 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 en 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 sóla 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera — Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta Nº 15).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del **Tribunal Superior de Cúcuta**, fechada el 17 de junio de 1968, en el juicio ordinario laboral promovido por el doctor **Jaime Faillace Castillo** contra la **"Colombian Petroleum Company"**, sobre remuneración y pago de trabajo nocturno y suplementario, descanso dominical y festivo remunerado y reajuste de prestaciones sociales.

Antecedentes.

La demanda expone, en resumen, que el doctor Faillace Castillo estuvo vinculado a la Colombian Petroleum Company, mediante contrato de trabajo, durante el lapso comprendido entre el 28 de marzo de 1962 y el 28 de junio de 1966, prestando sus servicios de médico cirujano en los campamentos de Bellavista (convención); Río de Oro (Cúcuta); Cicuco (Monpox); Coveñas (Tolú); en el Hospital de Tibú y en la Clínica de la compañía en la ciudad de Cúcuta. En el tiempo que el actor prestó tales servicios profesionales tenía comprometida su disponibilidad a las órdenes exclusivas de la empresa durante las veinticuatro horas del día, de acuerdo con reglamentos que, al establecer los turnos de guardia médica, preceptuaban que "todo el personal del departamento médico está obligado a prestar su colaboración en casos de emergencia, aun fuera de sus horas normales de trabajo y en días de descanso, en atención a la función social de la medicina. Dichas horas extraordinarias de trabajo serán reconocidas en cuanto a la remuneración se refiere, de acuerdo con las leyes vigentes". El demandante menciona algunos casos, ocurridos en diferentes sitios, en que tuvo que atender pacientes en horas no reglamentarias de trabajo, diurnas y nocturnas, agregando que al retirarse voluntariamente de la compañía reclamó de esta el pago correspondiente al trabajo extraordinario y la remuneración de los dominicales y festivos, sin que la empresa hubiera respondido su reclamación. Al ingresar al servicio de la empresa el doctor Faillace comenzó a ganar un sueldo mensual de $ 2.220.00 que experimentó sucesivos aumentos hasta llegar a la suma de $ 4.160.00 en la época en que se produjo el retiro.

La demandada, por medio de apoderado, al contestar el libelo manifiesta desconocer

los hechos que sustentan la acción, no los acepta y pide que sean probados. Admite implícitamente, sin embargo, la condición de empleado que tuvo el demandante, durante el tiempo de servicio, con la remuneración que indica la demanda, pero rechaza las pretensiones del actor expresando que "la disponibilidad, en caso de que fuere probada, no genera derechos emanados del Código Sustantivo del Trabajo; no tiene el carácter de trabajo extra o nocturno y por consiguiente no tiene fijada jornada máxima, ni salarios mínimos, ni sobrerremuneraciones en la ley colombiana. El trabajo ordinario o extraordinario no es disponibilidad sino actividad".

La sentencia de primera instancia, original del Juzgado Primero Laboral de Cúcuta, condena a la firma demandada a pagar al actor las sumas de $ 213.047.04 por concepto de horas extras diurnas y nocturnas y de $ 19.563.94 por valor de dominicales y feriados; no declara probadas las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de inexistencia de la obligación, pero declara probada parcialmente la de prescripción de la acción; y ordena, finalmente que la Colombian Petroleum Company reajuste las prestaciones sociales correspondientes a su antiguo empleado con base en un sueldo de $ 23.544.24. Impone las costas del juicio a la demandada.

Apelado este fallo por ambas partes antes el Tribunal Superior de Cúcuta, esta corporación, tramitada la instancia, lo reformó de este tenor:

"Primero. Revócase el numeral 5º de la sentencia apelada y en su lugar se condena a la Colombian Petroleum Company, empresa demandada y representada por el doctor Sigifredo Hoyos López, o por quien haga sus veces, a pagar a su extrabajador doctor Jaime Faillace Castillo, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, los siguientes valores:

a) Cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos con cincuenta y tres centavos ($ 454.53), por faltante en el pago de cesantía; b) Veinticinco mil doscientos veintiseis pesos con ochenta y ocho centavos ($ 25.226.88), por reajuste de primas de servicio.

"Segundo. Modifícase la sentencia apelada en el literal b) del numeral primero y en su lugar se condena a la empresa demandada a pagar al actor, tres días después de ejecutoriada esta providencia, la suma de veintisiete mil ciento cincuenta y tres pesos con noventa y seis centavos ($ 27.153.96), por concepto de dominicales y festivos trabajados por éste, y no la cifra que por el mismo pedimento contiene el fallo impugnado en el aparte en referencia.

"Tercero. Confírmase la providencia apelada en los demás puntos.

"Cuarto. Absuélvese a la Colombian Petroleum Company del resto de peticiones.

"Quinto. Costas en esta instancia en un setenta y cinco por ciento (75%) a cargo de la parte vencida".

La casación interpuesta contra el fallo anterior comprende en este caso dos recursos: el del trabajador, cuya demanda formula un solo cargo, por errónea interpretación del artículo 127 CST y del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, con alcance parcial destinado a "acoger la petición de reajuste de auxilio de cesantía durante todo el tiempo de servicio en que deberá tenerse en cuenta no solo el salario fijo sino el valor de las horas extras, por considerar que se trata de un salario variable, hecho que tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia para el reajuste de la prima de servicios"; y el del patrono, el cual persigue a través de sus diversos cargos la invalidación total de la sentencia impugnada por ser violatoria de ley sustancial, para que la Corte, como tribunal de instancia, revoque la del Juzgado y absuelva a la sociedad demandada de los cargos formulados en la demanda y de la respectiva condenación en costas.

Dado el alcance total de la impugnación en el recurso de la parte demandada, la lógica de las cosas impone el examen, en primer lugar, de la demanda que lo sustenta.

Recurso de la parte Demandada.

El recurrente, quien comienza por declarar su explícita y absoluta conformidad con los hechos básicos de la demanda, tal como en autos se hallaron probados y aceptados por el Tribunal, formula tres cargos que encajan todos dentro de la causal primera de casación laboral, por violación directa de la ley sustancial, a saber:

1º Violación de los artículos 5º, 168, 179 y 306 CST, por infracción directa el primero y por aplicación indebida los tres restantes, "toda vez que siendo estas disposiciones referentes al trabajo entendido como actividad humana libre que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, no aplicó la primera a los hechos probados y aplicó las tres últimas actividades diferentes que consistían en estar en el club, o descansando en su casa, o durmiendo, o tomando baños de mar, o haciendo cualquier cosa relativa a sus necesidades biológicas y de esparcimiento social y familiar".

2º Infracción directa del artículo 162 numeral c) del CST, consistente en no haber aplicado esta norma a los hechos siendo aplicable, toda vez que por su naturaleza los servicios profesionales de un médico cirujano son actividad discontinua e intermitente, expresamente excluída de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo.

3º Violación directa por aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 168 y 179 y consecuencialmente violación del artículo 306, por cuanto de acuerdo con repetida jurisprudencia de la Corte "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas"

Examen del primer Cargo.

El recurrente acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 5º CST, en concepto de infracción directa, y de los artículos 168, 179 y 306 ibidem, en concepto de aplicación indebida. Funda el cargo en que siendo el trabajo una actividad humana libre que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, conforme al artículo 5º del CST, el sentenciador no aplicó esta norma a los hechos probados, para aplicar en cambio las tres últimas a actividades que no constituyen trabajo. Expresa que el Tribunal tomó el tiempo todo en que el profesional se encontraba a disposición permanente de la empresa como si se tratara de actividad laboral, al decir que "en este orden de ideas, la disponibilidad es para la Sala tiempo de servicio activo, y como tal fuente de salario, porque es parte integrante del contrato de trabajo"; que este concepto **sui-generis** lleva al sentenciador a considerar como tiempo real de trabajo, susceptible de fundar una condenación por horas extras, todo aquel en que el médico se hallare en su domicilio particular o en cualquiera otra parte del perímetro urbano, por el solo hecho de que su teléfono estuviera a disposición de los trabajadores de la empresa; que de estas consideraciones surge que "las disposiciones violadas lo fueron por infracción directa en cuanto se aplican a un hecho —trabajo que no existió, según lo probado en autos— y por aplicación indebida en cuanto se aplicaron a hechos no regulados por tales disposiciones, como son: el hecho de que la empresa debiera tener conocimiento del lugar donde se encontrara el médico, en tiempo de guardia; el hecho de la subordinación sicológica y jurídica que implica el contrato de trabajo durante la jornada laboral y fuera de ella; y finalmente el hecho de que el teléfono del médico estuviera anotado en los registros de la clínica para que los trabajadores de la empresa lo pudieran llamar en casos de emergencia. A ninguno de estos tres hechos que el Tribunal califica como disponibilidad total y permanente, le son aplicables las disposiciones de los artículos 5º, 168 y 179, que deben aplicarse a la actividad personal y consciente en la prestación de un servicio a la empresa, que supone un desgaste adicional de las fuerzas del trabajador, a cuya indemnización se provee por medio de los recargos legales o sobrerremuneración de que tales disposiciones tratan".

El opositor replica, en síntesis, censurando al recurrente de errores de técnica en la formulación de este cargo, al indicar como infringidos simultáneamente por infracción directa y aplicación indebida unas mismas disposiciones legales, contrariando así en este punto la constante jurisprudencia de la Corte agrega que el artículo 5º del CST es norma que solo contiene una definición del trabajo humano, material o intelectual, permanente o transitorio, comprensivo de todos los aspectos de la actividad humana vinculada a un contrato laboral, que no excluye así la actividad profesional tal como la concibe la doctrina de otros países; que la norma es clara en sí misma y no pudo ser objeto de violación directa; que se presenta una contradicción manifiesta en el recurrente, pues de una parte dice aceptar los hechos fundamentales como los aceptó el Tribunal y de otra expresa que "hubo violación directa porque se ha aplicado a un hecho, trabajo que no existió, como aparece comprobado en autos"; que en cuanto a la aplicación indebida de los artículos 168, 179 y 306 CST, el cargo se refiere a hechos, como descansar en la casa, dormir, tomar baño de mar o hacer cosas relativas a las necesidades biológicas o de esparcimiento social y familiar, que no aparecen demostrados en juicio y que en caso de existir pruebas que los demostraran, se estaría ante un error manifiesto de hecho que no puede denunciarse en casación conforme al artículo 23 de la Ley 16 de 1968; cita, por último, una doctrina anterior de la Corte en caso análogo, emitida en el litigio seguido por el doctor Manuel García Núñez contra la Colombian Petroleum Company.

Se considera:

1. La noción de "trabajo" que da el artículo 5º del CST, 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 "ejecución" 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 trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del CST 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 en 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 mas 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 pueda 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 ley, a considerar como trabajo

efectivo el tiempo durante el cual se esté 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.

3. En alguna época, ciertamente, la jurisprudencia laboral se mostró vacilante al enfocar el concepto de disponibilidad, pues llegó a afirmar en el fallo de casación que invoca el demandante y en que se apoya el sentenciador, "que para el derecho del trabajo tienen la misma significación el servicio realmente prestado que aquel en que el empleado, sin ejecutar continuamente la labor, se halla a órdenes del patrono", criterio este que ha sido amplia y definitivamente rectificado por doctrina de la Corte de más reciente data.

En sentencia del 11 de mayo de 1968 se dijo, para caso manifiestamente análogo al presente: "Lo que en primer lugar debe definirse como punto de partida para la solución del caso concreto en examen, es que no toda "disponibilidad" o vocación permanente, por un período más o menos largo, a prestar el servicio efectivo, puede calificarse como trabajo para enmarcarlo dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada "disponibilidad" tiene tales matices de servicio más o menos frecuente, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda "disponibilidad" dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, es propiciar un criterio que conduciría en numerosas situaciones al absurdo. Porque en nuestro medio laboral es muy frecuente la ocupación, especialmente de profesionales, en servicios de asesoría y de trabajos de diversa índole que se cumplen en ocasiones esporádicas de demanda concreta, como ocurre con abogados, médicos, economistas, etc., a los cuales no se les impone la obligación de radicarse permanentemente en el lugar de trabajo y a veces no deben asitir a determinado sitio señalado por el empleador. Es de común ocurrencia que estos trabajadores sean requeridos en muy raras veces para el servicio efectivo, pero; como se anotó, la intensidad de tal requerimiento es muy diversa y solo puede medirse en cada caso concreto. Concluir, entonces, que la simple denominada "disponibilidad" implica, durante su vigencia, el desempeño del trabajo y se mide dentro de la jornada de éste, es llegar a situaciones de verdadero absurdo como la de concluir que un abogado asesor en simple disponibilidad permanente, ocupado por una vez al día o a la semana o al mes, ha tenido una jornada diaria de veinticuatro horas, con ocho de servicio ordinario y diez y seis de trabajo suplementario. O que un médico "en disponibilidad" en su casa de habitación o en su propio consultorio, obligado a atender los casos que le solicite un empleador, ocupado efectivamente por una hora al día o aún por menos, tiene igualmente una jornada ordinaria de ocho horas y una suplementaria de diez y seis horas, que deben serle pagadas conforme a la ley. Y conduciría este criterio inaceptable a que, mientras de la jornada del trabajo continuo y efectivo se descuenta el tiempo destinado a las comidas y no se considera el que emplea el trabajador para trasladarse de su domicilio al sitio de trabajo, y, desde luego, no se tiene en cuenta el tiempo empleado en el sueño, en el transcurso de la denominada "disponibilidad" entran como jornada de servicio todos estos períodos deducibles normalmente de ésta..." "En caso de salario variable, la sola subordinación jurídica mantenida sin ejecución de la labor contratada, por culpa o disposición patronal, origina el pago del salario. Pero ya con referencia a la jornada suplementaria, la "disponibilidad" no produce por si sola efecto generador. Es el ser-

vicio prestado dentro de ésta, con exceso sobre la jornada ordinaria, el que puede y debe calificarse como trabajo suplementario para los efectos legales; o la permanencia a órdenes del patrono, en lugar determinado por éste, sin la posibilidad de emplear tiempo alguno en tomar alimentos, descansar, dormir o cumplir actividades de exclusivo interés personal, como se dijo antes, cuando tal permanencia exceda de la jornada ordinaria, la que puede catalogarse como trabajo suplementario". (Julio Mario Llinás vs. Acerías Paz de Río S. A. —Sección Segunda, Ponente Doctor. J. Crótatas Londoño).

También en sentencia del 20 de junio de 1968 se expresó la Corte: "Si la condición de disponible implica para el trabajador permanecer "a órdenes del patrono" sin lugar a ocuparse en nada distinto de esperar o cumplir sus determinaciones o mandatos, no cabe duda que aún la inactividad asume carácter laboral puesto que tiene efecto en beneficio exclusivo del empleador, con restricción de la libertad para ocuparse en asuntos propios mas, si esa condición de disponible no supone una restricción de tal naturaleza, sino que se limita a la potestad del empleador de utilizar los servicios del empleado en el momento que los necesite, pero sin que ello envuelva para éste una constricción a abandonar sus costumbres o quehaceres habituales, sino permitiéndole, por el contrario, usar libremente su tiempo en sus negocios personales u otras actividades que solo a él conciernen, lo menos que puede afirmarse es que es dudosa la relación laboral referida a un evento en tal grado contingente. La relación de trabajo envuelve la idea de servicio, esto es, de tiempo empleado en beneficio de otro, y el que se utiliza en provecho exclusivo del trabajador, en la satisfacción de sus necesidades biológicas, morales y sociales, no corresponde a la noción de trabajo que suministran los artículos 5º y 22 del CSL" (Eduardo Pacheco Pérez vs. Colombian Petroleum Comnay Sección Segunda. Ponenete Dr. Carlos Peláez Trujillo).

4. El Tribunal, luego de examinar las pruebas que establecen los turnos o guardias médicas que prestaba el demandante doctor Faillace Castillo en los diferentes lugares de trabajo de la empresa petrolera, consigna los resultados de su balance probatorio en los siguientes apartes:

"Las guardias, según la voz de los testigos y el dicho del mismo Jefe del Departamento Médico de la Empresa, doctor Alfredo Landínez Salamanca, consistían en el lapso en que los médicos contratados por la Colombian Petroleum Company para prestar sus servicios en los campamentos, en el Hospital de Tibú y en la Clínica de Cúcuta, debían permanecer disponibles durante una semana o varios días, según el turno señalado, para atender cualquier caso de emergencia que se presentara fuera de la jornada común de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales. Es decir, en el Hospital de Tibú el médico señalado debía permanecer interno durante toda la semana a disposición de la empresa y en la Clínica de Cúcuta debía estar después de terminada su labor diaria, según el horario señalado por el reglamento, en su casa o avisar cuando salía y dar además el número del teléfono del lugar en donde se encontraba, a fin de que se le llamara cuando se requirieran sus servicios.

"Por su parte, en los campamentos de Bellavista, Río de Oro, Cicuco y Coveñas, el médico era único y debía estar en disponibilidad durante todo el día asignado en la semana para tratar a los enfermos y atender los casos de emergencia, o sea, que fuera de las ocho (8) horas de ley, debía estar en permanente disponibilidad de atención médica a los empleados de la Colombian Petroleum Company o a sus familiares.

"En una palàbra, durante la semana de turno el profesional se encontraba a disposición permanente del Departamento Médico y no era dueño de su voluntad, ya que no podía obrar como quisiera, sino que pertenecía por entero a la empresa. A esto, naturalmente, deben exceptuarse los actos vegetativos de la vida, a pesar de que muchas veces debía abandonarlos para atender los casos que requirieran su atención".

Sin discordancia alguna con los hechos, tal como fueron apreciados anteriormente

por el fallador, el recurrente impugna sin embargo los razonamientos que llevaron al Tribunal a reafirmar como tesis básica de su decisión de condena, la que aparece contenida en las siguientes líneas del fallo acusado:

"Así pues, al no disponer libremente de su voluntad ni para ejecutar los más elementales actos de su 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, el enfermero o el paciente a él encomendado, indica que el médico permanecía en forma total durante la semana de guardia al servicio de la Colombian Petroleum Company y entonces su disponibilidad no era relativa, como lo asegura en su brillante alegato el doctor Sigifredo Hoyos López, apoderado de la compañía, sino total y así las cosas, la jornada de trabajo no era exclusivamente la legal o aquélla que gastaba en atención médica o quirúrgica del paciente, sino ésta, mas el lapso durante el cual el profesional se encontraba a disposición total y permanente de la Colombian".

Es pues, evidente, según resulta de los pasos transcritos, que el fallador incurre en el error de juicio que le atribuye el impugnador, al identificar el tiempo en que el demandante debía permanecer disponible a órdenes de la empresa, aunque no prestara durante la disponibilidad ningún servicio efectivo, con el trabajo que regula el artículo 5º del CST, el cual no consiste, como se ha visto en estar disponible sino en ejecutar una actividad personal consciente, de cualquier género que sea, en beneficio de otro.

El error cometido por el Tribunal hiere así derechamente la norma legal que define el trabajo, al desconocer su contenido filosófico-jurídico, el cual sirve para regular fundamentalmente la totalidad de los derechos y obligaciones de que trata el Código Sustantivo Laboral. La transgresión es directa puesto que se olvida o menosprecia, sin siquiera mencionarla, una regla jurídica que es cabalmente la que decide la controversia, en cuanto de su correcta aplicación a la litis depende que el tiempo en que el actor permanecía en situación de mera disponibilidad no pueda ser valorado como prestación efectiva de un servicio de carácter laboral que en realidad no se prestó, aunque de algún modo implicara cierto grado de restricción a su libertad personal.

Se configura, en consecuencia, la infracción directa del artículo 5º CST que el cargo acusa, violación que acarreó la de los artículos 168 y 179 del CST sobre remuneración del trabajo nocturno y suplementario y del 306 ibidem sobre reajuste de primas de servicio, por su indebida aplicación al litigio.

Prospera entonces el cargo examinado en cuanto a su alcance relacionado con el trabajo suplementario (diurno y nocturno), descanso dominical y festivo remunerado y reajuste de primas de servicio, lo que determina la invalidación parcial del fallo por los indicados conceptos, quedando a salvo la condenación que hace el **ad quem** a la parte demandada, de pagar al actor la suma de $ 454.53, a título de reajuste de cesantía, pues es lo cierto que esta última condena vino a quedar al margen del recurso, pues ni se indica como quebrantada la norma legal sustantiva que regula esta prestación, ni menos se precisa el concepto en que el Tribunal pudiera violarla dada la manera concreta y singular como el sentenciador procedió en el fallo al reajuste mencionado.

El éxito del recurso de la parte demandada en razón del cargo examinado hace inoficioso el estudio de los dos restantes que persiguen idéntica finalidad.

Ya en instancia convienen al caso las siguientes consideraciones:

La disponibilidad a que estaba sujeto el demandante doctor Fáillace Castillo en los diversos lugares de trabajo de la Colombian Petroleum Company, permite suponer que al médico se le exigiera efectivamente en determinados momentos la prestación ocasional de servicios extraordinarios laborales, tanto en horas diurnas como nocturnas; y de hecho prestó tales servicios, que el li-

belo de demanda relaciona con especificación de casos singulares, muchos de ellos acreditados en el proceso por medio de testimonios de los pacientes a quienes el facultativo atendió en tales ocasiones. A la remuneración de las horas extraordinarias, diurnas o nocturnas, tendría derecho el actor, sin duda alguna, si el trabajo suplementario estuviera demostrado en autos con la precisión necesaria, esto es, acreditado debidamente el número de horas extras diurnas y nocturnas o los dominicales y festivos realmente laborados. Esa clase de comprobación falta en el proceso, pues el doctor Faillace Castillo nunca se preocupó de reportar oportunamente los servicios extraordinarios prestados, ni de reclamar su pago. La prueba testimonial aducida al juicio, por su vaguedad y falta de precisión en cuanto a la naturaleza misma del servicio y la extensión del tiempo invertido, no es de suyo la más apta para deducir el trabajo suplementario, a menos de incurrir en suposiciones arbitrarias que el rigorismo de la doctrina laboral en esta materia siempre ha desdeñado. (Cfr. casación 9 marzo 1949 11 agosto 1951; 15 marzo 1952; 1º diciembre 1953).

Recurso de la parte Demandante.

Contiene un cargo por el cual se acusa la sentencia de ser violatoria por errónea interpretación del artículo 127 del CST y del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965.

El recurrente, al establecer los fundamentos de la censura, se remonta a la interpretación que el extinto Tribunal Superior del Trabajo, desde el 18 de enero de 1949, hiciera de las disposiciones legales existentes en esa fecha en materia de liquidación del auxilio de cesantía, interpretación que lo llevó a concluír que la liquidación de la cesantía se efectúa teniendo en cuenta no solo el salario fijo percibido por el trabajador sino cualquiera otra suma obtenida por título que implique retribución ordinaria y permanente del servicio.

Agrega que el artículo 253 CST, que aparece hoy derogado, establecía que para liquidar la cesantía se tomaría como base el último salario mensual devengado por el trabajador, pero en los salarios variables se entendería que ha habido aumento cuando el promedio mensual de lo devengado por el trabajador en un año es superior al promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior.

Insiste luego en que estos antecedentes para una interpretación exacta del artículo 17 del decreto 2351 de 1965, aunque se refieran a normas insubsistentes, pueden ser útiles para una hermenéutica correcta de la disposición hoy vigente, o sea el mencionado artículo 17. Al respecto expresa el recurrente que este precepto, en su inciso segundo, dispuso que en el caso de los salarios variables "se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicio o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año"; que el vocablo "variable", según el Diccionario de la Lengua, "dícese de la cantidad que no tiene valor constante y determinado"; que en el ascenso o descenso del salario en el período de un año deben computarse los diversos factores que constituyen la remuneración del trabajador, tal como lo propugnaba el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo del Trabajo; que es errónea la interpretación hecha por el ad-quem en cuanto circunscribe la periodicidad del salario variable a los últimos tres meses, en lugar de deducirlo del promedio de la remuneración mensual en el último año de servicio, y que "como aparece en los fundamentos del fallo recurrido (fls. 98 a 100) el promedio de la remuneración mensual en el último año de servicios computando el valor del trabajo suplementario para el reajuste de la prima de servicios, al aceptar la H. Sala Laboral de la Corte el cargo que formulo en esta demanda, no tendría dificultad numérica alguna para los efectos del reajuste de la cesantía durante todo el tiempo de servicio del doctor Jaime Faillace Castillo como médico de la Colombian Petroleum Company".

Se considera:

El sentenciador, al examinar la súplica sobre reajuste de cesantía, halló que la liquidación practicada por la empresa lo fue con base en el último salario, mas con un

error aritmético que al ser rectificado por el Tribunal dió una diferencia en favor del trabajador de $ 454.53, suma a que fue condenada la demandada, sin lugar a reajuste "porque no hubo aumento de salario ni variación del mismo en los últimos tres (3) meses, ni tampoco guardias en ese lapso, como quiera que está establecido en el expediente que las prestó solamente hasta el mes de marzo de 1966. Así las cosas, la Sala debe estarse a lo que dispone el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 253 del C. S. del T. y únicamente debe condenar al pago de la diferencia comprobada en el párrafo anterior".

Como puede apreciarse, el ad quem no encontró ningún aumento del salario básico durante los tres últimos meses de servicio prestados por el actor, por no haber existido guardias médicas en dicho lapso; y esta Sala, al examinar el recurso de la parte demandada, tuvo ocasión de establecer a su vez que la disponibilidad que el sentenciador consideró equivalente a tiempo suplementario, no tuvo jurídica ni legalmente tal carácter, como también que no se logró demostrar la prestación efectiva de servicios durante la relación laboral.

En estas circunstancias, el supuesto fáctico en que se apoya el cargo no tiene asidero en ninguno de los dos extremos en que el recurrente sitúa su problema interpretativo: ni en los tres últimos meses de servicio, ni en los nueve anteriores que integran el año final del contrato de trabajo. No tendría sentido alguno, entonces, dilucidar teóricamente sobre la verdadera exégesis que merezcan los preceptos acusados de interpretación errónea, si la cuestión carece en absoluto de incidencia sobre la aplicación de la norma, pues desde el momento en que no se dió aumento de salario ni salario variable en el último año de servicio, la liquidación de cesantía debió hacerse sobre el salario básico y la cuestión que el recurso plantea escapa a la consideración de la Sala por evidente sustracción de materia.

El cargo no prospera.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **Casa la sentencia** recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta el 17 de junio de 1968, en sus numerales **Primero**, con excepción del literal a) sobre cesantía **Segundo** y **Quinto**; **Revoca** la de primer grado proferida por el Juzgado Primero Laboral de Cúcuta, y en su lugar **Absuelve** a la empresa "**Colombian Petroleum Company**" de las pretensiones sobre remuneración del trabajo suplementario diurno y nocturno, dominicales y festivos, reajuste de vacaciones y primas de servicio, que le han sido formuladas por el demandante doctor Jaime Faillace Castillo en este negocio. **No se casa** en lo demás (literal a del numeral **Primero** y numerales **Tercero** y **Cuarto**).

Costas del juicio y de la casación a cargo del demandante. Liquídense las del recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

El Secretario, *Vicente Mejía O.*

SALVAMENTO DE VOTO.

He disentido de la sentencia acordada por mayoría, en el juicio que adelantó el médico Jaime Faillace Castillo contra la Colombian Petroleum Company, por las consideraciones que a continuación expreso:

1. El cargo primero de la demanda lo formuló la demandada - recurrente así: "Descartados los errores de hecho, acuso la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial —Artículo 5º, 168, 179 y 306 del C. S. del T.— por infracción directa el primero y por aplicación indebida los tres restantes, toda vez que siendo estas disposiciones referentes al trabajo entendido como actividad humana libre que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, no aplicó la primera a los hechos probados y aplicó las tres últimas a actividades diferentes que consistían en estar en el Club, o descansando en su casa, o durmiendo, o tomando baños de mar, o haciendo cualquier cosa relativa a sus actividades biológicas o de esparcimiento social y familiar".

Como puede observarse, en este cargo que estudió la Sala y lo hizo prosperar, se acumularon dentro de la misma causal, dos motivos distintos de casación, sin que, según el planteamiento hecho en la censura, la indebida aplicación de los artículos 168, 179 y 306 del CST, hubiera tenido como causa, la infracción directa del artículo 5º ibídem.

Las dos clases de violación conservan así su propia individualidad e independencia, y por tanto, en esta forma han debido estudiarse, para concluir como más adelante expresaré que en cada uno de los motivos expuestos no se integra una proposición jurídica completa y que además, la violación predicada del artículo 5º citado, no abre el camino al recurso, por contener solamente la descripción de lo que constituye trabajo, según el Código de la materia, lo que implicaba que el cargo debía desestimarse.

2. Cuando el acusador se refiere a la aplicación indebida de los artículos 168, 179 y 306 del CST y dice: "y aplicó las tres últimas (estas normas) a actividades diferentes que consistían en estar en el Club, o descansando en su casa, o durmiendo, o tomando baños de mar, o haciendo cualquier cosa relativa a sus necesidades biológicas y de esparcimiento social y familiar"; está vinculando la censura a cuestiones fácticas y por tanto no es exacta que descarte los errores de hecho en que haya incurrido el Tribunal, y esta circunstancia está poniendo de presente, por sí sola, que el censor discrepa de la sentencia acusada no solo en la cuestión de derecho sino también de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad sobre lo segundo, y que por tanto, no se trata en este aspecto de violación directa sino de violación indirecta, situación esta última que configura un motivo especial de casación, sujeto a un régimen técnico también especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa.

3. Deducese de lo anterior que en el cargo estudiado por la Sala, se plantea la infracción directa de una norma con la aplicación indebida peró a consecuencia de errores de hecho, lo que lo hacía completamente desestimable por falta de técnica.

4. Si por amplitud, imposible de aceptar cuando ella culmina en la prosperidad del cargo, se hace estudio de la censura, no obstante no acomodarse aquél a la técnica del recurso, solo está autorizada la Corte para rectificar los errores jurídicos que apa-

rezcan en la parte motiva de la sentencia, sin tocar la resolutiva.

5. La ley sustancial es aquella que consagra derechos u obligaciones de las personas. Ha dicho la Corte, en su Sala de Casación Civil:

"Es sabido que los preceptos de ley cuya violación abre paso a la causal primera de casación, son solo los que tienen la calidad de substanciales, o sea aquellos que, según lo ha expresado esta Corte "regulan en forma directa la conducta de los asociados en frente de la distribución y el goce de los derechos generadores de sus posibles intereses" (G. J. T. LXVI, pág. 48), o, en otras palabras, aquellas normas atributivas o aclarativas de derechos (G. J. T. LXII, pág. 736) y, también expresó: "Estos preceptos, (los sustantivos) que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas y que están consagrados en los diferentes Códigos de la Nación... son los únicos susceptibles de originar el recurso" (G. J. T. XLV, pág. 120).

Es por lo anterior que las definiciones que traen los códigos a las máximas de derecho, como aquella que dice "nadie puede enriquecerse sin justa causa", no son susceptibles, si de ellas se predica violación, de originar este recurso extraordinario, las primeras porque solo describen una cosa o hecho y las segundas, porque no son más, que reglas de derecho, y ninguna de las dos establecen derechos ni obligaciones de las personas.

El artículo 5º del C. S. del T., contiene según su título y texto una definición. De esta norma se predicó infracción directa por el demandado-recurrente, pero élla no abre el camino a la casación por no establecer para las partes en el juicio, ni para ninguna persona derechos u obligaciones. La disposición se limita a indicar que se entiende en la ley laboral por "trabajo" y a agregar que éste debe ser ejecutado en virtud de un contrato de esta naturaleza. Remite, pues, esta disposición a las normas positivas que lo regulan y a otras varias materias como las obligaciones y prohibiciones para patronos y trabajadores, justas causas para terminarlo, la jornada de trabajo, los descansos remunerados en días especiales, el trabajo en ellos, horas suplementarias, sobre remuneración por prestación del servicio en unas y otras, y finalmente las prestaciones e indemnizaciones que corresponden al asalariado consagratorias de derechos cuya violación es susceptible de originar el recurso extraordinario de casación.

Lo anteriormente dicho conlleva a una simple conclusión; el artículo 5º del C. S. del T. por no imponer obligaciones a las personas ni ser consagratorio de derechos, no podía dar origen al recurso interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta.

6. El demandado-recurrente como cuestión esencial acusa la sentencia, en el mismo cargo, por indebida aplicación del artículo 168 del C. S. del T., el cual, sobre la base de que se trabajen horas suplementarias, que son aquellas laboradas fuera de la jornada ordinaria a la legal, prescribe en sus numerales 2 y 3, los recargos con que deben remunerarse, y que son distintos cuando el trabajo extra es diurno o nocturno. Igualmente, y por el mismo motivo, afirmó la violación del artículo 179 ibídem, sobre remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta.

El ataque de los preceptos citados fue, y así lo sostuve, en las Salas en las cuales se discutió el proyecto inicial, incompleto, por cuanto la acusación por aplicación indebida de los mismos, se hizo dejando de atacar las disposiciones en las cuales descansan aquéllas a saber: artículo 158 del CST, sobre jornada ordinaria, 159 y 160 ibídem, que establecen lo que constituye trabajo suplementario y servicio diurno y nocturno, artículos 172 y 177 ibídem sobre descanso en domingos y en otros días de fiesta.

La misma Sala Civil de la Corte ha dicho que el ataque por violación de normas sustanciales supone "dentro de la técnica del recurso, que cuando el derecho tutelado por normas de esa clase deriva no de una sola de ellas sino de la combinación de varias,

es decir, cuando únicamente a base de la conjunción de éstas se estructura una proposición jurídica completa, la acusación por la causal primera exige necesariamente que el recurrente indique como infringidas todas esas normas" (Juicio de "La Garantía A. Dishington S. A." c/. "Textiles Ego S. A.", 17 de febrero 1969).

En este caso no existió la dicha proposición jurídica completa y por tanto el cargo ha debido rechazarse.

7. La Sala de Casación Laboral de la Corte sostiene en forma similar la misma jurisprudencia de la Sala Civil, y ha dicho:

"Cuando la situación jurídica regulada en la sentencia emana de varias normas y no de una sola para que el cargo prospere es necesario que contenga una proposición jurídica completa, esta es, que la acución comprenda la totalidad de los preceptos que se considera violados, pues si así no se obra siempre quedará al fallo soporte legal que evite su quiebra ya que por la naturaleza formalista del recurso la Corte no puede entrar a considerar infracciones que no le han sido denunciadas" (Cas. 27 de julio 1966, Juicio de Humberto Tabares cta. Sociedad Industrias de Aceros).

En el caso de autos y según el fallo de segunda instancia, objeto del recurso, los soportes de la sentencia fueron:

a) Faillace Castillo pactó con la Colombian Petroleum Company, una jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales; (folio 29, cdno. Nº 2).

b) Terminada su jornada, quedaba en disponibilidad de la Empresa, en "guardias médicas" en diferentes lugares en que la Colombian tiene establecidos Centros de Salud (folio 46, cdno. Nº 2);

c) La jornada de trabajo no era exclusivamente la pactada, sino ésta, más el lapso durante el cual el demandante se encontraba a disposición total y permanente de la Colombian; (folio 51, cdno. Nº 2);

d) Esta disponibilidad es para el sentenciador "tiempo de servicio activo, y como tal fuente de salario, porque es parte integrante del contrato de trabajo" (folio 55, cdno. Nº 2);

e) Siendo la guardia médica "tiempo real de trabajo porque (el demandante) no podía realizar nada distinto de lo que le impusiere su patrono (la Compañía), una vez pasada la jornada legal de 48 horas semanales", comenzaba el tiempo extra como consecuencia" (folio 56, cdno. Nº 2);

f) La guardia médica según circular número 15 que se agregó como prueba, comenzaba el lunes a las 12 m. y se terminaba el lunes de la semana siguiente a la misma hora, es decir, que allí quedaba incluído el dominical y cualquier otro festivo sucedido durante dicho lapso, por los cuales se daba descanso compensatorio, pero no por el tiempo extra que en ellos se servía (folio 57, cdno. Nº 2);

g) El actor trabajó una hora extra diurna y 10 horas extras nocturnas (folio 72, Nº 2), durante el tiempo en que fue empleado de la Compañía;

h) El médico trabajó los días domingos y feriados;

i) En el tiempo durante el cual estuvo vinculado a la Empresa, devengó diversos sueldos, que en el fallo se precisan.

8. Demostrado como está que en el supuesto de haber sido violado el artículo 5º del C. S. del T., tal violación no abría el camino a la casación, el recurrente al acusar la sentencia por aplicación indebida de ley sustancial, ha debido para presentar una proposición jurídica completa, acusar el conjunto de normas que son precisamente la causa de las condenas, y que como cuestión lógica son las indicadas en el numeral 6. Como así no lo hizo quedaron, en mi opinión, los soportes legales necesarios, al fallo que como dice la jurisprudencia de esta Sala, habría evitado su quiebra, tales como la existencia de una jornada ordinaria, el trabajo en horas suplementarias y la

prestación del servicio en días domingos y feriados.

Y, siendo esto así, no podía, con éxito, concluírse en que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 168 y 179 citados, por cuanto ellos simplemente consagran y especifican la sobrerremuneración por trabajo en horas extras y la remuneración por trabajo en días domingos y de fiesta.

Dejo así sintetizadas las razones de mi desacuerdo con la mayoría de la Sala.

Fecha Ut-Supra

Jorge Gaviria Salazar.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 13 de abril de 1970, DECLARA que no es competente para conocer del recurso de homologación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. —CHEC— y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior para que conozca de dicho recurso, el que fue interpuesto contra el Laudo dictado el 21 de enero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento Voluntario que resolvió el conflicto sometido a su definición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta Nº 19).

Por auto de 3 de marzo último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales remitió a esta Corporación el presente negocio, para que conozca del recurso de homolgación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. —CHEC— contra el laudo proferido el 21 de enero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento Voluntario que, conforme a convención colectiva, se constituyó para dirimir un conflicto de trabajo surgido entre la dicha entidad sindical y la sociedad mencionada.

Tal decisión se informó en exégesis del literal c) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969 según la cual corresponde ese conocimiento a la Corte, por tratarse de una empresa de servicio público, y no a aquel Tribunal Superior, como lo entendió el Secretario del organismo de arbitraje que envió el expediente al indicado de Manizales.

El negocio, recibido por la Sala el 20 de marzo y repartido en diligencia del 3 de abril siguiente ha entrado a despacho y procede resolver:

Antecedentes.

El 15 de julio de 1968 el Sindicato de Trabajadores de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. presentó a la consideración de la empresa un memorando para el reconocimiento de determinados derechos, relativos a jornada de trabajo de maquinistas, tableristas y otros servidores que aquel estima que no son de dirección, confianza o manejo; pago consecuencial de horas extras, para ellos, conforme a la convención vigente, invalidez de un parágrafo de la cláusula 9ª de la misma, con apoyo en los textos 14 y 21 CST; aplicación del decreto 2351 de 1965, en su artículo 39, y del aumento de salario efectuado a otros empleados en virtud de convención colectiva, entre otros puntos, los cuales fueron sometidos a la definición del Comité Obrero Patronal que funciona en la entidad, según creación y regulación convencionales en vigor. Y no habiendo sido resueltos esos asuntos por dicho Comité se llevaron a decisión arbitral, instituída por la cláusula tercera de la misma convención colectiva.

En fallo del 21 de enero de 1970 el Tribunal de Arbitramento Voluntario integrado al efecto absolvió a la empresa de varios de los pedimentos anteriores, la condenó al pago de determinadas horas extras y declaró ineficaz alguna cláusula convencional,

con salvamento de voto de uno de sus integrantes, y el Presidente del Sindicato interpuso recurso de homologación, por no estar conforme con una de esas resoluciones arbitrales. El asunto fue remitido por ello al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con cita del literal c) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969, el cual estimó, como se ha dicho, que su competencia, en materia de homologación, está restringida a los laudos que se produzcan para el sector privado, y que los del arbitramento para el servicio público, sean obligatorios o voluntarios, corresponden a esta Corporación.

Consideraciones.

1ª La Corte Suprema de Justicia conoce, por medio de su Sala de Casación Laboral, "de la homologación de laudos arbitrales en los casos previstos por el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo". (Ordinal 3º del artículo 18 del Decreto 528 de 1964, que modificó al artículo 15 del dicho código).

2ª Y esos casos son, según el precepto referido, los de "laudo que profiera un Tribunal Especial de Arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio".

3ª El laudo sub-lite ni fue proferido por un Tribunal de la clase indicada ni el arbitraje tenía carácter obligatorio, en el sentido que reserva la ley para esta expresión (fs. 193 a 209 del cuaderno Nº 4).

En efecto, la providencia recurrida en homologación fue dictada por organismo arbitral constituído voluntariamente para resolver desacuerdos que surgieran en el Comité Obrero Patronal de Conciliación, creado asimismo por convención para conocer de reclamaciones, dudas y diferencias que pudieran surgir con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del mismo convenio colectivo (Cláusula 3ª y 4ª de las convenciones suscritas el 14 de junio de 1965 y el 2 de junio de 1967, a folios 160 del cuaderno Nº 4 y 31 del cuaderno Nº 1, respectivamente, en relación con los actos de designación de los árbitros, constitución y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento Voluntario, de todos los cuadernos del expediente) Este organismo es distinto del instituído por el legislador para resolver conflictos laborales mediante el arbitraje.

Y lo sometido al pronunciamiento arbitral, conforme a la convención colectiva, fueron definiciones de derechos de acuerdo con reglas pre-existentes de carácter jurídico, por las que el conflicto asumía esta naturaleza y no una económica, colectiva o de interés, según la conocida clasificación de Binet, divulgada por la organización Internacional del Trabajo y adoptada por los estatutos sustantivo y procesal colombianos.

4ª Por otra parte, el arbitraje obligatorio es institución que en el derecho nacional resuelve conflictos colectivos que se presenten en los servicios públicos, que no hubiesen podido solucionarse mediante el arreglo directo o la conciliación (literal a- del artículo 34 del Decreto 2351 de 1965); o conflictos de la misma naturaleza colectiva en actividades que no sean de servicio público, en los casos del literal b) del artículo 34 del citado decreto 939 de 1946, o de los Incisos 1º y 2º del numeral 2 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y numeral 4 de este mismo artículo 3º, ninguno de los cuales se da en la reclamación precisada del Sindicato de la Chec. Y en estos casos de arbitraje obligatorio, la definición de materias no resueltas en las etapas de arreglo directo y de conciliación tiene el carácter de convención colectiva, o tenor del artículo 461 CST, esto es, fija las condiciones generales de trabajo y su contenido propio según los artículos 467 y 468 ibídem, nada de lo cual puede predicarse de los pronunciamientos absolutorios, de condena y declaratorios del laudo recurrido, sobre derechos de partes.

5ª En cambio, el literal c) del artículo 1º de la Ley 16 de 19 de diciembre de 1969, vigente cuando se dictó la decisión arbitral, literal que modificó al del artículo 2º de la Ley 16 de 1968, establece que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen "por medio de su Sala Laboral, de la homologación de laudos arbitrales en los casos previstos por el artículo 141 del Código de

Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948), y de los que se dicten para el sector privado conforme a los artículos 31, literal b), 34 del decreto legislativo 2351 de 1965 y del Decreto 939 de 1966, con las modificaciones y adiciones adoptadas por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968". En otras palabras, de la homologación de laudos dictados por Tribunales de Arbitramento Voluntario, y de los proferidos por Tribunales de Arbitramento Obligatorio, en los distintos casos reseñados en el punto anterior.

6ª El laudo de autos fue dictado por un Tribunal de Arbitramento Voluntario constituído conforme a concepción y regulación convencionales, para resolver diferencias jurídicas, sobre reglas de derecho pre-extistentes y del recurso de homologación interpuesto contra él debe conocer, según los textos citados, el Tribunal Superior del domicilio de las partes en conflicto y del organismo arbitral, concretamente, el de Manizales.

7ª Ha de expresarse, finalmente, que para el inferior la competencia de los Tribunales Superiores, en materia de homologación de laudos, "está hoy circunscrita a aquellos que se dicten para el sector privado, cualquiera que sea la clase de arbitramento (obligatorio o voluntario) que los haya originado", mientras que la de la Corte se fija en los de "conflictos colectivos en los servicios públicos", criterio que apoya, además, en providencia de esta Sala de 8 de mayo de 1968.

Mas estas apreciaciones son equivocadas. En efecto: a) La dicha competencia de los Tribunales Superiores no se circunscribe en razón del sector donde se haya originado el conflicto, sino que atiende a él y a su condición privada cuando se trata de arbitramento obligatorio, en los casos de los decretos 2351 de 1965, 939 de 1.966 y Ley 48 de 1968; pero comprende también "los laudos arbitrales en los casos previstos por el artículo 141 del Código de Procedimiento del Trabajo", esto es, los dictados por Tribunales de Arbitramento Voluntario, según mandato expreso del literal c) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969, como lo ordenaban asimismo la Ley 16 de 1968, artículo 2º literal c) y el texto procedimenta de la concepción codificada. Y el de autos es laudo proferido por Tribunal de Arbitramento Voluntario;

b) A la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sólo compete, en homologación, el laudo proferido por Tribunal Especial de Arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, según los textos de ley que se precisaron en las consideraciones 1ª y 2ª de esta providencia. Y el de autos no es de tales condiciones, según se expresó en varias de las siguientes, y

c) La jurisprudencia citada por el Tribunal de Manizales se refiere a que en la concepción originaria de los códigos nacionales del trabajo, para las actividades del sector privado no había arbitraje obligatorio; con las creaciones de ese carácter de los decretos de 1965 y 1966 la Corte hubo de conocer de la homologación de laudos proferidos por los Tribunales Especiales de Arbitramento que dirimen tales conflictos en el sector privado, competencia que afirmó en el texto 143 CPT, en razón de las dos condiciones que él contiene; mas con motivo de la expedición de la Ley 16 de 1968 que atribuyó estos asuntos a los Tribunales Superiores "perdió la competencia para continuar conociendo de la homologación de laudos arbitrales pronunciados para el sector privado, sea voluntario o forzoso el arbitramento que los produjo", como se invoca de la jurisprudencia en cita. Mas esto no quiere decir que por virtud de la dicha ley de 1968 (ni de la vigente hoy de 1969), los Tribunales Superiores no conozcan, como han conocido siempre, y lo reiteran los textos citados, de la homologación de laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento Voluntario. Como tampoco significa aquella expresión de la Sala que al conocer los tribunales del arbitraje para el sector privado (voluntario u obligatorio, según los distintos casos) la Corte queda conociendo del que se produzca para el sector público, sin distinguir entre el obligatorio y el voluntario. El criterio no es, pues, el del sector donde acontezca el conflicto, para determinar que cuando es de servicio público com-

pete a la Corte y cuando es privado a los Tribunales Superiores; sino el de que aquella conoce de laudo que profiera un Tribunal Especial de Arbitramento cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, y éstos de la homologación de laudos en los distintos casos que hoy establece la Ley 16 de 1969, esto es, de Tribunales de Arbitramento Voluntario y de Tribunales Especiales de Arbitramento Obligatorio para el sector privado, cuando éstos proceden.

8ª Por todo lo expuesto se trata de homologación que no es de la competencia de la Corte sino del Tribunal Superior de Manizales y ha de devolverse el negocio para que dicho Tribunal proceda en legal forma.

En mérito de las consideraciones anteriores la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **Declara** que no es competente para conocer del presente recurso de homologación, y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior de Manizales para que conozca en legal forma del interpuesto por el Sindicato de la Central Hidroeléctrica de Caldas —Chec— contra el laudo dictado el 21 de enero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento Voluntario que resolvió el conflicto sometido a su definición.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION

La Ley 77 de 1959 aumentó, a partir del 1º de enero de 1960, las pensiones de jubilación oficiales, semi-oficiales y particulares, y las de invalidez, tanto oficiales como semi-oficiales que se hayan causado con anterioridad a su vigencia. Pero la Ley 71 de 1961, cuya vigencia empezó el 1º de febrero de 1962, modificó aquella situación jurídica, disponiendo que los aumentos señalados en el artículo 1º de la Ley 77 de 1959 se aplicarán también a las pensiones inferiores a $ 1.375.00 mensuales, causadas con posterioridad a la sanción de la misma, lo que quiere decir que aquella ley no se limitó a declarar el sentido de la anterior, aclarándolo, sino que la modifica, creando una nueva situación jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril quince de mil novecientos setenta.

Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta Nº 20).

Félix Correa Machado, demandó a la Compañía Nacional de Chocolates S. A., domiciliada en Medellín, para que se hagan las declaraciones que su apoderado concreta en la siguiente forma:

"Primero. - Que la Compañía Nacional de Chocolates S. A. está en la obligación de reajustar la pensión jubilatoria del señor Félix Correa Machado en la suma de setecientos setenta y cinco pesos m. l. ($ 775.00) por mes, o en lo que más se estableciere, en el tiempo comprendido entre el 11 de agosto de 1961 y el primero de febrero de 1962".

"Segundo. - Que la Compañía Nacional de Chocolates S. A. está en la obligación de reajustar la pensión jubilatoria de Félix Correa Machado, a partir del 1º de febrero de 1962, hasta una suma equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en el último año de servicios, independientemente de los aumentos legales posteriores".

"Tercero. - Que la Compañía Nacional de Chocolates S. A. carece de derecho para exigir del señor Félix Correa Machado el reintegro de la bonificación graciosa de quince mil pesos ($ 15.000.00) que le concedió al desvincularlo de su trabajo, por cuanto que en la comunicación por medio de la cual se le concedió, no quedó sujeta dicha bonificación a reintegro alguno, y que por consecuencia la misma Compañía está en la obligación de devolver al demandante las sumas que por este concepto haya pagado".

"Cuarto. - Subsidiaria de la anterior. En el caso de que se declare que la bonificación graciosa de quince mil pesos ($ 15.000.00) que la Compañía Nacional de Chocolates S. A. otorgó al señor Félix Correa Machado al desvincularlo del servicio, sí quedó en el acto del otorgamiento sujeta a reintegro en cuotas periódicas mensuales equivalentes al 20% del monto de la "nueva pensión", solicito que se declare igualmente que no se ha cumplido la condición de la cual pende el reintegro, por las razones expuestas en la parte motiva de esta demanda".

"Quinto. - Que la Compañía Nacional de Chocolates S. A., está en la obligación de cubrir las costas del presente juicio".

La demanda presenta, en síntesis, estos hechos:

Félix Correa Machado sirvió a la Compañía Nacional de Chocolates S. A. durante más de treinte años, en dos períodos: del 2 de noviembre de 1929 al 1º de marzo de 1935, y del 4 de noviembre de 1936 al 10 de agosto de 1961, fecha en que la Compañía, en ejercicio de la cláusula de reserva, canceló el contrato. Desempeñó cargos destacados dentro de la organización de la empresa, el último de los cuales fue de Asistente de la Dirección, con un sueldo mensual de $ 3.100.00. Cuando los directores de la Compañía pusieron en conocimiento de Correa la intención de dar por terminado el contrato, lo comunicaron de igual manera que el motivo determinante de esa decisión era darle la posibilidad de disfrutar de la bien merecida pensión de jubilación.

"Pero también fueron concretos los Directores de la Empresa —agrega la demanda— en manifestar a su viejo servidor Correa Machado, que no querían —por ser injusto— desmejorar sus condiciones de retiro aplicando la legislación vigente entonces. Y que, por consiguiente, se le ofrecía que una vez convertido en ley de la República el proyecto sobre pensión jubilatoria que cursaba entonces en el Congreso, serían las disposiciones de la nueva ley las que habrían de regir la liquidación y pago de la pensión. O lo que es lo mismo, que ella le sería pagada con la aplicación íntegra de los mandatos del nuevo Estatuto".

Al propio tiempo que el Gerente de la Compañía, a nombre de ésta, le hacía a Correa Machado las anteriores manifestaciones, le expresaba además su pesimismo en el sentido de que el proyecto sobre pensiones jubilatorias entonces al estudio de las Cámaras, llegara a ser ley de la República, pero para confirmarle las magníficas intenciones de la Sociedad hacia él, "le comunicó que la Junta Directiva había dispuesto a su favor una bonificación por valor de quince mil pesos m. l. ($ 15.000.00) sin carácter devolutivo, para el caso de que no se expidiera la nueva ley, o esta no hiciera más favorables las condiciones en que debía ser liquidada la pensión. Y que en caso de que el Proyecto llegase a ser ley de la República, y por consecuencia fuere más favorable la forma de liquidación consagrada en el nuevo Estatuto, la suma expresada sería reembolsada a la Compañía en cuotas del veinte por ciento mensual, deducibles de la pensión".

No obstante las condiciones en que la Compañía concedió la aludida bonificación, no ha cumplido el deber de liquidar y pagar a Correa Machado la jubilación conforme a las normas de la ley 171 de 1961 y, además, ha venido deduciéndole aquella mejora en cuotas del veinte por ciento sobre el monto de la pensión liquidada conforme a la ley antigua. Lo cual quiere decir que la Empresa ha violado las obligaciones que voluntariamente adquirió con su trabajador.

La Sociedad concedió a Correa una jubilación de $ 600.00 a partir de la fecha de su retiro, alegando que había cumplido los veinte años de servicio el 5 de julio de 1951; que su sueldo promedio en el vigésimo año era de $ 1.661.66, y que el 75% de esta suma excedía el límite de $ 600.00 señalado como máximo de esa prestación en las disposiciones legales entonces vigentes. Tal cantidad fue pagada desde la fecha de terminación del contrato hasta el 31 de enero de 1962, pues en febrero del mismo año, al empezar la vigencia de la ley 171, la Sociedad reajustó la pensión a la suma de $ 1.375.00 "cuando el señor Correa M., con base en la oferta hecha por el Director de la Compañía, esperaba que su pensión le fuera reajustada de acuerdo con los preceptos de la Ley 171 de 1961, o lo que es lo mismo, que se le reconociera y pagara por tal concepto la suma de $ 2.325.00 mensuales, equivalentes al 75% del promedio mensual devengado en los últimos doce meses de servicio".

En su respuesta, el apoderado de la Compañía admite el tiempo de servicios señalado en la demanda, lo mismo que la forma de terminación del contrato, pero observa que Correa Machado no fue asistente de la Dirección. Dicho señor —agrega— otorgó un recibo el 10 de agosto de 1961, redactado por la Compañía, de la suma de $ 15.000.00 entregada por élla "como bonificación especial, graciosa y voluntaria", sujeta a la condición que se desprende del

siguiente aparte del mismo recibo: "En el caso de que la nueva ley sobre reformas laborales, próxima a salir, hiciere más beneficiosa la pensión de jubilación de seiscientos pesos ($ 600.00) que actualmente me corresponde, la suma de $ 15.000.00 antes expresada la reintegraré a la Compañía Nacional de Chocolates S. A. en cuotas periódicas equivalentes al veinte por ciento (20%) de la nueva pensión". La Compañía efectuó la liquidación de la pensión jubilatoria de Correa Machado con sujeción a las disposiciones legales vigentes en el momento de su desvinculación de la empresa, o sea en el momento en que se causó el derecho, lo eximió de la obligación de devolver los anticipos de cesantía hechos en relación con los primeros veinte años de servicio y le dió la bonificación mencionada con la condición de devolverla en cuotas del veinte por ciento de la pensión, si la nueva ley próxima a salir en la fecha del despido, "hacía más beneficiosa la pensión legal de jubilación reconocida".

En armonía con el Código Sustantivo del Trabajo, la Compañía liquidó y pagó la pensión a razón de $ 600.00 mensuales hasta el 31 de enero de 1962. De acuerdo con la Ley 171 de 1961, aplicó el aumento previsto en el artículo 1º de la Ley 77 de 1959 a la pensión, que era menor de $ 1.375.00 y había sido causado con posterioridad a la sanción de esta ley. Así, esa prestación quedó aumentada a la suma de $ 1.375.00 y se hizo más beneficiosa que la causada a la fecha del despido, por cuanto se la acrecentó en $ 775.00.

Dice que es absurda la afirmación de la demanda de que la pensión ha debido ser reajustada con base en la Ley 171 a "la suma de $ 2.325.00 mensuales, equivalentes al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de los sueldos devengados en los últimos doce (12) meses de servicio", según promesa de la Compañía. Que tal promesa "en ningún momento fue hecha, ni podría hacérsele por la sencilla razón de que siendo esas disposiciones diversas, reguladoras de casos distintos, sería imposible aplicarlas todas a la vez a la pensión del señor Correa Machado". La Compañía no contrajo a favor de Correa Machado obligación diferente de la de reconocer y efectuar el aumento de su pensión si lo decretaba la nueva ley próxima a ser expedida, o sea la Ley 171 ya citada. Así se desprende del recibo otorgado por dicho señor a favor de la empresa el 10 de agosto de 1961, parcialmente transcrito, y de la determinación de la Junta Directiva, tomada en su sesión del 28 de julio del mismo año, en el sentido de otorgarle a Correa la pensión de $ 600.00 mensuales y una bonificación de $ 15.000.00 que debería reintegrar en caso de que la próxima ley sobre pensiones de jubilación lo favoreciera. Esta condición se cumplió por la aplicación de las Leyes 77 de 1959 y 171 de 1961, que elevaron a más del doble la pensión prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, y vigente en el momento en que se causó a favor del demandante. Termina el apoderado de la Compañía oponiéndose a las declaraciones solicitadas en la demanda y solicitando que el actor sea condenado en las costas del juicio.

El Juez Tercero del Trabajo de Medellín, a quien correspondió el conocimiento del negocio, absolvió a la sociedad demandada de los cargos que le fueron formulados y no condenó en costas.

Apelada esa providencia por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior de Medellín en la suya del nueve (9) de abril de 1965, decidió el asunto así:

"1º Se declara que la Compañía Nacional de Chocolates S. A., está en la obligación de reajustar la pensión jubilatoria del Sr. Félix Correa M. hasta la suma de mil trescientos setenta y cinco pesos ($ 1.375.00), desde el once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1961)".

"2º El Sr. Félix Correa M. no está obligado a reintegrar a la Compañía, la bonificación especial de quince mil pesos ($ 15.000.00), por cuanto la nueva ley no le fue más favorable".

"3º Absuélvase a la misma Compañía de los demás cargos que le fueron formulados".

"Queda así revocada y confirmada en parte, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, el nueve de octubre de mil novecientos sesenta y tres".

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir, previo el estudio de las demandas presentadas para sustentarlo y de los correspondientes escritos de oposición.

El recurso de la parte demandante.

Alcance de la impugnación.

Pretende que la Corte case parcialmente la sentencia acusada y que, convertida en tribunal de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, condene a la Sociedad demandada a pagar al actor una pensión de jubilación por valor de $ 2.325.00 mensuales, a partir del 1º de febrero de 1962. Por consiguiente, debe mantenerse la parte resolutiva del fallo impugnado, en sus ordinales 1º y 2º con la modificación cuantitativa de la pensión a partir de la fecha citada.

Con ese propósito, invocando la causal primera de casación, consagrada en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula un solo cargo, así:

"Infracción indirecta de los artículos 1494, 1495, 1530, 1540, 1621 y 1622 del C. C. en conexidad con los artículos 16, ordinal 2º, y 21 del C. S. T.", por falta de aplicación, como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por no haber apreciado unas pruebas y haber valorado equivocadamente otras, que luego se singularizan".

Dice el casacionista que el error "capital" en que incurrió el fallador de segundo grado consiste en no haber dado por demostrado, estándolo, "que la empresa demandada al terminar el contrato que la ligaba al actor Félix Correa, se obligó unilateralmente a aplicar a su ex-empleado el régimen de pensiones previsto en una ley próxima a expedirse, que en efecto se expidió y que es más favorable al demandante".

Que al expresado error llegó el **ad-quem** por equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

a) El documento de folios 78, o sea, la copia del acta número 2526 de la Junta Directiva de la Sociedad demandada, debidamente autenticada por el Secretario de la misma.

b) El documento visible a folios 11, suscrito por el actor.

c) La contestación a la demanda, contenida en el escrito que obra de folios 13 a 16.

Y por no haber evaluado:

1. El documento ameritado a folios 24.

2. El documento de folios 26.

3. La absolución de posiciones del representante legal de la demanda (fol. 32.).

Después de copiar el texto de los documentos, mal apreciados unos y dejados de estimar otros, por el sentenciador, según la censura, el casacionista hace al respecto las siguientes consideraciones:

"Si se atiende a un criterio finalista para interpretar el alcance de la voluntad de las partes, expresada en la declaración unilateral de la sociedad demandada, que adquirió naturaleza contractual por la aceptación del acto, la empresa demandada se obligó a aplicar al demandante la ley que fuese expedida con posterioridad a la terminación de su contrato y que consagrase un régimen jubilatorio más favorable a Félix Correa".

"Circunstancialmente, al momento de la terminación del contrato entre los contendientes, se encontraba en la etapa de discusión, dentro del proceso legislativo, un proyecto reformatorio del régimen de pen-

siones de jubilación. Cualquier ley que fuese expedida con posterioridad a dicha terminación y que introdujera reformas sustanciales al régimen jubilatorio no podía aplicarse al actor. Podía y debía aplicarse toda ley que ordenara un aumento del valor de la pensión y, en tales condiciones, era superfluo, careciente de finalidad contraer la obligación de someterse a ella, si forzosamente se aplicaría a todos los empleadores que hubieran reconocido pensiones de jubilación. La anterior afirmación se vigoriza, si se tiene en cuenta que al momento de la causación de la pensión del actor regía una ley la 77 de 1959, por la cual se ordenaba aumentar el valor de determinadas pensiones de jubilación. Si ello es así, como lo fue, carecía de objeto, repito, estipular obligaciones cuyo objeto fuese el aumento de la pensión. Aún más: con o sin la estipulación contractual aludida, la demandada tenía que dar cumplimiento como lo dió, a la ley 171 de 1961 que ordenó el aumento de la pensión del demandante".

"Con efecto, el proyecto que se discutía cuando la demandada reconoció pensión de jubilación a Félix Correa, se convirtió en la Ley 171 de 1961 que modificó el régimen de pensiones de jubilación, al establecer que el valor de la pensión es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, sin exceder de $ 3.000.00 (artículos 6º y 14). El régimen que se aplicó al demandante disponía la congelación de dicho salario en el vigésimo año de servicio, sin exceder el importe pensional de $ 600.00".

"Por las limitaciones contenidas en el régimen que se aplicó al demandante, la empresa concedió a éste una bonificación en atención a su antigüedad de 30 años y a su eficiente servicio, bonificación sometida a la condición resolutoria de que la nueva ley "le hiciere más favorable la pensión jubilatoria".

"En forma simple e inequívoca, la sociedad demandada expresó su voluntad de normar la pensión del demandante por una ley más favorable y el hecho condicional tuvo ocurrencia. Lo favorable de la ley nueva no podía referirse a un eventual aumento, por las razones ya expresadas de que, de todas maneras, el aumento debía pagarse, como se pagó, sin que pueda denominarse como obligación suspensiva porque está al margen de la esfera contractual".

"En consecuencia, si se considera el sentido natural y obvio de las palabras empleadas por la Junta Directiva de la sociedad demandada, al declarar la voluntad de ésta; si se interpretan los términos declarativos en el sentido de que produzcan algún efecto; si se atiende a los factores circunstanciales —bajo valor de la pensión en razón de antiguedad y eficiencia, y proximidad de expedición de una nueva ley— se concluirá, con impositiva evidencia que las partes pactaron la aplicación del régimen establecido en la Ley 171 de 1961, según el cual el valor de la pensión del demandante es de $ 2.325.00 mensuales, equivalente al promedio de los salarios devengados en el último año de servicio".

Se estudia el cargo:

Entre las normas legales especificadas en la enunciación del ataque, no se encuentran aquellas que crean el derecho, desconocido en la sentencia, y cuyo reconocimiento se persigue con el recurso, y aun cuando en el desarrollo y demostración de la censura se hace referencia a los artículos 6º y 14 de la Ley 171 de 1961, y al contenido de otras normas que sí establecen el derecho que se demanda, tal señalamiento no pretende la inclusión de esas disposiciones como violadas por el juzgador, sino más bien demostrar que la intención de la Sociedad, manifestada en el momento de la terminación del contrato, fue la de someter el caso de Correa Machado al régimen de ese Estatuto próximo a expedirse.

Lo anterior quiere decir que el cargo no está adecuadamente presentado, de acuerdo con la severidad y formulismo que caracterizan la técnica de casación en general, y, concretamente, en lo que atañe a la integración de la proposición jurídica. Defecto que la contraparte también advierte en su escrito de oposición. Pero si con un criterio de amplitud en el examen de la de-

manda se entendiera que las citas que el casacionista hace de las disposiciones de la Ley 171 de 1961, en las circunstancias anotadas, basta para completar el conjunto de las normas que han debido indicarse como violadas por el fallador, tal entendimiento, como se verá en seguida, no conduce al éxito del recurso.

Dijo el Tribunal en lo pertinente:

"No puede, pues, entenderse, como lo afirma el actor, que la intención de la empresa al formularle la aludida promesa, era la de reliquidarle su pensión jubilatoria, conforme a la Ley próxima a salir, aún cuando no le fuera aplicable, esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto por esa nueva ley y su decreto reglamentario (arts. 14 de la primera y 8º del segundo), tomando como base el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, porque para que ello fuera así era necesario que la empresa manifestara expresamente que se comprometía a reliquidarle su jubilación en la forma como dispusiera la nueva Ley, aún en el caso de que no quedara comprendido en ella; como no dijo así, la Ley 171 de 1961 en lo que hace relación a la liquidación de la pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicio, y no en el vigésimo, no le era aplicable al demandante, era como si no existiera para él, porque su pensión se había causado con anterioridad a la vigencia de dicha Ley; y ésta sólo empezó a regir, en lo pertinente, a partir del 1º de febrero de 1962, quedando el actor, a este respecto, fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la misma".

La Sala ha examinado atentamente la prueba que el impugnador señala como erróneamente por el **ad-quem**, lo mismo que la señalada como dejada de estimar, y no halla que las anteriores consideraciones de la sentencia obedezcan al error de hecho de que habla la acusación.

En efecto, el documento de folios 18, es de este tenor: "**Don Félix Correa**: Por tener reunidos los requisitos legales para su jubilación, se acordó otorgarle una pensión neta de $ 600.00 mensuales y una bonificación especial de $ 15.000.00 que deberá reintegrar en caso de que la próxima ley sobre prestaciones sociales le hiciere más favorable la pensión jubilatoria".

Y el escrito de folios 11, reza: "**por $ 15.000.00.** Recibí de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. la suma de **quince mil pesos M/cte.** ($ 15.000.00) como bonificación especial, graciosa y voluntaria que me hace la Junta Directiva con motivo de mi retiro de la empresa para entrar a disfrutar de la pensión de jubilación a que tengo derecho".

"En caso de que la nueva ley sobre reformas laborales, próxima a salir hiciere más beneficiosa la pensión jubilatoria de **Seiscientos pesos** ($ 600.00) que actualmente me corresponde, la suma de $ 15.000.00 antes expresados la reintegraré a Compañía Nacional de Chocolates en cuotas periódicas mensuales equivalentes al 20% del monto de la nueva pensión. Medellín, agosto 10 de 1961. Recibí. (Fdo.) **Félix Correa Machado**".

Para la Sala los términos en que están concebidos los anteriores documentos no admiten la interpretación y el alcance que les concede el casacionista. Se ve en ellos, con toda claridad, que el propósito de la Compañía fue el de darle al trabajador, a título de bonificación, la suma de $ 15.000.00 con la condición de reintegrarla en cuotas periódicas equivalentes al 20% de la pensión, en caso de que la ley sobre jubilaciones, próxima a expedirse, favoreciera su situación de jubilado, definida conforme a los postulados de la legislación entonces vigente. Y en efecto, la Ley 171 de 1961, que era el estatuto que se esperaba y que entró a regir el 1º de feberero de 1962, al reformar la Ley 77 de 1959, ampliando su campo de aplicación a las pensiones inferiores a $ 1.375.00 causadas con posterioridad a la sanción de la misma, elevó a esta suma la jubilación de $ 600.00 que Correa venía percibiendo de acuerdo con las disposiciones legales anteriores. A juicio de la Sala es esta la circunstancia de orden legal que la Compañía tomó en cuenta como una futura posibilidad de beneficio para el trabajador, no la de someterse en relación

con el caso de Correa, al régimen integral de los futuros estatutos, como lo entiende el impugnador.

Los documentos de folios 24 y 26, sin firmas responsables, son cartas dirigidas por la Sociedad demandada a Félix Correa el 9 de mayo de 1961 y el 2 de abril de 1962. Si se apreciaran como pruebas, pese al defecto anotado, ellas no apoyarían la tesis de la acusación, pues revelan, evidentemente, que la voluntad de la Compañía es la que ha venido sosteniendo en el debate. Y las posiciones del representante de la Sociedad tampoco contribuyen al éxito de la acusación. Las preguntas quinta y octava, y sus respuestas, que son las más pertinentes de esa diligencia, dicen: "Quinta. Diga Ud. si es cierto o nó, que al propio tiempo Ud. manifestó al señor Correa Machado, a nombre de la Compañía Nacional de Chocolates, que su pensión de jubilación sería liquidada y pagada conforme a los preceptos de la ley sobre pensiones de jubilación que resultara del proyecto que entonces se discutía en el Congreso de la República?. A la 5ª Contestó: Cuando el señor Correa Machado fue despedido del servicio de la Compañía, se le liquidó la pensión de jubilación de acuerdo con los cánones vigentes en ese momento; y se le manifestó lógicamente que se le harían los reajustes que cualquier ley posterior pudiera conferirle. Esto era simplemente una consecuencia de la Ley que nó de la promesa de la Compañía. "Leída la aprobó".

"Octava. Diga Ud. si es verdad que la intención de la Compañía expresada por conducto de sus Directores, era la de aplicar la nueva ley sobre pensiones de jubilación al caso del señor Félix Correa Machado como si este estuviera en servicio activo cuando empezara la vigencia de ese estatuto?. Contestó: No es verdad. El Sr. Correa sabe las razones por las cuales se le echó del servicio de la Compañía y por eso mismo debe saber que la Compañía no podía hacerle, cómo no le hizo, ofertas de jubilaciones superiores a las reconocidas o establecidas por la Ley. Leída la aprobó".

No aparece, entonces, el error "capital" de que habla la censura, en la actividad probatoria del ad-quem.

El cargo no prospera.

El recurso de la parte demandada.

Alcance de la impugnación.

Pretende que la Corte infirme el fallo recurrido, "pero sólo en cuanto a que el demandante Félix Correa Machado está obligado a que reintegre a la Sociedad Compañía Nacional de Chocolates S. A., en cuotas periódicas mensuales equivalentes al 20% de la pensión reajustada de $ 1.375.00, desde cuando decretó el reajuste pensional", o sea que la Sala de Casación Laboral en función de instancia, revoque el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia acusada y, en su lugar, acceda a la presente petición.

Para el efecto, con apoyo en el numera 1º del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula un solo cargo, así:

"Acuso la sentencia por interpretación errónea de los artículos 1º de la Ley 171 de 1961, 1º de la 77 de 1959, 14 del C. C. y 58 del C. P. y M., en relación con los artículos 1542, inciso 1º 1544, 1602 y 1603 del C. C.".

La errónea interpretación —dice el casacionista— proviene de que para el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el artículo 1º de la Ley 171 de 1961 es interpretativo o aclaratorio del artículo 1º de la Ley 77 de 1959, atribuyéndole el fallo acusado al art. 1º de aquella ley un alcance que no le corresponde, con quebranto de las reglas de hermenéutica legal que establecen los artículos 14 del C. C. y 58 del C. P. y M., pues afirma que no es procedente el reintegro de la bonificación especial de los $ 15.000.00 por parte de Félix Correa a la Compañía demandada, porque "la Ley 171 de 1961, en su art. 1º tiene un carácter de ley aclaratoria, por cuanto que aclara el sentido oscuro de la Ley 77 de 1959, y por tanto, como Ley aclaratoria se entiende incorporada en la Ley que aclara para todos sus efectos, tal como lo dispone el artículo 14 del C. C.".

Copia, a continuación, un aparte de la sentencia acusada, y agrega:

"Como secuela de la mala inteligencia que se le da al artículo 1º de la Ley 171 de 1961, el sentenciador libera al demandante de la obligación de reintegrar, en los términos pactados, la suma de $ 15.000.00".

"No es necesario aplicar el método científico de interpretación de las leyes sino el textualista o exegético, para sostener que el artículo 1º de la Ley 171 de 1961 no tuvo la virtualidad de interpretar o aclarar el artículo 1º de la Ley 77 de 1959, por medio de la cual se aumentaron las pensiones en el sector público y privado. Como también resulta infundada la premisa de que es obscuro o dudoso el artículo 1º de la Ley 77 de 1959 al establecer la escala de aumentos hasta el año de 1959 y en la proporción que allí se determina".

"La genuina y exacta significación del artículo 1º de la Ley 171 de 1961 es la de que extendió el reajuste a las pensiones de algunos pensionados que no fueron cobijados por la Ley 77 de 1959 es decir, creó una nueva situación jurídica para los jubilados que no quedaron amparados por este último estatuto".

Se examina el cargo.

El pasaje pertinente del fallo de Segunda instancia, transcrito por el impugnador, dice: "En síntesis, si como se dijo antes, el art. 1º de la Ley 171 de 1961, en cuanto estatuye que los aumentos previstos en el art. 1º de la Ley 77 de 1959 se aplicarán también a las pensiones inferiores a $ 1.375.00 pesos mensuales causadas con posterioridad a la sanción de la misma, cuando el año utilizado como base para la liquidación de la respectiva pensión, como aquí ocurrió, sea alguno de los contemplados en la tabla de aumentos, es simplemente aclaratoria de la norma citada en segundo término, entonces, en virtud de lo consagrado en los arts. 14 del C. Civil y 58 del C. P. y M., lo dispuesto sobre el particular en la segunda Ley se integra en la primera, y con tal plenitud, que debe considerarse que entró en vigencia desde la misma fecha en que empezó a regir la primera en ser expedida, desde el punto de vista del tiempo. De lo cual se desprende que, en última instancia, si por razón de esta subsunción jurídica, los arts. 1ºs. de las leyes 77 de 1959 y 171 de 1961 quedaron fundidos en uno solo, por lo menos en lo que hace relación al caso del demandante, vigente desde el 19 de noviembre de 1959, cuando entró a regir la multicitada Ley 77, aclarada por el art. 1º de Ley 171 de 1961, en realidad para el demandante, la que podría llamarse nueva Ley en el tiempo, o sea el art. 1º de la última, no le fue más favorable, en lo que respecta al aumento de su pensión jubilatoria, de $ 600.00 mensuales a $ 1. 375.00, también mensuales. Y es que como repetidamente lo ha dicho la Corte, "Las leyes interpretativas de otras deben aplicarse desde su promulgación no sólo para decidir las controversias que ocurran o se ventilen sobre actos o contratos ejecutados o celebrados con posterioridad, sino también a las ocurridas antes, en vigencia de las leyes o disposiciones que la nueva ley interpreta". (sent. 16 octubre 1924, XXXI, 73, etc., etc.). De todo lo cual resulta otra razón para que no proceda ordenarle al demandante restituya a la opositora la bonificación condicionada a que tanto se ha aludido".

La Corte no comparte la anterior interpretación del Tribunal.

La exégesis que de la Ley 171 de 1961 hace el fallador no corresponde a su verdadero entendimiento. La Ley 77 de 1959 aumentó, a partir del 1º de enero de 1960, las pensiones de jubilación oficiales, semi-oficiales y particulares, y las de invalidez, tanto oficiales como semi-oficiales que se hayan causado con anterioridad a su vigencia. Félix Correa se desvinculó de la empresa el 10 de agosto de 1961 y esta circunstancia indica que para él la pensión se causó con posterioridad al momento en que dicha Ley empezó a regir, o sea, que su caso no quedaba comprendido dentro de las previsiones del mencionado estatuto. Y fue precisamente esto lo que determinó la voluntad de la Compañía a otorgar la bonificación

condicionada de que se habla en el análisis del cargo presentado por la contraparte.

Pero la Ley 171 de 1961, cuya vigencia empezó el 1º de febrero de 1962, modificó aquella situación jurídica, disponiendo que los aumentos señalados en el artículo 1º de la Ley 77 de 1959 se aplicarán también a las pensiones inferiores a $ 1.375.00 mensuales, causadas con posterioridad a la sanción de la misma, lo que quiere decir que aquella ley no se limitó a declarar el sentido de la anterior, aclarándolo, como lo entiende el Tribunal, sino que la modifica, creando una nueva situación jurídica que para el demandante se concreta en el aumento de su pensión de $ 600.00 a $ 1.375.00 a partir de su vigencia.

Se cumple así la condición que la Compañía tomó en cuenta para efecto del reintegro gradual de los $ 15.000.00 dados a Correa a título de bonificación. El cargo prospera y la sentencia recurrida debe ser casada en este punto para decidir en instancia, lo que sea de rigor.

Fallo de instancia.

Siendo, pues, indudable, como se desprende del análisis del cargo anterior, que la Ley 171 de 1961 elevó la pensión del demandante de $ 600.00 a $ 1.375.00, resulta obvio, también, que aquel estatuto modificó favorablemente su situación de jubilado y que este beneficio constituye el cumplimiento de la condición prevista por la Compañía y aceptada por el trabajador para efecto del reintegro de la bonificación en cuotas mensuales equivalentes al 20% del monto de la nueva pensión.

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 declara que Félix Correa M. no está obligado a reintegrar a la Compañía Nacional de Chocolates S. A. la bonificación especial de $ 15.000.00, y, en su lugar, confirmando en el mismo punto la del Juez a-quo, condena al demandante a devolver a dicha sociedad en cuotas mensuales equivalentes al 20% del monto de la nueva pensión, la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) o lo que de ésta aun esté pediente hasta su definitiva solución. No la casa en lo demás.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REFORMATIO IN PEJUS

Artículo 494 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta Nº 13).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Hacienda el Labrador S. A. contra la sentencia de fecha dos de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Laboral, en el juicio de José Guillermo Palencia contra la sociedad recurrente. El apoderado de la Sociedad sustentó oportunamente el recurso con demanda que fue calificada formalmente ajustada a las normas legales y que no se replicó por la contraparte.

Antecedentes.

José Guillermo Palencia demandó a la sociedad "Hacienda El Labrador S. A." para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, prima de servicios, dominicales y feriados, vacaciones, indemnización por lucro cesante, gastos de transporte para el regreso al lugar en donde fue contratado, indemnización por perjuicios morales y materiales," indemnización moratoria y costas del juicio. Para sustentar sus pedimentos el actor expuso, en síntesis los siguientes hechos: 1) Que fue contratado en la ciudad de Armenia el 18 de enero de 1964 para prestar los servicios de auxiliar de contabilidad en la población de El Algarrobo, con una remuneración de un mil quinientos pesos mensuales ($ 1.500.00), 2) Que fue despedido sin justa causa el 6 de agosto de 1965 y no se le han pagado las prestaciones, gastos e indemnizaciones que demanda.

La sociedad demandada se opuso a todas las peticiones del demandante y negó los hechos en que se apoyaron.

El Juez Municipal del Trabajo de Valledupar que fue el del conocimiento, en sentencia de diez y siete de agosto de mil novecientos sesenta y ocho condenó a la sociedad demandada al pago de auxilio de cesantía por dos mil trescientos doce pesos con cincuenta centavos ($2.312.50), compensación de vacaciones por un mil ciento cincuenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 1.156.25) e indemnización moratoria por la suma de cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos ($54.550.00).

Del fallo de primera instancia solo recurrió la parte demandada, y el Tribunal, en la sentencia objeto del recurso extraordinario, la modificó para reducir el auxilio de cesantía a dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) y la compensación por vacaciones a setecientos cincuenta pesos ($ 750.00), y para fijar el pago de la indemnización moratoria en los siguientes términos: "Modifícase el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia en el sentido de condenar a la empresa "Labrador S. A.", a pagar los salarios caídos a favor del señor José Guillermo Palencia, desde el día primero (1º) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) hasta el día en que se efectúe el pago de las prestaciones y esta indemnización, equivalente al salario diario devengado".

La sustentación de recurso.

Para apoyar el petitum de que la Corte "case parcialmente la sentencia impugna-

da, en cuanto por su numeral 3º modificó el 3º de la del a-quo, para que, como ad-quem, confirme este último numeral", el casacionista presenta un cargo, basado en la causal segunda del artículo 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, sobre el aserto de que "la providencia recurrida contiene una decisión, la de salarios caídos, que hace más gravosa la situación de la única parte, mi procurada, que apeló de la de primer grado".

Con el propósito de demostrar esta acusación, el impugnante expresa que"el numeral 3º de ésta la condenó, como ya se dijo, a pagar al actor $ 54.550.00 por el concepto expresado, en tanto que el numeral 3º de aquella la condenó a pagarle, por el mismo concepto, la suma de $ 50.00 diarios, desde el 1º de agosto de 1965 hasta la fecha en que se efectúe su pago y el de cesantía y vacaciones". Agrega que la condena del a-quo comprende los salarios entre la fecha de la terminación del contrato, 1º de agosto de 1965, hasta la de la providencia, 17 de agosto de 1968, y la condena del ad-quem "comporta $ 50.00 diarios más desde el 18 de agosto en adelante. Así, en la fecha de la presentación de esta demanda, 17 de febrero de 1970, vale aproximadamente $ 27.000.00 adicionales".

Cita el recurrente algunos apartes de sentencias de la Corte sobre la tutela del principio de la "reformatio in pejus", para concluír que el caso en estudio encaja dentro de las condiciones que puntualiza esta jurisprudencia.

Se estudia.

Como aparece relatado en los antecedentes de la sentencia acusada, el juez a-quo pronunció contra la "Hacienda El Labrador S. A." condena por indemnización moratoria en la suma fija de cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos ($ 54.550.00). En la parte motiva de su resolución el Juez la respalda así, luego de citar el precepto del artículo 65 del C. S. del T.: "Dando aplicación al caso presente se tiene pues que la hacienda Labrador representada por su administrador Gustavo Araque M. no canceló al momento de dar por terminado el contrato de trabajo las prestaciones debidas ni mucho menos ha hecho las consignaciones del caso, por lo tanto debe al reclamante el tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 1965 y el 17 del mismo mes de 1968, lo que da un total de 1.097 días que a razón de $ 50.00 pesos diarios arroja la suma de Cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta ($ 54.550.00) pesos, por concepto de indemnización moratoria". (fl. 49 del cuaderno de primera instancia).

Del fallo de primer grado solamente apeló el apoderado de la parte demandada y gravada con dicho fallo (fl. 50 vto. del C. Nº 1), y para decidir el recurso de alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar resolvió, como ya quedó transcrito en los antecedentes, condenar en materia de indemnización moratoria al pago de "salarios caídos" desde la terminación del contrato de trabajo, 1º de agosto de 1965, "hasta el día en que se efectúe el pago de las prestaciones y esta indemnización, equivalente al salario diario devangado". El ad-quem motivó así su resolución en este punto, después de reproducir las consideraciones del a-quo:

"Conviene aclarar, que la circunstancia de no haber consignado la empresa demandada ante el Juez competente la suma anteriormente referida, significa que la moratoria no cesa sino el día en que real y objetivamente se haga el pago correspondiente al actor por concepto de indemnización. Dicho en otros términos, la indemnización por salarios caídos fijada en el fallo de primera instancia, se contrae naturalmente a la fecha del referido fallo, pero en ningún caso a la obligación definitiva que resulte de la liquidación que se haga a este respecto el día en que efectivamente se haga el pago de rigor al trabajador José Guillermo Palencia, por parte de la empresa demandada" (fol. 26 del C. Nº 2).

El Tribunal estima, pues, que la indemnización moratoria no debe detenerse en la fecha de la decisión de primera instancia sino que va hasta la fecha del pago, conforme al mandato legal, lo que jurídicamente es acertado. Ello conlleva un aumento de la cuantía de la condena proferida por el

a-quo, no limitada sino por la fecha del pago de las prestaciones a que se refiere el fallo. **Pero como ocurre que de la resolución del juez de primera instancia solo apeló la sociedad demandada, el ad-quem no podía, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 494 del C. J., hacer más gravosa su situación en relación con el fallo de primer grado. Este principio de la "reformatio in pejus" fue garantizado en el procedimiento laboral por una causal específica de casación, consagrada en el artículo 87 del Decreto 2158 de 1948 (Código de Procedimiento del Trabajo) como la segunda, y mantenida por el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, disposición en la que se sustenta el ataque del casacionista a más de la ya citada del Código de Procedimiento Civil.** Por consiguiente, debe quebrarse el fallo del Tribunal en cuanto aumenta el gravamen que para la parte apelante impuso la sentencia de primera instancia y mantenerse lo determinado por ésta.

Como de lo dicho antes se desprende que no son necesarias consideraciones adicionales para la resolución 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, **Casa Parcialmente** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Laboral, de fecha dos de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, en el juicio ordinario de José Guillermo Palencia contra la sociedad "Hacienda El Labrador S. A.", en cuanto aumenta la condena proferida en materia de indemnización moratoria por el Juez de primer grado y, obrando como tribunal de instancia, confirma dicha condena en la forma determinada en el inciso tercero del fallo pronunciado por el Juez Municipal del Trabajo de Valledupar en el ameritado juicio.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

(Subordinación)

Si lo que fundamentalmente tipifica la subordinación es la aptitud del patrono de dar órdenes al trabajador y la obligación de éste de atenderlas, no puede desvirtuar este elemento que estructura el contrato de trabajo la circunstancia de que, en tratándose de servicios médicos, el facultativo actúe con autonomía técnica, por ser ello obligosa secuela de la actividad especializada contratada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., Abril veintiocho de mil novecientos setenta).

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno).

(Acta Nº 21).

Surtido en legal forma el trámite correspondiente procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Ibagué puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por JULIO CESAR JARAMILLO contra la HACIENDA LA PALMA LTDA., representada por su Gerente.

Antecedentes.

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la Hacienda la Palma Ltda., representada por su Gerente, a pagar al doctor Julio César Botero Jaramillo el valor de la cesantía, las vacaciones causadas y no disfrutadas, las primas de servicios, los salarios faltantes para cumplirse el último plazo presuntivo de su contrato de trabajo y la indemnización moratoria, con base en los siguientes hechos:

El demandante trabajó en forma continuada e ininterrumpida al servicio de la Hacienda La Palma Ltda., como médico, desde el mes de octubre de 1943, en que entró a reemplazar en ese cargo al doctor Abel Jiménez Gómez, hasta el de febrero de 1963, "en que fue destituído sin justa causa por el Administrador de la Empresa, señor Alfonso Currea". En dicha calidad, prestó sus servicios médicos a todo el personal de la citada empresa, obedeciendo órdenes emanadas directamente de ésta, y como consecuencia atendió consulta médica; exámenes de ingreso; exámenes de retiro, intervenciones quirúrgicas, contando para esto último con la asesoría del Dr. Eduardo Kairuz, "a quien la Hacienda le pagó la ayudantía correspondiente"; visitaba a los enfermos hospitalizados; y, en general, todo lo relacionado con sanidad del personal ameritado, teniendo muchas veces que trasladarse a la propia hacienda a realizar la consulta y las visitas de los enfermos, siendo despachadas las fórmulas respectivas por la Droguería T. Amaya y por la de David Calderón durante todo el tiempo mencionado. En el referido lapso de la relación laboral, el actor devengó varios sueldos mensuales, empezando por el de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) y terminado con el de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00). La empresa no le ha pagado al citado demandante vacacio-

nes, primas, cesantía, ni ninguna otra prestación, obligaciones éstas cuya cancelación reclamó, respondiéndosele en forma negativa.

En la contestación de esta demanda, el apoderado que constituyó la sociedad admitió únicamente no habérsele pagado al demandante prestaciones sociales y habérse negado a cancelarlas cuando las reclamó, por cuanto, como ampliamente se le explicó, no existió contrato de trabajo, pues no puso a disposición de la demandada "una cantidad dada de energía, sino que su labor se orientaba, a la consecución de un resultado dado por medio del propio trabajo"; la empresa tampoco le dio órdenes al doctor Botero, "ni éste se vio obligado a cumplirlas, sobre el modo como debía realizar las funciones que le eran propias"; ella tampoco pudo "determinar el tiempo, modo o cantidad de trabajo que le incumbía al reclamante", ni le fijó "horario o condiciones de trabajo, ni estuvo en capacidad de reprimir por sanciones sus faltas disciplinarias"; no existía, además, "por parte de la Empresa, ni siquiera un control sobre la manera como el médico adelantaba sus tratamientos", y es innegable que, "en cuanto al tratamiento a seguir, las drogas a formular, necesidad de hospitalización o no, fijación de incapacidades, etc., el doctor Botero Jaramillo gozó de plena y total autonomía", todo lo cual indica que no concurrió el elemento de la continuada subordinación, que permite diferenciar al trabajador subordinado del trabajador independiente. Negó que el actor hubiera sido despedido y manifestó que los demás hechos debían demostrarse. Terminó proponiendo, con base en la posición asumida, la excepción de inexistencia de la obligación y, para el caso "improbable de que se admitiera la existencia del contrato laboral", la de prescripción.

Agotado el debate, el señor Juez del Trabajo de Ibagué, que fue el del conocimiento, resolvió el negocio por medio de la sentencia del 7 de marzo de 1964, en la que absolvió a la empresa demandada "de todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda" y condenó al demandante a pagar las costas del juicio.

En virtud de apelación concedida al apoderado del actor contra esta decisión, se adelantó ante el Tribunal Superior de Ibagué la segunda instancia de este proceso, en cuyo desarrollo se practicaron varias pruebas, y una vez concluído el trámite respectivo, dicha Corporación, por conducto de su Sala Laboral, desató la alzada, en fallo del 2 de julio del citado año de 1964, revocando el apelado y resolviendo, en su lugar, lo siguiente:

"1º). Declaráse probada parcialmente la excepción de prescripción.

"2º). Condénase a la Hacienda "La Palma" Ltda., actualmente representada por Guillermo Laserna Pinzón a pagar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, al Dr. Julio César Botero Jaramillo, la suma de: CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 4.676.68) M/cte., por los siguientes conceptos:

"a). Por AUXILIO DE CESANTIA: Dos mil setecientos setenta y seis pesos con sesenta y ocho centavos ($ 2.776.68) M/cte.;

"b). Por primas de servicios: quinientos pesos ($ 500.00) M/cte.;

á "c). Por vacaciones: un mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) M/cte.

"3º) En lo demás se ABSUELVE a la empresa demandada.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

Contra esta providencia interpusieron los apoderados de ambas partes el recurso de casación, que les concedió el ad-quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte, los que pasan a decidirse, empezando por el de la demandada, puesto que si prospera hace innecesario estudiar el del actor.

El recurso de la parte demandada

Persigue la parte demandada con su impugnación "el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto por su ordenamiento segundo condenó a la Hacienda La

Palma Limitada a pagar al Dr. Botero Jaramillo las sumas de $ 2.776.68 por auxilio de cesantía, $ 500.00 por primas de servicio y $ 1.400.00 por vacaciones, para un total de $ 4.676.68, y en cuanto por su ordenamiento primero declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, en forma ilegal y persigo ese quebrantamiento para que, en razón de la prosperidad del primer cargo que formularé, en la decisión subsiguiente se reconozca que entre las partes litigantes no existió un contrato laboral y se absuelva a la sociedad demandada de los extremos a que condenó el H. Tribunal, revocándose sus resoluciones sobre cesantía, primas y vacaciones, y aún su declaración sobre prosperidad parcial de la excepción de prescripción, confirmándose en su lugar el fallo totalmente absolutorio del a-quo".

Para el logro de este resultado formula un solo cargo, con invocación de la causal primera de casación laboral, en el que acusa la sentencia del ad-quem de "ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23 y 24 del C. S. del Trabajo, en los que fundamentó la declaración de existencia del contrato laboral, y 249 y 253 sobre cesantía, 306 sobre prima de servicios, 7º del D. 617 de 1954 y 186, 189 y 190 sobre vacaciones y su compensación en dinero, y 488 de la misma obra, sobre prescripción, que era improcedente declarar, ni total ni parcialmente, por cuanto no existía derechos laborales, violaciones que se produjeron por vía indirecta a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras, todas las cuales singularizaré. Hubo también aplicación indebida, a consecuencia de los mismos errores evidentes de hecho, de los artículos 1º del Decreto Nº 70 de 1950 y de todos los de los decretos 71 del mismo año, 2474 de 1948, 3871 de 1949 y 260 de 1950.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) La copia del dictamen médico legal de julio 25 de 1959, de folios 1 a 3; b) Las trece boletas de la sección de sanidad de la Empresa, de folios 8 a 16; c) La constancia de la Droguería Amaya de folio 17; d) La constancia de la Clínica Minerva de folio 18; e) La constancia del Hospital San Rafael de folio 19; f) Las posiciones absueltas por el Dr. Guillermo Laserna Pinzón de folios 45 v. a 47; h) La inspección ocular de folio 52 y el informe del Revisor de la contabilidad de folios 60 a 62; i) Los testimonios de Abel Jiménez Gómez (f. 38 v.), Pablo Medina f. 39 v.), José Daniel Camacho Angarita (f. 43), Alberto Segura (f. 44 v.), Carlos Gardeazábal (f. 47 v.), Alfonso Currea (f. 48), Nicolás Arciniegas (f. 88), Eduardo Kairuz (f. 89) y David Calderón (f. 90), y j) Los ocho talonarios que obran en sobre separado.

"Las pruebas dejadas de apreciar son la demanda inicial en los hechos que afirman que durante 19 años y meses de servicio, el Dr. Botero Jaramillo no recibió vacaciones, primas, cesantía, ni ninguna prestación social, y el indicio consistente en la forma como fueron prestados por el promotor de la litis sus servicios profesionales, sin reclamar nunca tales prestaciones.

"Los errores evidentes de hecho consistieron en dar por establecido, cuando las probanzas reseñadas demuestran prima facie todo lo contrario, que el demandante Botero prestó servicios personales a la sociedad demandada, bajo continuada dependencia o subordinación y mediante un salario, y que el contrato de trabajo que el fallador apreció, duró desde octubre de 1943 hasta febrero de 1963.

"De no haber sido por estos errores ostensibles, el H. Tribunal habría tenido que reconocer, como lo hizo el juzgador de primer grado, que entre las partes litigantes no existió un contrato de trabajo. No habría podido, en consecuencia, condenar al pago de las prestaciones de cesantía y primas, ni a la compensación de vacaciones no disfrutadas ni acumuladas legalmente; ni habría tenido que estudiar la excepción de prescripción formulada con carácter subsidiario, ni qué declararla probada parcialmente, en la forma como lo hizo. Por el contrario, si hubiera apreciado debidamente las probanzas que he singularizado, habría tenido que confirmar totalmente el fallo que llegó a su conocimiento en apelación interpuesta por la parte demandante, con costas al apelante vencido".

Para demostrar esta acusación el recurrente analiza primeramente las pruebas directas enunciadas y las posiciones absueltas por el Dr. Botero Jaramillo, sacando las conclusiones que, en su sentir, lógicamente se desprenden de cada una de ellas y que evidencian la no concurrencia de los hechos sobre los cuales se apoyó el Tribunal para deducir la existencia de un contrato de trabajo y que, por lo contrario, convencen de que el demandante atendiendo no órdenes, sino simples solicitudes de la empresa demandada, prestó servicios médicos al personal de ésta, en las ocasiones en que lo hizo, pues en otras actuaron diferentes profesionales, sin estar propiamente obligado a ello; sin sujeción a horarios; con libertad profesional y aún en su propio consultorio, "lo que implícitamente revela que lo que le pagaban por consulta o por paciente atendido no retribuía tan solo su actividad profesional, sino que debía cubrir, también, alquiler, uso y desgaste de instrumental, con todo lo cual ni se configura el elemento salario, ni las sumas apreciadas por el fallador corresponden en su totalidad a tal concepto". Y patentizan asimismo estos elementos de convicción, que el actor no tenía subordinación jurídica ni continuada dependencia. Esta prueba destruye, en consecuencia, la presunción del artículo 24 del C.S. del T., por lo que resulta así "indebidamente aplicados los textos 22 y 24 del Estatuto Laboral y las condenas consecuenciales sobre cesantía, primas y vacaciones, que violan, asimismo, los demás preceptos que he reseñado en esta acusación. Por ello también era improcedente estudiar el fenómeno prescriptivo de acciones laborales y la decisión sobre el particular es igualmente violatoria del artículo 488 del C. S. del Trabajo".

Observa, además, en relación con las constancias de la Droguería Amaya, de la Clínica Minerva y del Hospital San Rafael, que "estos documentos no provienen de la demandada, ni es lícito recibirlos como testimonios, ni como prueba alguna, ya que no fueron sometidos a ratificación, reconocimiento, ni ritualidad alguna".

Afirma, finalmente, que "esta conclusión de inexistencia de un contrato de trabajo está vehemente indicada por el propio comportamiento del Dr. Botero Jaramillo, durante todo el tiempo a que se refiere su demanda. Nunca pretendió ser trabajador dependiente, ni reclamó por ello prestaciones o el descanso vacacional. Esta conducta expresa su verdadero entendimiento acerca del carácter de su vinculación profesional con la sociedad demandada y la manera libre como atendió su desempeño médico. No podría siquiera alegarse, en nombre de su educación, que no reclamó nunca nada para no comprometer su pretendida posición dentro de la empresa, ya que para un médico de su reputación los $ 300.00 que ganaba de la Hacienda La Palma, poco significan como para permanecer impasible, por tantos años, ante tan monstruosa violación de sus derechos.

"La verdad es que la presente ocasión da oportunidad para recordar que los contratos se celebran de buena fe y que se puede dudar de que, como en el presente caso, solo supo que era trabajador de una empresa a los 19 años largos de hallarse vinculado a ella. Es difícil creer que esto pueda ocurrirle a un hombre con cultura universitaria".

Para resolver, la Corte considera:

1.—Ciertamente el ad-quem fundó la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes contendientes, en los elementos probatorios estudiados por el impugnador, pues después de examinarlos, de transcribir el texto del artículo 23 del estatuto sustantivo laboral y de precisar el alcance de la subordinación del trabajador al patrono, concluye que en el presente caso concurren los hechos que conforme a la citada norma estructuran dicha relación contractual, por cuanto "la obligación del Dr. Botero era atender médica y quirúrgicamente a los enfermos que le enviaba La Palma", sin que la empresa pudiera ordenarle, por ejemplo, "que operara el apéndice a quien padecía de tuberculosis pulmonar, ni que prescribiera para un mal conocido determinada droga que el médico consideraba innocua", pues dada la labor por él realizada "debía gozar de autonomía técnica y directiva, si se

tiene en cuenta la índole científica de su trabajo y su obligación era atender a los pacientes cuando se le enviaban y prescribir según su ciencia los medicamentos adecuados y dictaminar acerca de la incapacidad", sin que destruyan "el contrato de trabajo ni la presunción que consagra el art. 24 del C. S. del T." las circunstancias de que por no estar los trabajadores "obligados a enfermarse a determinada hora, no se le podía exigir al médico de que cumpliera un horario, ni tampoco que no atendiera clientela particular en su consultorio, pues su labor no era de tiempo completo", máxime cuando en tratándose de "médicos el patrono puede contratar libremente la asistencia médica y el galeno solamente puede comprometerse al ejercicio de su profesión y no a la dedicación personal y exclusiva".

Por lo demás, —sigue diciendo el Tribunal— con los testimonios que obran en autos se ha establecido el tiempo de servicio del Dr. Botero Jaramillo, desde octubre de 1943 hasta febrero de 1963, y si bien la cuantía del sueldo por él devengado solo se conoce la de los años de 1951 a 1960, de 1962 y de los meses corridos de 1963, esto no es inconveniente para la determinación del valor de las prestaciones a que el demandante tiene derecho, puesto que ellas tienen que liquidarse "de conformidad con lo demostrado y los Decretos que fijaron el salario mínimo" en las épocas de sus respectivas vigencias, como así efectivamente lo hace respecto de las que no encuentra prescritas.

2.—De los citados elementos probatorios que le sirvieron al Tribunal para sacar la referida conclusión, las constancias de la Droguería Amaya, de la Clínica Minerva y del Hospital San Rafael, en la primera de las cuales se da cuenta de haber despachado "fórmulas de la Hacienda La Palma suscritas por el Dr. Julio C. Botero Jaramillo" y en las últimas, de haber atendido éste enfermos en esos establecimientos, por cuenta de la mentada Hacienda, durante todo el tiempo a que ellas aluden, son inestimables, por cuanto emanan de particulares y versan sobre actividades médicas y extrajudiciales, por lo cual no tienen el carácter de certificaciones que se les atribuye, pues de conformidad con el artículo 632 del Código Judicial solo tienen esa calidad las que expiden "los Jueces y Magistrados 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", lo mismo que las de los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, "dadas con inserción de las actas correspondientes". De otro lado, tampoco fueron ratificadas en el juicio por quienes las suscriben y, por consiguiente, no se las puede recibir ni siquiera como testimonios.

Las otras pruebas literales estimables, que asimismo fueron apreciadas para la finalidad indicada, consisten en cuatro comunicaciones dirigidas directamente al doctor Julio C. Botero J. por la empresa demandada, con la primera de las cuales se le remite copia del dictamen médico legal rendido el 25 de julio de 1959 en relación con Misael Torres; en nueve boletas de la sección de sanidad, enviadas unas al "Médico de la Empresa" referida, conforme a la leyenda impresa que contienen, y otras al citado Dr. Botero J.; y en ocho talonarios de la mentada sección de sanidad de la "Hacienda La Palma", suscritas por el actor en la calidad de médico de ella, al tenor también de la leyenda impresa que traen. En las comunicaciones y boletas aludidas, a todas las cuales les da este último calificativo el Tribunal, se le solicita a quien van dirigidas "se sirva examinar" y hacerle el tratamiento del caso las pessonas allí mencionadas, por cuenta de la remitente; y en los talonarios, se certifican las incapacidades de quienes allí se relacionan, por las causas que asimismo en ellas se anotan.

En las posiciones que absolvió el demandante se le preguntó "si fue asesor médico de la Hacienda La Palma", sin sujeción a horario y reglamento de trabajo; si atendió a "los enfermos en su propio consultorio, con su instrumental y según sus propios conocimientos técnicos", sin que la empresa le diera "pautas, ni instrucciones, ni órdenes, en cuanto al modo y lugar de los tratamientos o intervenciones quirúrgicas"; y si "libremente fijaba las incapacidades y ordenaba los tratamientos" y las hospitalizaciones por el tiempo y en el establecimiento que él determinara, sin intervención al-

guna de la Hacienda. Y el absolvente contestó que prestó los servicios mencionados, en virtud de órdenes que recibía de los administradores de la hacienda, las que no podían ser técnicas "en cuanto a la manera de ejercitar el trabajo, puesto que ellos son legos en medicina y mal podían darme órdenes en ese sentido como ocurre con cualquier trabajador especializado"; que atendió tanto en su consultorio como en el hospital y en varias oportunidades en la misma hacienda, cuando era solicitado por los administradores, utilizando en el consultorio sus "propios instrumentos que son los de examen médico" y en la clínica y en el hospital, los de estas instituciones, "como es lo común en el ejercicio de la medicina"; que ordenaba las hospitalizaciones, "pero el establecimiento era determinado por la Hacienda"; que en parte es cierto fijaba las incapacidades y ordenaba los tratamientos libremente, "pues en los últimos años se quiso coartar la libertad profesional que para ello tenía, obligándoseme por el Administrador me sometiera a una lista determinada de drogas que él tenía en existencia en los almacenes de la Empresa"; y que no faltó la subordinación de su parte a ésta, por cuanto "todos los enfermos debía atenderlos por órdenes escritas de la Empresa y no por iniciativa propia".

Por su parte el representante de la empresa en las posiciones que también absolvió, manifiesta que "al Dr. Botero Jaramillo se le enviaban los trabajadores que aspiraban a ingresar a la Empresa para que les hiciera un examen médico o para que los formulara si estaban enfermos. El Dr. Botero Jaramillo no tenía compromiso de estar a ninguna hora definida para atender a esta gente. Si ellos iban al consultorio del Dr. Botero y no lo encontraban, tenían que volver si acaso el Dr. Botero estaba en Ibagué; cuando el Dr. Botero no estaba en Ibagué, a veces él dejaba a otro médico encargado de atender al personal de la Hda. o les tocaba ir donde otro médico. El Dr. Botero no ha tenido nunca obligación ni se le ha dado ninguna orden de hacer visitas diarias ni con ninguna frecuencia ni a la Clínica ni al Hospital; él ha visitado a los enfermos cuando ha considerado que los debe visitar, pero dentro de su ejercicio profesional o dentro de la forma de ejercerlo nadie le ha dado jamás una orden". Y que no se le han pagado vacaciones ni otras prestaciones sociales, "porque la Empresa no ha tenido con el Dr. Botero un contrato de trabajo. La Empresa tiene sencillamente con el Dr. Botero Jaramillo un arreglo para que atienda al personal de trabajadores de ella. El Dr. Botero no está sujeto ni subordinado al reglamento de trabajo de la Empresa, ni recibe órdenes en cuanto a la forma como debe prestar el servicio médico. Por esta razón nunca ha considerado la Empresa que haya razón para reconocerle al Dr. Botero Jaramillo las prestaciones sociales que son consecuencia de un contrato de trabajo y es de suponer que el Dr. Botero Jaramillo también así lo ha considerado puesto que no había solicitado que tales prestaciones se le hicieran efectivas por considerar que tuviera derecho a ellas". Agrega, finalmente, que el Dr. Botero Jaramillo se ausentaba a veces de Ibagué y al respecto recuerda dos ocasiones en que lo hizo, "una vez cuando fue a pasar con su familia unas vacaciones en una finca cercana a Cajicá, y otra vez en que hicimos un viaje juntos a Medellín como participantes en un concurso de tiro al blanco. Tanto en estas dos oportunidades como en otras similares, la empresa nunca se consideró con derecho a hacer ninguna objeción a las ausencias del Dr. Botero, por considerar que él estaba en completa libertad para hacerlo".

De los testigos citados en el fallo acusado, el Dr. **Abel Jiménez Gómez** refiere que trabajó como médico de la Hacienda La Palma hasta octubre de 1943, en que se ausentó, dejando en su reemplazo al demandante, quien quedó con varios enfermos de dicha empresa en el hospital; que a él se le pagaba un sueldo mensual y en esas mismas condiciones quedó el Dr. Botero; que la empresa le enviaba los enfermos con una orden para que los atendiera o le avisaban la hospitalización para que fuera a verlos; que laboró sin horario, pues "cuando se presenta un enfermo a la media noche, debe atenderlo porque es su deber"; que cuando había que hacer una intervención quirúrgica escogía libremente el ayudante "y creo que ahora sea lo mismo"; y que fijaba incapacidades, ordenaba hospitalizaciones y for-

mulaba con libertad, sin que la empresa ejerciera vigilancia alguna sobre el médico al respecto, pues éste "estaba en plena libertad en el ejercicio de sus funciones, y creo que en esas condiciones está ahora".

Pablo Medina dice que durante cuatro años fue empleado de la Hacienda La Palma y que durante ese tiempo lo atendió y aún lo operó por cuenta de dicha empresa, el Dr. Botero, quien desde antes de él entrar a trabajar ya sabía era el médico de la misma.

José Daniel Camacho Angarita asevera que durante un lapso aproximado de 18 años, hasta el mes de marzo de 1963, fue empleado de la familia Laserna, como gerente de la Cía. Eléctrica de Ibagué, en cuya calidad tenía que atender, además, lo relacionado con las diligencias de los administradores de las fincas rurales, entre ellas la Hacienda La Palma y la industria arrocera. Por ello da cuenta de que el Dr. Julio César Botero fue el médico no solo de la Compañía que gerenció, sino también de esta hacienda e industria arrocera, quien prestó sus servicios profesionales al personal de esas empresas, devengando un sueldo mensual que se le pagaba "en las oficinas de la Cía. Eléctrica de Ibagué, hasta cuando yo fui gerente de ésta"; que para que el Dr. Botero atendiera a los aspirantes a ingresar bajo la dependencia de las empresas, a los empleados y a los obreros, se elaboraban en formatos especiales las órdenes respectivas, con las cuales el interesado se presentaba al consultorio de dicho médico, quien los examinaba personalmente o un colega suyo a quien había dejado recomendado, en las pocas ausencias que tuvo, le expedía el correspondiente certificado, les prescribía el tratamiento o disponía la hospitalización y si había lugar a intervención quirúrgica, escogía al cirujano ayudante, que "pasaba las cuentas", obrando en todo esto con autonomía, pues no se ejercía control alguno "sobre los tratamientos ordenados por el Dr. Botero ni sobre las drogas que formulara" y sin que estuviera sujeto a un horario fijo; que cuando formulaba, "el trabajador en posesión de la receta correspondiente se presentaba a la oficina de la Cía. Eléctrica en donde se le daban por una empleada la orden para que las drogas fueran despachadas en alguna de las droguerías con que tenían relaciones las empresas de los señores Laserna, sin que de parte de la empleada en referencia tuviera que hacer ninguna consulta conmigo o con algunos de los administradores de las otras sociedades"; y que solo en las pocas ausencias que tuvo el Dr. Botero, "generalmente cortas", al no encontrarse el reemplazo que había dejado, se enviaban los trabajadores donde otro médico.

Alberto Segura Martínez da cuenta de las actividades del demandante como médico de la hacienda El Zorro, que dice maneja desde hace muchos años, presentándolas en forma similar a las referidas por el testigo Camacho Angarita, anotándose únicamente como aspectos especiales, respecto de la carencia de horario, de que "hay semanas en que no tienen absolutamente ninguna consulta, como hay otras que tienen recargo de consultas"; en relación con el sueldo, de que "creo que en La Palma es lo mismo que en El Zorro que se pagan mensual sean muchas o pocas las consultas, este es un convenio que se ha hecho con ellos en esa forma, como pasa con otros médicos que se arregla por consulta o por valor de intervenciones quirúrgicas"; y finalmente, de que el Dr. Julio César Botero Jaramillo "estaba obligado a atender los trabajadores pues ese era el convenio existente".

Carlos Gardeazábal Stanley expresa que personalmente nada le consta de lo preguntado en relación con la Hacienda La Palma y lo que sabe respecto de las actividades del actor como médico de ella, lo es por referencias, anotación que también hace el adquem en la decisión impugnada, por lo que no la aprecia para la conclusión que saca sobre la materia fundamental de la litis.

Alfonso Currea G., quien dice ser primo hermano en segundo grado del gerente de la empresa demandada y actual administrador de ésta desde el 15 de agosto de 1959, manifiesta que al demandante como médico de la Hacienda La Palma se le enviaban los pacientes con una boleta, que "no era propiamente una orden sino un certificado"; que hacía los exámenes y los trata-

mientos, daba las incapacidades y ordenaba las hospitalizaciones que creyera conveniente y si había lugar a una intervención escogía el ayudante, obrando con autonomía en todo esto; que no usaba su propio instrumental, "puesto que en caso de pequeña cirugía siempre eran atendidos en el Hospital por él o por el practicante en caso de que no estuviera él"; que el Dr. Botero Jaramillo "nunca tuvo ni horarios ni reglamento de trabajo, ni horas precisas para recibir el personal, tanto es que el Dr. Botero en infinidad de ocasiones se ausentaba dejando a un colega de él en su reemplazo sin que la empresa jamás le llamara la atención por esto", reemplazo que lo fue varias veces el Dr. Kairuz y las ausencias, que libre mente se tomaba, lo fueron "por lapso de ocho, quince días"; y que "devengó un sueldo mensual, y la obligación de él era atender los obreros que se le enviaban para consulta o examen".

El Dr. **Nicolás Arciniegas García** afirma que como médico "en muchas ocasiones reemplacé al Dr. Botero en su atención a los enfermos de la Hacienda La Palma, cuando el Dr. Botero se ausentaba o estaba enfermo" y por esa circunstancia da cuenta de que dicho actor ha sido el médico de la hacienda mencionada "desde la fecha en que el Dr. Jiménez se fue para la Argentina, fecha que no recuerdo con exactitud, hasta hace unos dos años, más o menos, que no volví a tener encargos del señor Dr. Botero para reemplazarlo en sus funciones de médico de la hacienda La Palma"; que el Dr. Botero le retribuía sus servicios y obedecía asimismo aquél, "las órdenes emanadas de la hacienda La Palma para practicar exámenes de admisión, etc., porque así estaban redactadas las órdenes".

El Dr. **Eduardo Kairuz** manifiesta que desde finales del año de 1943, en que el Dr. Abel Jiménez Gómez se ausentó del país, Dr. Julio César Botero entró a reemplazar a éste como médico de la hacienda La Palma, funciones que desempeñó desde entonces "hasta principios de febrero de 1963", prestando sus servicios en forma continua y permanente, atendiendo "todos los casos de enfermedades que se presentaban en el personal de dicha hacienda", y quien dándole "cumplimiento a órdenes médicas transcritas en boletas rotuladas de la Hacienda La Palma hacía exámenes de admisión y de retiro, consultas, intervenciones quirúrgicas y demás funciones inherentes a la profesión", como tenía que visitar también "diariamente en la Clínica Minerva o en el Hospital San Rafael los enfermos de la Hacienda La Palma que hubiera habido necesidad de recluír para asistencia médica"; que todo esto lo atestigua porque ha venido cooperando con el Dr. Botero tanto quirúrgica como médicamente con los pacientes de la hacienda, reemplazándolo en las ausencias transitorias que ha tenido, colaboración esta última que él le ha pagado, no así cuando ha ayudado en las intervenciones quirúrgicas, pues los horarios por esta ayuda se los ha cubierto la empresa.

David Calderón, expresa que el actor "en su calidad de médico y de manera continua prestó sus servicios a la Hacienda La Palma desde octubre de 1943, cuando dejó ese cargo el Dr. Abel Jiménez Gómez, hasta febrero de 1963..."; y que como gerente y administrador de la Droguería T. Amaya, ha despachado desde 1961 fórmulas médicas del Dr. Julio César Botero Jaramillo para el personal de empleados y obreros de la hacienda mencionada.

En la inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento en las dependencias de la hacienda La Palma, se pusieron a disposición de dicho funcionario los "comprobantes de contabilidad a partir del año de 1951 hasta la fecha (29 de noviembre de 1963), Caja Diario desde el año de 1956 hasta la fecha de noviembre 15 de 1963; el Libro Mayor y de Balances desde el año de 1958 (marzo 26), Libro de Caja desde octubre de 1959 hasta la fecha", anotando el contador que "los libros anteriores a 1951 parece que se encuentran en Bogotá". Del examen que de estos elementos hizo el perito que concurrió a esta diligencia, se desprende que el demandante cobró sueldos mensuales, en cuantía de $ 100.00 desde 1951 hasta 1954, de $ 200.00 desde 1955 hasta 1959, de $ 250.00 en 1959 y de $ 350.00 en 1960, 1962 y enero y febrero de 1963.

3.—Por lo visto, no hay duda de que el demandante prestó servicios personales a la

empresa demandada, como médico de la misma, en el lapso deducido por el ad-quem, en virtud del convenio por ellos celebrado, que lo obligaba a examinar y expedir los certificados de admisión, incapacidad y retiro, prescribir los tratamientos y practicar las intervenciones quirúrgicas que requiera el personal de la sociedad, mediante una remuneración periódica mensual. Para la ejecución de esos cometidos, el facultativo no concurría a dependencia alguna de ésta, a ello destinada, en días y horas previamente acordadas o previstas en algún reglamento de trabajo, sino cuando la demandada impetraba el servicio; ni utilizaba tampoco los implementos indispensables que la misma empresa hubiera dedicado para tal fin, puesto que recibía a los trabajadores en su propio consultorio, o los atendía en el lugar donde estuvieran recluídos, empleando en las consultas sus propios instrumentos, de usanza en esos casos, y en la Clínica y en el Hospital, los de estos establecimientos. Por lo demás, actuaba con autonomía en lo tocante al aspecto técnico del ejercicio de su profesión médica; libremente escogía, en las intervenciones quirúrgicas, al ayudante, a quien la sociedad cubría sus honorarios; y asimismo, obrando por sí solo, dejaba a otro médico, en las pocas ocasiones en que por corto tiempo se ausentó de su sede, para que lo reemplazara en las funciones a que se había comprometido, cubriendo él la remuneración de su colega, sin objeción de la sociedad.

Esta modalidad de contratación de los servicios médicos difiere de aquella a la que también suelen ocurrir las empresas, de realización por el facultativo de determinadas actividades comprendidas en el rol ordinario de su profesión, cuando opte por enviarle para esos efectos trabajadores a su servicio, mediante el reconocimiento y pago de los honorarios por cada una de ellas, al ser ejecutadas, y sin que esté siempre obligado a atenderlos, sino únicamente al encontrarse en condiciones de poder hacerlo; modalidad en la cual claramente se perfilan los lineamientos del ejercicio independiente, por parte del médico, de su profesión liberal. Pero en casos como el presente, en que el objeto de la relación jurídica no es propiamente el resultado de concretas actividades profesionales cumplidas esporádicamente, y remuneradas en cada caso, con la libertad subsiguiente de las partes para obligarse o no en el futuro, sino que ella se configura por la disponibilidad del profesional para todos los requerimientos de la empresa, mediante un vínculo de permanente dependencia y con un salario fijo mensual, la materia del pacto que así se ejecuta es el servicio mismo y es el que se remunera, sin consideración a la cantidad y modo como se haya prestado en los períodos de pago, puesto que en eventos tales es singularmente relievante el hecho de que el médico esté siempre en disponibilidad de prestar el servicio y de que efectivamente lo preste conforme a sus conocimientos científicos cada vez que se hace necesario. En tales condiciones no se puede decir que se haya presentado en el caso de autos, el ejercicio profesional independiente de la medicina por parte del facultativo, sino, por el contrario, la prestación de servicios realizados de manera dependiente en favor de una empresa que los contrató para que fueran prestados al personal de sus trabajadores, y a quienes el facultativo estaba obligado a atender, obedeciendo en cada evento las solicitudes que previamente le habían sido formuladas por el empleador. En estas circunstancias, el requerimiento de la empresa tenía el carácter imperativo de una orden, y lo era jurídicamente, no obstante faltar esta expresión, ya que de todas maneras contenía una petición de ineludible cumplimiento por parte del médico, el cual no podía desatender so pena de violar el compromiso pactado.

Esa facultad de disponer u ordenar el examen, tratamiento e intervenciones quirúrgicas del personal de la empresa demandada que ésta tuvo y ejerció durante todo el tiempo de la relación jurídica cuestionada y la obligación que, a su vez, pesaba sobre el demandante de atender tales exigencias y a las cuales se atemperó en ese lapso, pues no se ha probado ni afirmado siquiera las hubiera desoído aún parcialmente alegando que no estaba comprometido a someterse permanentemente a ellas, ponen de presente la continuada subordinación del facultativo a la sociedad que lo vinculó a su empresa para las actividades aludidas, a fin de poder cumplir ella con los deberes asis-

tenciales y realizar en su plenitud y adecuadamente los fines de la misma. En casación de 8 de febrero de 1955, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo precisamente expresó que cuando los servicios médicos se prestan "no a la manera del profesional que atiende a su clientela particular, o a trabajadores de una empresa que le son enviados irregular o esporádicamente, pudiendo dejar de atenderlos, sino con deber laboral que se exterioriza de manera periódica" y "mediante una remuneración fija", "el profesional contribuye a la realización de los fines de la empresa; sus servicios no conservan la independiencia característica de las actividades liberales, sino que se subordina a la dirección del complejo industrial y determinan una vinculación dependiente, propia del ámbito de la legislación del trabajo" ("Jurisprudencia del Trabajo" compilada por Miguel Antonio Constaín, número 13-31).

En estas condiciones y si lo que fundamentalmente tipifica la subordinación, conforme a la jurisprudencia y la doctrina, es la autitud del patrono de dar órdenes al trabajador y la obligación de éste de atenderlas, no puede desvirtuar este elemento que estructura el contrato de trabajo la circunstancia de que, en tratándose de servicios médicos, el facultativo actúe con autonomía técnica, por ser ello obligada secuela de la actividad especializada contratada, con mayor razón cuando para la operancia de dicha dependencia no es indispensable que la referida potestad patronal se extienda conjuntamente a la cantidad, al modo y al tiempo de la labor que el dependiente debe realizar, pues basta que pueda contraerse a uno cualquiera de estos extremos, ya que del contexto del artículo 23 del C. S. T. no se desprende la necesidad de que para este fin concurran simultáneamente todos ellos, tal como, por lo demás, lo ha pregonado la jurisprudencia laboral.

Y por estas mismas razones, la ausencia de horario fijo y de un reglamento regulador del servicio médico; la atención del personal en lugar distinto de aquel en que funciona la empresa y aún en el propio consultorio del médico, utilizando instrumental que no le pertenece a aquélla; y la colaboración ocasional prestada al trabajador especializado por colegas suyos, tampoco destruyen el elemento memorado, ni alcanza a desdibujar la última el otro elemento fundamental, de prestación personal del servicio, sobre todo si se repara en que la empresa la consintió, pues no la objetó a pesar del conocimiento que de ella tuvo cuando se presentó y que no por ello dejó de servir personalmente el demandante en el largo período de desarrollo de esta relación contractual. Por lo demás, la misma prescindencia del horario fijo, del reglamento y de la atención en las propias dependencias de la demandada y la adopción, en cambio, por ambas partes, del sistema referido, indica que ellas encontraron que éste se amoldaba mejor a sus propias conveniencias y a las del personal de la empresa, por cuanto así los trabajadores serían atendidos cada vez y en el momento mismo en que las circunstancias lo impusieran y aún en el lugar en que ello fuera necesario; la empresa garantizaba la disponibilidad constante del facultativo y podía, por consiguiente, demandar de él esa atención para su personal en las condiciones mencionadas, a más de que se libraba de la inversión para el montaje y dotación de su propio consultorio; y el médico, sin necesidad de una dedicación efectiva permanente a la sociedad, podía servir a sus otros pacientes, sin incumplir el compromiso contraído con aquélla. Y obviamente por ninguna de estas causas deja de ser dependiente el servicio así convenido y realmente prestado, subsistiendo los factores primordialmente tipificadores de la subordinación, para convertirse en el ejercicio independiente de la medicina por el profesional contratado, con mayor razón si como contraprestación se le pagaba un sueldo o una cantidad periódica mensual, suma ésta que no deja de ser comprensiva del salario por la prestación de los servicios personales por el hecho de que aún pudiera considerarse que ella también implícitamente cubre "el alquiler, uso y desgaste dél instrumental del médico", como lo plantea el recurrente.

Por lo expresado, no puede decirse que el ad-quem se hubiera equivocado en forma ostensible al deducir de las pruebas analizadas la existencia entre las partes de un contrato de trabajo y la operancia en el caso

sub-júdice de la presunción del art. 24 del C. S. del T., y al hacer, sobre esta base fundamental, los pronunciamientos que contiene su decisión impugnada. Ni conduce tampoco a ese pretendido error el hecho que como indiciario aduce asimismo el casacionista, consistente en no haber reclamado el actor durante el desarrollo del contrato el descanso vacacional ni ninguna otra prestación social, que para el dicho recurrente es indicativo de que nunca entendió fuera trabajador dependiente, por no explicarse de otra manera la conducta de una persona de formación universitaria. Y no conduce a ese resultado, por cuanto como equívoco que es, susceptible de dar lugar a otras deducciones principalmente en atención a la naturaleza de su preparación o formación profesional, no puede llevar a la completa certidumbre de la equivocación alegada, en la entidad de evidente, requerida en casación para la prosperidad de la respectiva acusación.

No prospera, por lo tanto, el cargo estudiado.

El Recurso del Demandante.

Se propone el actor con su recurso la casación parcial del fallo acusado, en cuanto absuelve a la sociedad demandada del pago de los salarios caídos y de la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo en su duración presuntiva, para que en su lugar se impongan las condenaciones correspondientes.

En orden a este fin y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula y sustenta tres cargos, así:

Primer Cargo. En este acusa al sentenciador de segundo grado de haber incurrido en "error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas", que lo condujo "a la violación de los arts. 62, Sección B. numeral 4º y de los arts. 64, 65 y 66 del C. S. del T.".

El error de la clase mencionada lo hace consistir en haber deducido el Tribunal que el demandante no fue despedido por la sociedad demandada "sino que él renunció por desavenencia con el administrador" y que de parte de ella no hubo mala fe, error que se debió a la equivocada apreciación de las posiciones absueltas por el Dr. Julio César Botero Jaramillo y por el señor Guillermo Laserna Pinzón, representante de la empresa, y de las declaraciones de Alfonso Currea, Abel Jiménez Gómez, Nicolás Arciniegas, Eduardo Kairuz y David Calderón, puesto que estos elementos de convicción, conforme al análisis que de ellos hace, establecen que el retiro de su patrocinado lo causó la violación del contrato de trabajo por la sociedad, que determinó su terminación, y al mismo tiempo evidencian la mala fe con que obró la demandada.

Anota el opositor que este cargo está mal formulado, por cuanto el error de derecho en la casación laboral solo procede "respecto de hechos para cuya comprobación la ley requiera prueba solemne; y ni el despido ni la mala fe mencionados reclaman establecimiento de ese carácter, ni para no reconocerlos el fallador dejó de apreciar probanzas ad-solemnitatem, como no lo son, por otra parte, ninguna de las reseñadas". No obstante esto, y para el caso de que se pudiera prescindir de este defecto técnico, estudia el acervo probatorio para demostrar que él no establece en modo alguno los hechos alegados del despido y la mala fe patronal.

Para resolver, la Corte considera:

En repetidas ocasiones ha dicho esta Sala que de conformidad con el artículo 87 del C. P. del T., en casación laboral el error de derecho solo se presenta cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada ritualidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio; y también cuando se deja de apreciar una prueba de esta naturaleza siendo el caso de hacerlo, por lo que, sin duda alguna, escapa del ámbito que el legislador le ha señalado a este error aquellas desviaciones de juicio, en la valoración del acervo probatorio, que son susceptibles de configurarlo en el campo de la casación civil.

El despido del actor y la mala fe de la empresa demandada, en que se apoyan las indemnizaciones moratoria y por lucro cesante perseguidas por el recurrente con la prosperidad de este cargo, no son hechos para cuyo establecimiento la legislación laboral reclame prueba solemne, y precisamente porque ello es así fue por lo que indudablemente se acudió a la prueba reseñada por el impugnador, que no es de tal naturaleza, para comprobarlos, sin lograrlo, conforme a la valoración que le dio el Tribunal. Por consiguiente, y como el error alegado se lo hace depender del juicio que el ad-quem se formó de esas probanzas, no se confrontan los supuestos que configuran el aludido error de derecho en la casación laboral.

No es procedente, por lo tanto, esta acusación y por ello no se la admite.

Segundo Cargo. Aquí se acusa al ad-quem de haber incurrido en "error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, que llevó a la infracción de las mismas disposiciones legales mencionadas en el cargo anterior".

Fundamenta esta impugnación el recurrente diciendo simplemente: "Las pruebas dejadas de apreciar, de acuerdo con la demanda de casación, fueron las referidas posiciones y las declaraciones mencionadas que configuran prueba indiciaría suficiente que determina llegar a la conclusión de un despido y que obligó al demandante a dar por terminado su contrato de trabajo, lo cual incide a que se le pague el faltante del presuntivo y el pago de los salarios caídos. Establecida la duda, ella debe serle beneficiosa al trabajador. La gerencia con mala fe ha querido confundir el honorario profesional con el salario convenido".

Observa a esto el opositor, que este cargo se lo desarrolla con remisión al primero, señalando como pruebas dejadas de apreciar las que en un principio se indicaron como mal apreciadas y sin precisar, en la forma debida, el concepto de la violación, defectos técnicos que lo hacen inadmisible. Agrega que aún cuando se prescindiera de tales deficiencias, tampoco podría prosperar la acusación, porque las pruebas a que alude el acusador no acreditan los hechos que alega, conforme al análisis que de ellas hace.

Para resolver, la Corte considera:

De la manera como aparece concebida esta acusación se deduce que el recurrente ha entendido que cuando con invocación de la causal primera de casación laboral se presentan varios cargos, basta sustentar uno solo y remitirse a esta demostración en los demás, lo que no es a sí, por cuanto la misma diversidad de los conceptos de infracción de las respectivas disposiciones legales, les confiere individualidad propia y obliga a fundamentarlos separadamente. Lo contrario a esto último da lugar a que se incurra en posiciones contradictorias por la incompatibilidad de los conceptos de violación de la ley, como ocurre cuando la censura se hace por error de hecho y de derecho, atribuyendo el uno a equivocada apreciación de la prueba y el otro a falta de estimación de la misma, pues semejante situación no puede predicarse respecto de unas mismas probanzas, porque si no se las tuvo en cuenta tampoco pudieron ser apreciadas desacertadamente y si se las apreció fue porque se las tuvo en cuenta.

Precisamente en esta contradicción cae el recurrente en este cargo al remitirse a la fundamentación del anterior, pues en el primero atribuyó el error de derecho que alegó a la equivocada apreciación de las pruebas que allí analizó, y al de hecho, le asigna como causa la falta de apreciación de las mismas.

Por lo demás, el acusador asevera que esta prueba que califica de "indiciaria", establece la duda acerca de los hechos que interesan a su planteamiento, duda que, "debe serle beneficiosa al trabajador", con lo cual está indicando que no es suficientemente convincente sobre el particular, y si no lo es, el ad-quem no puede haber incurrido al valorarla, dentro de los límites que a su facultad le señala el artículo 61 del C. P. del T., en el error evidente que da paso a la casación laboral.

No se admite, por lo tanto, este cargo.

Tercer cargo. En este se acusa el fallo impugnado de "violación directa por la inaplicabilidad del art. 62, en su parte B., numeral cuarto", por cuanto al "celebrarse el contrato nada se le dijo al Dr. Botero Jaramillo que él debía cumplir determinadas exigencias impuestas por la empresa a última hora, pues no era posible que él, como profesional honrado, tuviese que cumplir órdenes que contravienen a sus principios, van contra su seguridad moral y con perjuicio de los trabajadores...Esto solo era suficiente para haber dado por terminado el contrato de trabajo por justa causa y sin previo aviso, lo cual resuelve el contrato unilateralmente por la Empresa acarreadora ésta del pago del presuntivo y de los salarios caídos al no cancelársele sus prestaciones en el tiempo y forma debidos (arts. 64 y 65 del C. S. del T.)".

Agrega que tampoco "se dió aplicación del art. 66 del C. S. del T. por cuanto la parte demandada ha tratado de alegar, para corroborar su defensa, causales o motivos distintos para justificar el despido"; y asímismo en "el fallo se implicó, dando motivo a la violación establecida en este cargo, el numeral noveno del art. 59 del C. S. del T.", pues "como se ha dejado sentado en el cargo primero, se trató de vulnerar y restringir esos derechos tanto para los trabajadores como para el médico Botero Jaramillo ofendiendo la dignidad de éste".

Para el opositor este cargo también está mal formulado, por cuanto a más de que no se hace la presentación de las normas sustanciales que consagran los derechos a que aspira el recurrente, lo fundamenta tratando de demostrar error de hecho evidente y parte, además, de un supuesto no establecido por prueba alguna, como es el de que al Dr. Botero se le dieron órdenes incompatibles con su honestidad profesional, el que si hubiera sido cierto habría configurado "una causal de terminación distinta a la de ruptura ilegal por parte del empleador" y las consecuencias indemnizatorias no serían entonces "las de lucro en su estimación legal del numeral 2º del artículo 64".

Para resolver, la Corte considera:

No obstante que a la infracción directa de la ley no puede llegarse sino cuando a pesar de darse por establecidos los supuestos de hecho por ella previsto para la operancia de las consecuencias que consagra, el fallador no la aplica o lo hace indebidamente, y de que esta es la vía escogida por el recurrente para acusar la violación de las normas a que alude, discrepa del ad-quem acerca de la situación fáctica deducida en la decisión acusada con base en las pruebas que obran en autos, pues considera que éstas sí establecen los presupuestos que dan lugar a la aplicación de dichos preceptos legislativos y a que se imparta la orden consecuencial de que se paguen el "presuntivo" y "los salarios caídos".

A esta equivocación técnica, que por sí sola es suficiente para desestimar esta acusación, se agrega la de que ni siquiera demuestra el alegado error de valoración probatoria, vacío que no se colma, como ya se había visto, con la referencia a lo que había expuesto en otro de los cargos hechos.

No se admite, en consecuencia, esta impugnación.

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 Ibagué.

Sin costas.

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

Jorge Gaviria Salazar, Luis Fernando Paredes A., Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DISPONIBILIDAD

La disponibilidad no constituye trabajo, es simplemente algo potencial, que en un momento dado puede dar lugar a que se realice esfuerzo intelectual o material, susceptible este esfuerzo de generar remuneración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 23).

Gustavo Téllez Salazar demandó por conducto de apoderado al **"Instituto Colombiano de Seguros Sociales", Caja Seccional del Valle del Cauca (Unidad Asistencial Rafael Uribe Uribe - Cali)** para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se declarare que tiene derecho a que el Instituto le cancele el valor de los salarios que le dejó de pagar por haber prestado servicios de urgencia al Seguro "por orden y a órdenes" de éste en el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 1956 y el 6 de mayo de 1967, los que ascienden a la cantidad de $ 624.167.80 m/cte.

Como hechos indicó los siguientes:

a) Que de conformidad con el respectivo contrato de trabajo, ingresó a prestar servicios en la rama de su especialidad (Neumología) el 6 de agosto de 1956 y de acuerdo con las cláusulas de aquél, se obligó a laborar durante un horario prefijado, inicialmente de 2 horas diarias, sin incluir los domingos y festivos, pero posteriormente variado por otro de cuatro horas que tampoco incluían los días de descanso obligatorio.

b) Que como remuneración se estableció el patrón hora-mes que implicaba el pago de los servicios durante una hora en cada uno de los días hábiles del mes.

c) Que el valor de esta remuneración fue primero de $ 300.00, hora-mes, y luego fue variando hasta ascender a $ 900.00 por el mismo lapso en enero de 1967.

d) Que las directivas del Instituto, sin previo convenio con el demandante, ordenaron unilateralmente la integración de turnos especiales de urgencias, que implicaron para el médico designado en esos turnos la obligación de prestar servicios durante las 24 horas del día, ya que debía estar en absoluta disponibilidad para atender a cualquiera hora del día o de la noche, dentro del respectivo turno, los casos de esa naturaleza —urgentes— que se presentaran.

e) Que lo anterior representó una modificación sustancial de lo inicialmente pactado, no obstante lo cual el Instituto no modificó el pago del salario, sino que continuó pagando la misma remuneración, es decir, que dejó de pagar el tiempo de labor correspondiente al servicio de urgencia.

El Juzgado 2º Municipal del Trabajo de Cali que conoció de la demanda, la admitió y ordenó correr traslado de ella al Instituto, el cual la contestó por medio de apoderado, negando los hechos, oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones de carencia de acción y de prescripción. También se corrió traslado del libelo al Sr. Personero Municipal, pero dicho funcionario no lo contestó.

El juicio se tramitó conforme a la ley y el Juzgado del conocimiento le puso fin por sentencia de 30 de agosto de 1968, en la cual absolvió al Instituto demandado de todos

los cargos de la demanda y condenó en costas al actor.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante para ante el Tribunal Superior de Cali, el cual agotado el trámite de la segunda instancia profirió sentencia el 12 de febrero de 1969, en la que confirmó la del a-quo e impuso costas al apelante.

No contento con la Resolución del ad-quem, el apoderado del actor interpuso contra ella recurso extraordinario de casación que concedido por el Tribunal y admitido por la Sala Laboral de la Corte, pasa a estudiarse teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó. No hubo escrito de réplica.

El Recurso.

Aspira el recurrente a que la Sala Laboral de la Corte case totalmente el fallo de segundo grado, proferido por el Tribunal Superior de Cali el 12 de febrero de 1969 y que convertida la Corte en Tribunal de instancia revoque la de primero y profiera las condenas impetradas en el libelo inicial.

Para obtener este resultado invoca la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y formula dos cargos, ambos por violación directa de la ley, que pasan a estudiarse.

Primer Cargo.

Fue formulado así:

"Infracción directa de los artículos 12, 23, 27, 28, 43, 140, 142 y 158 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 8º del C. C., por falta de aplicación al caso de autos, siendo así que son aplicables".

En la demostración respectiva el recurrente afirma que el Tribunal da por establecido que el demandante si estuvo durante el período de prestación de servicios, en disponibilidad permanente, esto es, obligado a cumplir órdenes en cualquier momento durante las 24 horas del día, pero que haciendo consideraciones extrañas al derecho se abstuvo de acoger las pretensiones del actor por lo cual incurrió en la violación de las normas indicadas.

Más adelante repite este concepto pero dándole otra forma y dice que el Tribunal dió por establecido que la jornada convenida por las partes fue de 24 horas, así no estuviere el trabajador obligado a permanecer en el lugar del trabajo; cita una jurisprudencia de la Sala sobre "disponibilidad" y termina diciendo que "la costumbre contractual" en que parece fundarse el Tribunal, carece de fuerza contra el ordenamiento legal que consagra el derecho del trabajador a percibir el salario, aún cuando no haya prestación efectiva del servicio por no exigírselo el patrono.

Se considera:

Al examinar la Sala este cargo, encuentra ante todo que el recurrente solo enuncia al principio la violación de los artículos citados como infringidos pero en el desarrollo de la acusación no ensaya siquiera indicar como fue aquella y en qué consistió.

Alega el recurrente, como en un alegato de bien probado, y es sabido que la casación no es una tercera instancia.

Tampoco el impugnador trata de demostrar —caso de la supuesta violación de las normas citadas— cual fué la incidencia de esta en la resolución del Tribunal.

Bastaría lo anterior para rechazar este cargo por falta de técnica, pero en atención a que en su desarrollo plantea el recurrente un tema importante, cual es el de definir, si por servicio personal ha de entenderse también lo que se denomina "disponibilidad para el trabajo", lo estudia la Sala.

La actividad humana libre, material o intelectual, que concientemnete presta una persona natural en beneficio de otra natural o jurídica, en forma permanente o transitoria, cualquiera que sea su finalidad y bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda, es lo que la ley labo-

ral entiende por "trabajo". Así lo dispone en forma general el C. S. del T. en su artículo 5º.

Al acoger el código nombrado este principio, está oponiendo entre sí dos conceptos: de una parte, la actividad o esfuerzo material o intelectual, y de otro, la inactividad, o sea, la no prestación del servicio, que solamente por excepción la hace remunerable, es decir, la protege, pero en razón de las causas que la originan y como sanción al patrono que ligado por un contrato de trabajo con el asalariado, impide que éste le preste el servicio convenido, ya sea por darle orden de no trabajar o porque no puede efectuarlo por su culpa.

En la legislación laboral no existe ningún ordenamiento positivo que equipare el trabajo personal, el esfuerzo material o intelectual, de una persona natural en favor de otra y que se preste en virtud de un contrato de trabajo, con la llamada disponibilidad.

La disponibilidad no constituye trabajo, es simplemente algo potencial, que en un momento dado puede dar lugar a que se realice esfuerzo intelectual o material susceptible este esfuerzo de generar remuneración. En la disponibilidad el patrono no está exigiendo al trabajador que le preste en forma contínua y normal su actividad. Lo que de aquel exige, es que, si en un período de horas o días, y como en el caso de los médicos, se presenta alguna urgencia, la atienda. Cuando el médico atiende al paciente, en estas condiciones, está prestando un servicio personal, el cual sí hay que remunerar.

Pero al contrario, si la urgencia no ocurre y el médico, como el de autos, aunque disponible, permaneció inactivo, no surgió para él derecho a remuneración que solo la ocasiona el trabajo personal, con la excepción consagrada en el artículo 140 del C. S. T., inaplicable a este caso, por la circunstancia de que el hecho de no presentarse urgencias no puede atribuírse a culpa del Instituto demandado ni a orden de este para que el facultativo deje de trabajar.

Debe además aclararse que en ninguna parte de la sentencia acusada el Tribunal afirmó "que la jornada convenida por las partes fue de 24 horas, así no estuviere el trabajador obligado a permanecer en el lugar del trabajo". El sentenciador hizo resaltar simplemente en el fallo que el demandado pagó al actor dentro del sistema salarial convenido 4 horas-mes, una por sometimiento a asistencia y horario regularizado y tres por la cirugía ocasional programada y la urgencia en disponibilidad (folio 9, cdno. Nº 2 vlto.).

El criterio expuesto en esta sentencia ha sido acogido ya en forma constante por la jurisprudencia de la Sala, la cual últimamente lo desarrolló en el fallo que decidió el recurso de casación interpuesto por la Colombian Petroleum Company en el juicio que contra dicha Compañía le adelantó el médico Jaime Faillace y que tiene fecha 11 de abril del año en curso.

No aparece demostrada la infracción directa de las disposiciones indicadas por el impugnador y por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Fue formulado así:

"Interpretación errónea de los artículos 14, 23, 27, 28, 43, 140, 142 y 158 del Código Sustantivo del Trabajo".

En su demostración se hace consistir la interpretación errónea de los artículos citados "en el error de juicio en que incurrió el Tribunal al entender que el patrono, en ejercicio de la facultad de imponer reglamentos, le compete establecer, sin consentimiento del trabajador, que la remuneración por la disponibilidad de 24 horas, jornada aceptada por las partes, se cubre con el pago de solo el trabajo efectivamente realizado, porque de otra manera le resultaría muy gravoso". Continúa diciendo el impugnador que aunque el fallador no cita expresamente las disposiciones que señala como violadas, en forma tácita, al negar el de-

recho al demandante, "se está refiriendo, sin duda, a las disposiciones legales invocadas por el actor en su libelo", que son precisamente las que aduce como violadas.

Se estudia.

Dijo el Tribunal en su sentencia:

"Pónese entonces de manifiesto... la falta de concomitancia de los presupuestos de la acción indispensables para un desenlace favorable a las peticiones de la demanda. Porque si bien se patentiza la urgencia o interés en la intervención jurisdiccional, y los extremos de la relación procesal resultan ser los que recíprocamente detentan la legitimación en la causa; se echa de menos la adecuación de los hechos con la ley, en una situación tal que la justicia no dispone de norma que ampare la circunstancia planteada por el actor. (Se ha subrayado). No puede entonces llegarse a determinación distinta de la absolución, tal como lo ordenó el a-quo" (folios 11 y 11 vlto.).

Si el Tribunal no encontró norma positiva aplicable al caso, no pudo incurrir en el error de juicio que le imputa el recurrente y por tanto, el cargo no es fundado.

Por lo demás, la Corte no puede estudiar cargos como el presente, en que simplemente se insinúa como hipótesis que el Tribunal sentenciador, aplicó tal o cual norma, y que esas disposiciones implícitamente aplicadas fueron interpretadas erróneamente.

El cargo 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 recurida.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, aclara la vaguedad del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Expediente 3727. Ordinario laboral de Adolfo Camacho Jiménez c/. La Nación - Ministerio de Obras Públicas.-

(No Casa la Sentencia Recurrida)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

(Acta Nº 13).

El señor **Adolfo Camacho Jiménez,** por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la **Nación-Ministerio de Obras Públicas.** - con la finalidad de que, mediante sentencia fuese condenada al reconocimiento y pago de: salarios; los aumentos de la Ley 1ª de 1963 y los causados y no pagados del 1º al 12 de abril de 1967; lúcro cesante, por este concepto indemnización por su despido; prima de navidad, la proporcional y causada durante el año de 1967; e indemnización moratoria.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que, Camacho Jiménez le prestó sus servicios a la Nación —Ministerio de Obras Públicas— mediante contrato verbal, desde el 27 de abril de 1960 hasta el 12 de abril de 1967, en que fue despedido.

Que desempeñó las funciones de contador IX grado 15 nivel B de la División de Equipos y Almacenes de la Rama Operativa, con una asignación de $ 2.120.00 mensuales.

Que no ha recibido el pago de los salarios demandados, ni los aumentos, ni la indemnización por su despido intempestivo.

Que presentó demanda gubernativa sin obtener respuesta alguna.

La demanda señaló como representante del Ministerio de Obras Públicas, al Ministro y como representante de la Nación al procurador delegado del Distrito Especial de Bogotá.

Notificados aquél y éste, fue contestada la demanda por el Procurador del Distrito quien en su respuesta se opone a que se haga los reconocimientos y condenas impetrados por el actor y en cuanto a los hechos se atiene a los que resulten legalmente probados.

Propone las excepciones de: inexistencia de la obligación y de pago.

Trabada en tales términos la relación procesal y agotado el trámite de la primera instancia, terminó ésta con la sentencia de fecha 26 de agosto de 1969, preferida por el Juzgado Primero Laboral Municipal de Bogotá, mediante la que, condena a la Nación —Ministerio de Obras Públicas— al pago de: un mil sesenta pesos ($ 1.060.00) M/cte. por concepto de lucro cesante, y a la cantidad de setenta pesos con sesenta y seis centavos ($ 70.66) M/cte. diarios, a partir del 13 de julio de 1967, como indemnización moratoria; declara probada la excepción de pago en cuanto a los aumentos, salarios y prima de navidad y no probada la de inexistencia de la obligación.

Ninguna de las partes interpuso el recurso de alzada contra esa providencia, por lo que fue remitida en consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien por sentencia de 25 de octubre de 1969 revocó la de primer grado en todas sus partes y en su lugar absolvió a la Nación—Minobras— (sic) de todas y cada una de las súplicas de la demanda.

La parte actora interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda de casación cuya réplica fue allegada extenporáneamente por el Procurador Delegado en lo Civil, se procede a decidir.

Se propone el recurrente con el recurso interpuesto, que se case la sentencia del adquem, para que la Corte, como tribunal de instancia condene a la entidad demandada al pago del lucro cesante e indemnización moratoria a que se refiere la de primer grado originaria del Juzgado 1º Laboral.

Alega la primera causal de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo que hace consistir en que: "La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta, por error de hecho, e indebida aplicación de los arts. 1º, 11 y 58, inciso final de la Ley 6ª de 1945; arts. 7º de la Ley 24 de 1947; art. 1º de las leyes 61 de 1939 y 38 de 1946; art. 1º de sus decretos reglamentarios Nos. 709 de 1940 y 2058 de 1944; art. 2º y 6º del C. P. del T. Decreto Ley 2158 de 1948; art. 1º del Decreto 797 de 1949; art. 17 de la Constitución Nacional.

"El H. Tribunal incurrió en este error al apreciar erróneamente los documentos auténticos de los folios 4, 5 a 7; 28 a 29 30 a 31; 32 a 34; 35 a 37; por lo cual no dió por demostrado, estándolo:

"a) Que entre (el demandante) y la Nación—Ministerio de Obras Públicas— existió un contrato de trabajo.

"b) Que dicha relación de trabajo tuvo lugar desde el 27 de abril de 1960 hasta el 12 de abril de 1967, fecha en la cual se hizo efectiva su insubsistencia.

"c) Que durante dicho período desempeñó las funciones de Almacenista, IV, Grado 9, Nivel a, del Almacén Central de Repuestos, Departamento de Equipos División de Carreteras Nacionales; Contador II, Grado 7º Nivel a, del Sub-Almacén Central de Repuestos, sección de Almacenes División de Equipos y Almacenes Rama Operativa, Contador II, Grado II, Nivel a, Contador IX, Grado 15, Nivel b, de la División de Equipos y Almacenes, Rama Operativa.

"d) Que fue declarado insubsistente, injustificada e ilegalmente, faltándole 15 días para cumplir su último plazo presuntivo de su contrato de trabajo.

"e) Que durante su último cargo y al momento de su insubsistencia devengaba una asignación mensual de $ 2.120.00 M/cte.

"f) Que hasta la fecha se encuentra insoluta su acreencia laboral por lucro cesante".

En sustentación del cargo por los motivos indicados dice el recurrente:

"Al apreciar mal el H. Tribunal las anteriores pruebas, llegó a consecuencias erróneas, según las cuales, entre el demandante y la Nación—Ministerio de Obras Públicas—, no había un contrato de trabajo, por cuanto el actor era un empleado público; y fue así como el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a la Nación Ministerio de Obras Públicas, de las condenas de Lucro Cesante e indemnización por no pago, contenidas en la sentencia del Juzgado 1º Laboral de Bogotá".

Expresa además que, "fue así como el Tribunal dejó de aplicar las normas legales precisadas en este cargo debiéndolas aplicar, y aplicando en cambio las que no regulaban la vigencia, duración e insubsistencia del contrato de trabajo que existió entre el actor y la Nación—Ministerio de Obras Públicas".

Se extiende luego en consideraciones en cuyas partes sustanciales manifiesta:

"Tanto el legislador de 1945 como el de 1968, a que tangencialmente se refiere el H. Tribunal en su sentencia, separan o distinguen las dos categorías de servidores públicos, denominados empleado público y trabajador oficial, bien que dichos servidores públicos estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo.

"Caracterizan al empleado público, no como dice el H. Tribunal, su empleo tenga (sic) 'funciones detalladas en la Constitución, en Ley o Reglamento, u Ordenanza o Acuerdo, en su caso' (...) 'ni índole de las funciones propias del cargo desempeñado, ni las circunstancias de tipo meramente formal que rodearon su vinculación al Estado', ya que en cuanto a las primeras son comunes del empleado público y del trabajador oficial art. 1º Decreto 1732 de 1960; y en cuanto a las segundas son formalidades adjetivas, que tocan con las prerrogativas de uno y otro.

"El empleado público en virtud de que está frente a la Administración Pública en una situación estatutaria, acto-ley, goza de facultades absolutas con autoridad y mando, con capacidad plena de nombrar y remover, de representación, de crear situaciones jurídicas concretas o crear situaciones jurídicas abstractas y generales sin limitación distinta a su condición estatutaria o acto ley.

"En cambio el trabajador oficial, está subordinado, y limitado no solamente al acto-ley, sino también a su superior jerárquico o empleado público, sin que en ningún momento pueda ejecutar actos autónomos, ni menos aún resolver situaciones o crear situaciones genéricas o abstractas.

"A este último se refiere el art. 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945 cuando dispuso que 'las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, departamental o municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a la de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'. Y de que 'El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruír la presunción'.

"Luego existirá contrato de trabajo entre la administración pública y el servidor oficial, cuando éste presta sus servicios a aquella, en una cualquiera de las actividades a que se dedique dicha administración de la índole de los casos exceptivos a que se refiere el mandato legal del art. 4º".

Y en otra parte agrega:

"En el caso de autos el H. Tribunal afirma que por el solo hecho de que mi poderdante hubiera prestado sus servicios en las funciones de Almacenista o Contador ejecutó en el Ministerio de Obras Públicas 'actos condiciones' que lo catalogaban como un empleado público.

"Pero lo que no demostró la Nación, ni el Ministerio de Obras Públicas, ni el señor Agente del Ministerio Público, fueron los actos de soberanía, de poder, ya en el orden jurídico, patrimonial o administrativo, característicos del acto-ley, condición estatutaria ejecutados por mi poderdante en su calidad de empleado público.

"Es decir brilló por su ausencia toda prueba conducente a demostrar que mi poderdante como Almacenista o Contador, comprometió los actos de poder, de soberanía, de disposición, de representación, jurídicos o patrimoniales iguales o semejantes a los del Ministerio de Obras Públicas o a los de su Secretario General.

"Por ello es insólita la afirmación del H. Tribunal de que mi poderdante en los cargos de Almacenista y Contador hubiera sido empleado público.

"Lo conducente o lo probado respecto a su vinculación y a la índole de la actividad del sostenimiento de la construcción y sostenimiento de obras públicas, y las funciones desarrolladas por mi poderdante como Almacenista y Contador, de dicho Minis-

terio de Obras Públicas desde el 27 de abril de 1960 al 12 de abril de 1967 era la existencia del contrato de trabajo según presunción legal del art. 20 y el caso exceptivo del Ordenamiento 1º del art. 4º del 2127".

Y finalmente expone:

"El legislador del 45 y de 1968, son uniformes, en respetar, en términos genéricos, la presunción de que entre el trabajador oficial y la entidad oficial, cuya índole de actividad, es la construccion y sostenimiento de las obras públicas, existe un contrato de trabajo. Así lo afirma el art. 5º del decreto 3135 de 1968 cuando dice: "Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales (Subrayo)'.

"Esta constancia legislativa hubiera sido suficiente para que el H. Tribunal, en presencia del acerbo (sic) probatorio, concluyera que entre mi poderdante y el Ministerio de Obras Públicas existió un contrato de trabajo".

Consideraciones de la Corte.

El razonamiento del sentenciador para la conclusión absolutoria, parte de la base fundamental de que no puede considerarse que hubo contrato de trabajo entre el Sr. Adolfo Camacho Jiménez y la Nación, por cuanto aquel como contador, fue nombrado por acto condición mediante decreto 93 de 18 de enero de 1966, para desempeñar ese cargo en la clasificación de IX grado 15 nivel b) de la División de Equipos y Almacenes, Rama Operativa del Ministerio de Obras Públicas.

Es decir que, la parte medular de la sentencia que se revisa está basada en el concepto de que el demandante actuó en el desempeño de su cargo de contador, necesariamente como empleado y no como trabajador oficial.

El actor en cambio, sostiene como causa jurídica sustentatoria de los derechos que reclama, que hubo contrato de trabajo con la Nación y que fue esta la que puso término al mismo prematura e intempestivamente. Y puntualiza que, del error en la apreciación de las pruebas que demuestran que el mencionado señor Camacho Jiménez fue contador incorporado al Ministerio de Obras Públicas, se llegó a la aplicación indebida del art. 4º del Decreto 2127 de 1945 así como del art. 5º del Decreto 3135 de 1968, de los arts. 1º, 11 y 58 de la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones legales que cita.

Dedúcese de tales planteamientos que no se trata tanto de error en la apreciación de las pruebas sino de interpretación del art. 4º del Decreto 2127 de 1945 y 5º del 3135 de 1968, vale decir del concepto jurídico sobre la significación y alcance de tales ordenamientos.

La primera de estas citadas disposiciones dice:

"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, 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."

La norma establece un régimen exceptivo de donde se deduce que hay contratos de trabajo cuando se trata de la construcción o sostenimiento de las obras públicas etc.

Sobre este tópico la Corte, en sentencia de once de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho se pronunció así:

"(...) la ley quiere, es su voluntad nítida, que cuando un trabajador oficial se encuentre colocado dentro de las obras públicas, o dentro de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se ex-

ploten 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, se presuma la existencia de un ficto contrato de trabajo, sin atender (como dice el art. 3º del mismo decreto) a 'otras circunstancias cualesquiera'. Es esta una típica presunción legal que solo se desbarata demostrando que, en el caso que se analice, no se cumplan los referidos factores de trascendencia y locación.

"Por tanto, si el trabajador no cabe dentro de las casillas de la rama ejecutiva, ni legislativa, ni jurisdiccional, ni dentro de la administración en su sentido neto que es la ejecutiva en ejercicio de actos jurídicos propios, no realizables nunca por particulares necesariamente debe el trabajador comprenderse en la esfera delimitada expresamente por la parte final del artículo 4º del decreto 2127 de 1945, y, provenga de donde proviniere su estatu, surge entre el empleado y su empleador un ficto contrato de trabajo, por mandato de la ley, y no una relación susceptible de enmarcarse dentro del derecho público.

"La más sana interpretación por vía de doctrina conduce a la idea de que no se trata de signar esa ficcionada relación de trabajo por su origen o su fuente. Sea este origen o fuente un acto administrativo o no, sea un contrato escrito o verbal, en fin, sea cual fuere su punto de partida, lo que el legislador quiere y ordena es que dadas las condiciones de actividad en que el Estado suplanta la iniciativa privada (y por amplitud las obras públicas), o de actividad estatal en instituciones idénticas a las de los particulares, etc. el vínculo con sus empleados se presume contrato de trabajo y el tratamiento jurídico, con todas sus sucuelas, es el que debe darse a éste (...)". (G. J. T. LXXXVII marzo de 1958 Nº 2194 pág. 623).

Y en sentencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (G. J. T. CVI Nº 2271 págs. 522 a 526) se expresó, por vía de aclaración y por función unificadora de la jurisprudencia, de la siguiente manera:

"La Sala considera que el personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pública de la Nación o de las entidades secundarias de derecho público queda comprendido dentro de la indicada excepción, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza. La previsión del decreto no hace distinción alguna sobre la calidad de las funciones que desempeñe el empleado vinculado a la obra pública, ni da base para hacer la clasificación de que habla la sentencia".

Es protuberante que, la forma lata de la norma que se estudia, constitutiva del régimen exceptivo de contrato de trabajo, con aquella frase: "(...) a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas (...) etc." hizo generar aquellas doctrinas. **Empero, el artículo 5º del decreto 3135 de 1968, vino a aclarar la vaguedad del 4º del decreto 2127 antes citado por cuanto claramente dice: "Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo,** los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. **(Se subraya).**

"En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos".

La preposición —de— entre el vocablo trabajadores y el término de ella, constituído por las palabras "la construcción y sostenimiento de obras públicas", establece una relación especificativa que perfecciona el sentido exacto de la frase. De manera que,

los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas determinados como "trabajadores oficiales", no pueden ser otras personas que aquellas que tienen vinculada su actividad en alguna forma de labor a tales obras, directamente relacionada esa actividad, ejecución o desempeño, con la estructuración y conservación de las mismas.

La norma antecitada indica pues, una diferenciación entre empleados y trabajadores oficiales y señala la pauta para una clasificación más concreta en los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.

El casacionista se refiere a la actividad del demandanate, incorporado a las obras públicas como Almacenista IV, grado 9 nivel a) del Almacén de Repuestos, Departamento de Equipos, División de Carreteras Nacionales, desde el 27 de abril de 1960, y reclama esa relación de trabajo precisamente desde esa fecha hasta el 12 de abril de 1967.

Mas acontece que en ese cargo de Almacenista, específicamente relacionado en su actividad con las obras públicas en la destinación de carreteras nacionales, solo permaneció hasta el 6 de marzo de 1961.

El mismo impugnador explica que el demandante desempeñó varias funciones, y en efecto el señor Adolfo Camacho Jiménez fue nombrado Contador II, grado 7 Nivel a) del Sub Almacén Central de Repuestos, sección de Almacenes, División de Equipos y Almacenes, Rama Operativa, por decreto 813 de 12 de abril de 1961 y continuó como contador en diferentes escalas, mediante varios nombramientos hasta llegar a Contador IX, grado 15 Nivel b) de la División de Equipos y Almacenes, Rama Operativa incorporado por decreto Nº 93 de enero 18 de 1966, con una asignación mensual de dos mil ciento veinte pesos ($ 2.120.00), del 1º de enero de 1966 al 12 de abril de 1967, declarado insubsistente por decreto Nº 525 de 28 de abril de 1967.

Es decir que, acreditó el actor la incorporación del señor Adolfo Camacho Jiménez al Ministerio de Obras Públicas, como contador, en diferentes escalas, mas no demostró la vinculación de su actividad como tal a la construcción y sostenimiento de las obras públicas, como en el primer caso, en la época en que fue almacenista vinculado a la División de Carreteras Nacionales.

La prueba pues, fue incompleta, tal vez porque el demandante consideró que, correspondía la demostración a la parte demandada, olvidando la ubicación excepctiva del planteamiento materia del petitum.

Además, habiendo sustentado la censura en el error de hecho en la apreciación de las pruebas que enuncia, se extendió en alegaciones sobre la interpretación de los artículos 4º del decreto 2127 y 5º del 3135, sin concretar la manera como esas pruebas apenas aludidas fueron erróneamente estimadas por el ad-quem, de manera que apareciera ese error manifiesto, como lo determina el artículo 87 del C. P. T.

No está demostrado pues el error, fundamento primordial del cargo, en el cual tampoco podía incurrir el fallador ante la presencia objetiva de esas pruebas cuya deficiencia se ha puntualizado.

Por lo expuesto se desecha 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., J. Crótatas Londoño.

Vicente Mejía O., Secretario.

TRABAJO EXCEPCIONAL

La Ley, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre trabajo dominical y festivo excepcional y habitual. El artículo 180 del Estatuto Sustantivo Laboral regula el primero y los artículos 181 a 185, el segundo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla).

(Acta Nº 25).

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de Angel María Moreno contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, proferida el 17 de noviembre de 1964, en el juicio seguido por el demandante contra la firma Williams Brother Construction Corporation por la cual se confirmó el fallo absolutorio del Juzgado Segundo del Trabajo de la misma ciudad, en cuanto al pago de reajustes por horas extras, "jornada de días dominicales y feriados", prestaciones sociales, preaviso por despido colectivo, remuneración del descanso compensatorio por los festivos trabajados, "salarios caídos" y costas.

Dice el libelo inicial que Moreno trabajó para la demandada como Carpintero en las obras que ésta adelantó en el Zulia (Cúcuta), durante 120 días consecutivos, sin descansar; que devengaba un salario básico de $ 24.00 diarios por jornada completa, más cuatro horas extras a $ 3.75, y a veces tiempo nocturno que no recibió el valor del preaviso de treinta días ni la remuneración por descanso compensatorio.

En derecho citó los arts. 179, 181, 310, del CST y el Decreto 2479, (sin fecha).

La parte opositora negó la mayoría de los hechos, excepto el salario devengado, afirmó el pago de jornada doble por trabajo en domingos y días feriados, y explicó que la obra adelantada fue el oleoducto Cúcuta Santa Marta y no la construcción de edificios.

Falló el negocio en primera instancia el Juzgado Segundo del Trabajo de Cúcuta, mediante providencia de 6 de octubre de 1964, absolutorio de los cargos formulados, y condenó en costas al actor, con base en que la demandada reconoció y pagó legalmente a la terminación del contrato todos los salarios y prestaciones causados.

Surtida la apelación interpuesta por el apoderado del trabajador Moreno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la decisión del a-quo, por medio de sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

La impugnación.

Se dirige a obtener la "invalidación del fallo proferido el 17 de noviembre de 1964 por el Tribunal de Cúcuta —Sala Laboral— **en su totalidad**". Y que la Corte Suprema, en función de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, condene a la demandada a satisfacer las peticiones de la demanda.

La acusación se concreta en seis cargos, de los cuales, los tres primeros, por indebida aplicación de los arts. 179 y 180 e inaplicación del 181 del CST, en su orden, la Sala los estudiará conjuntamente, porque tien-

den a una sola o análoga finalidad, como es el reconocimiento o condena al pago del valor del descanso compensatorio y salario doble por trabajo en domingos y días festivos, a través de una vía común, la indirecta, por errores de hecho iguales o similares en la apreciación de unas mismas pruebas.

En efecto: el primer cargo, por indebida aplicación del art. 179 del CST, se plantea u origina "en ostensible y grave error de hecho, consistente en haber dado por bien probado no estando, que la compañía demandada pagó doble retribución por trabajo del actor en días dominicales y festivos de ley", debido a "apreciación altamente equivocada de la diligencia de inspección ocular, y por ende, de los documentos afectos a la misma".

Determina los medios mal apreciados y señala como tales los recibos o comprobantes de pago que forman los folios 35 a 52, sobre los cuales afirma que incurrió el Tribunal en confusión al "usar los guarismos que allí figuran de una manera extraña y absolutamente ilógica, pues —agrega, en ninguna parte... aparece ni expresa ni tácitamente" mencionada la doble retribución.

Más adelante, anota que los errores fundamentales o vicios esenciales del ad-quem fueron:

"a) El de agregarle a los comprobantes de pago una columna y un guarismo, que los comprobantes no tienen, pues en ninguna de sus 13 columnas se menciona doble retribución por trabajo en días domingos ni festivos... b) El de imputar los $ 24.00 (salario sencillo) al pago de la doble retribución por trabajo en días de fiesta la cual para el actor debería pagarse a razón de $ 72.00 cada día".

En el Segundo Cargo, por indebida aplicación del art. 180, en relación con el 179 del CST, hace consistir el grave y notorio error de hecho en "haber considerado que el demandante trabajó de manera excepcional los domingos y días festivos, cuando lo probado fue el trabajo habitual. Este error se basa en la apreciación errónea de la inspección ocular, o sea, de los comprobantes de pago relacionados en dicha diligencia".

A continuación, explica: "Este cargo tiene por objeto desvirtur la afirmación del ad-quem en sentido de que la demandada dio cumplimiento al art. 180, cosa evidentemente errada, pues ni pagó la doble remuneración, y si la hubiera pagado tal hecho no la eximiría de cumplir lo prescrito en el art. 181 en concordancia con el 184 del CST."

Y concluye: "El error fundamental del Tribunal consistió en aplicar el art. 180, trabajo excepcional a una situación, que de haber existido, debería regularse por el art. 181 pues el actor laboró de manera habitual, como lo dicen las pruebas y no excepcional como equivocadamente lo entiende el Tribunal por su errónea apreciación de los documentos relacionados en la inspección ocular".

El planteamiento del tercer cargo, por falta de aplicación del art. 181, en armonía con los arts. 183 y 184 del CST, proviene de "grave error de hecho consistente en no haber aceptado, como se probó, que la compañía demandada no dio ni pagó descansos compensatorios al actor, error que se originó en la apreciación completamente equivocada de la inspección ocular y de los documentos concernientes a la misma".

Sostiene el casacionista que "el fallador entendió contra toda evidencia que los comprobantes de pago afectos a la inspección ocular daban cuenta de doble remuneración por trabajo en días feriados cuando tales comprobantes lo que indican es que la compañía le pagó al actor los dominicales y festivos de que tratan los arts. 172 a 177 del CS del T. por cuanto que el demandante trabajó todos los días hábiles".

Insiste en atribuír al Tribunal confusión o desorientación, al entender que los descansos semanales son los mismos descansos compensatorios, reglamentados los primeros por los citados artículos 172 a 177, y los últimos, en los preceptos de los arts. 181 a 185 del C. S. del T.

Concluye diciendo que "El error fundamental incurrido por el a-quo, fue la apreciación indebida de la inspección ocular de sus documentos en ninguno de los cuales consta pago de doble remuneración por trabajo en días feriados. Y además, por haber apreciado esta diligencia en sentido de que el trabajo habitual del actor en días feriados fue trabajo excepcional".

Reafirma la enormidad de los errores imputados y la violación de las disposiciones legales que cita.

No se presentó escrito de oposición.

Se considera:

Como se ve y ya se expuso antes, los tres primeros cargos, en su presentación, son conexos, los errores de hecho también aparecen vinculados entre sí, con ligeras diferencias o variaciones, se relacionan con unas mismas pruebas y su alcance se concreta en la aspiración al pago del descanso compensatorio por labor habitual en domingos y reconocimiento de doble retribución por trabajo en los mismos días y en los demás festivos, todo por una sola vía, la indirecta.

Procede una inicial advertencia de la Sala, en el sentido de que propiamente no se practicó la inspección ocular tantas veces mencionada por el recurrente para la prosperidad de los tres primeros cargos que se analizan conjuntamente, sino que, por el contrario, se prescindió de tal diligencia, mediante auto especial del Juzgado, a fin de considerar en la sentencia los documentos presentados por la compañía demandada, por lo cual solo éstos se tuvieron en cuenta para las decisiones de instancia y no una prueba impracticada.

La sentencia acusada, por violación indirecta de los artículos 179 y 180, originada en indebida aplicación de los mismos, debido a errores de hecho, al dar "por bien probado, no estando, que la compañía demandada pagó doble retribución por trabajo del actor en dominicales y festivos de ley" y en "haber considerado que el demandante trabajó de manera excepcional... cuando lo probado fue el trabajo habitual", dice al respecto:

"Al observar los recibos de pago vistos de folios 35 a 52, se comprueba que la cantidad de $ 24.00 figura cancelada dos veces, es decir, una por lo correspondiente a la columna de tiempo ordinario y la otra por el día festivo, o sea, que cuando trabajó un día de fiesta el trabajador recibió $ 48.00 como remuneración doble".

"El salario pactado fue el de $ 24.00 y como el actor recibió $ 48.00 por haber trabajador días festivos y domingos, la Compañía cumplió perfectamente con lo que dispone el art. 179 del C. S. del T. y nada resta por esta súplica".

"Al hacer la Sala los computos generales, comprueba lo dicho por la sentencia y siendo esto así, nada tiene que observar al respecto".

"d) Remuneración correspondiente al descanso compensatorio".

"Desçansa esta nueva súplica del demandante en lo dispuesto por el art. 181 del C. S. del T., que ordena que los trabajadores que habitualmente tengan que trabajar en domingo, deben gozar de un descanso compensatorio remunerado".

"Pero el artículo que le antecede, es decir el 180 de la misma obra, dice que cuando el trabajador labore excepcionalmente el día de descanso compensatorio tiene derecho a otro día compensatorio remunerado o a una retribución en dinero, según su elección, en la forma prevista en el art. 179."

"Lo anterior quiere decir, que cuando el trabajador labora en un día de descanso compensatorio, tiene derecho a un descanso remunerado o a que se le cubra con un salario doble el día trabajado; o sea, que si se le ha pagado doble la jornada ordinaria en día de descanso obligatorio, no tiene derecho al descanso remunerado en otro día de la semana, ya que esto implicaría un pago cuatro veces superior al que en verdad debía devengar."

"En páginas anteriores al hablar de los domingos y días festivos laborados, se estableció que cuando ellos fueron trabajados, la empresa los pagó doblados y en su integridad; por tal razón no puede ahora alegarse nueva remuneración por este concepto y debe entonces absolverse a la Compañía demandada por dicho pedimento".

Las disposiciones invocadas prescriben:

Trabajo Dominical y Festivo.

Remuneración.

"Art. 179. La retribución del trabajo en domingo o días de fiesta de que trata este título se fija de acuerdo con las siguientes reglas:

"1ª). Si el trabajador labora la jornada completa, se le paga salario doble.

"2ª) Si labora parte de la jornada, se le paga doblada la parte proporcional del salario.

"3ª) Si con el descanso dominical remunerado coincide una fecha que la ley señale también como de descanso remunerado, el trabajador solo tiene derecho a remuneración doble si trabaja."

Trabajo excepcional.

"Art. 180.—El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección en la forma prevista en el artículo anterior".

La ley, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre trabajo dominical y festivo excepcional y habitual. El artículo 180 del Estatuto Sustantivo Laboral regula el primero, en los términos que antes se transcribieron, y los artículos 181 a 185, el segundo. Esta última clase, o sea, el que se cumple habitualmente, sin interrupción, de modo permanente, contempla las actividades a que se refieren los artículos 175, 182 y 184, cuyos textos disponen:

"Art. 175.—El trabajo solamente se permite durante los días de descanso obligatorio, retribuyéndolo o dando un descanso compensatorio remunerado:

"a) En aquellas labores que no sean susceptibles de interrupción por su naturaleza o por motivos de carácter técnico;

b) En labores destinadas a satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos, el expendio y la preparación de drogas y alimentos; y

"c) En las labores del servicio doméstico y de choferes particulares.

"2.—El Gobierno especificará las labores a que se refieren los ordinales a) y b) del inciso 1 de este artículo.

"3.—El Gobierno puede prohibir o limitar el trabajo dominical en determinadas actividades que se desarrollan en las poblaciones más importantes, cualesquiera que sea el número de trabajadores ocupados en cada establecimiento".

"Art. 182.—Las personas que por sus conocimientos técnicos o por razón del trabajo que ejecutan no pueden reemplazarse sin grave perjuicio para la empresa, deben trabajar los domingos y días de fiesta sin derecho al descanso compensatorio, pero su trabajo se remunera conforme al artículo 179".

"Art. 184.—En los casos de labores que no puedan ser suspendidas, como los viajes fluviales o marítimos, cuando el personal no pueda tomar el descanso en el curso de una o más semanas, se acumulan los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de las labores o se paga la correspondiente remuneración en dinero, a opción del trabajador."

Cuando el trabajador labora excepcionalmente en domingos y feriados, puede elegir entre tomar un descanso compensatorio remunerado en otro día de la semana o que se le retribuya en dinero, opción que también se extiende al caso de tareas no susceptibles de suspensión, como se establece

en el artículo 184, y únicamente las personas que por sus conocimientos técnicos o por razón de las funciones que desempeñan no puedan ser reemplazadas y, por consiguiente, deban trabajar los domingos y días de fiesta, pierden el derecho al descanso compensatorio, pero su trabajo se reconoce doblemente.

Hay que tener en cuenta que la legislación sustantiva atiende al concepto de habitualidad, no desde el punto de vista del trabajador, sino desde el punto de vista del trabajo, de suerte que si éste es habitual, aquel queda en la obligación de prestar el servicio en los días de descanso legal obligatorio, en tanto que si es excepcional, goza de libertad para aceptar o no ocupación en ellos, salvo que se trate de fuerza mayor o caso fortuito, conforme a la regla 6ª del artículo 58, es decir, en situaciones de siniestro o de riesgo inminente que afecten o pongan en peligro las personas o las cosas vinculadas al trabajo, en los cuales sí surge obligación de trabajar.

Ahora bien: los comprobantes de pago visibles a folios 35 a 52 evidencian que el trabajador, cuando laboró en días domingos y festivos de ley, recibió el pago correspondiente a la jornada ordinaria, incluído en el total de horas de servicio a la semana, más el valor del respectivo descanso, como aparece anotado en columna separada, es decir, sí se cubrió salario doble, conforme al art. 179 del C. S. T.

En efecto: en las 56 horas que figuran en la primera columna como total de trabajo ordinario semanal, ya se incluye una vez la suma de $ 24.00, salario básico devengado, y en la columna 6ª, bajo el título "otros ingresos", se anota aparte, en sendas subdivisiones, lo pagado por concepto de "descanso" y "días feriados".

Así, tomando al acaso, por vía de ejemplo, el documento de folio 36, que registra el período de labores entre el 18 y el 24 de marzo/64 y que comprende un domingo y un feriado (el 19 del mismo mes), en el reconocimiento de las 56 horas ordinarias, o sean 7 días, ya se acreditan una vez los dos días de fiesta y, por separado, en las columnas donde se lee "descanso" y "días feriados", figura en cada una la cifra de $ 24.00, con lo cual se comprueba el pago de la doble retribución, en forma completamente exacta y legal.

Más claro todavía: si en esa semana hubo dos días festivos, las horas de la jornada ordinaria, no laborando en ellos, serían 40 en total, cuando lo realmente pagado corresponde a 72, esto es, 9 días, lo que explica suficientemente la remuneración doble que manda la ley.

La misma situación relievan todos los demás comprobantes, en los cuales se muestra el evento de trabajo en domingos y días de fiesta.

Más bien lo que resalta es una confusión o equivocada interpretación de los documentos de pago, por parte del censor, quien deduce el vicio atribuído al fallo acusado, por el hecho de que los mencionados comprobantes no tienen una columna especial con el título de "Doble retribución por trabajo en días domingos y festivos" que, según afirma, agregó el Tribunal, incurriendo así en el error imputado.

También confunde e involucra el casacionista las horas de labor ordinaria, con las suplementarias o extras, computadas y canceladas aparte, como aparece en las respectivas columnas de los citados documentos, cuestión que lo induce a sostener que fueron 84 horas efectivamente trabajadas, a reclamar $ 72.00 por cada uno de los días festivos laborados y de descanso compensatorio y los consiguientes reajustes de prestaciones sociales.

Respecto a que el trabajo en domingos fue habitual y no excepcional, punto en que se fundan los cargos segundo y tercero, por indebida aplicación del artículo 180 e inaplicación del 181 del C. S. del T., en su orden, tampoco se ha demostrado el error del Tribunal por dicho concepto, ya que las mismas pruebas señaladas para precisarlo

establecen que el actor laboró algunos domingos y días de fiesta, es decir, no habitualmente o de modo ininterrumpido y permanente, sino de manera excepcional, y así resulta, sin lugar a dudas, del simple examen de los comprobantes de folios 37, 40, 42, 44 y 52, conforme a los cuales no se prestó servicio en los feriados comprendidos en los períodos a que los precitados documentos se refieren, razón suficiente para que el Tribunal aplicara el artículo 180 y no el 181 de la Codificación Sustantiva del Trabajo.

Sin acreditarse que el trabajador estuvo colocado en alguna de las eventualidades que contemplan los ordinales a), b) y c) del artículo 175 o en las de los artículos 182 o 184, no puede alegarse fundadamente la habitualidad de labores en días de descanso obligatorio, y aún ubicado frente a actividades no susceptibles de interrupción, seguiría vigente la opción o el derecho a elegir entre la doble retribución en dinero o disfrutar del descanso compensatorio, y hasta llegaría a perderse éste último, cuando haya motivos de carácter técnico para la permanencia en el trabajo, conforme a la segunda disposición aquí citada.

Por último, observa la Sala que no está en discusión el entendimiento del contenido del texto del artículo 179 del C. S. del T., tal como lo interpretó y aplicó el sentenciador de segundo grado, en relación con los aspectos fácticos que surgen de las probanzas estimadas en la providencia recurrida, pues si lo que pretende el impugnador es que se de a la mencionada norma una exégesis o alcance diversos, la acusación debió proponerse en forma directa, por errónea interpretación del precepto sustantivo, pero ese no es el caso y, por ello, no hay necesidad de estudiarlo aquí en un sentido no planteado.

En suma, producido el enfrentamiento entre la sentencia acusada y la ley, no habiéndose obligado el trabajador a prestar servicio en domingos y festivos, indemostrados los errores de hecho y su incidencia en la parte resolutiva del fallo, los tres cargos analizados conjuntamente resultan inválidos para desquiciarlo y, por lo mismo, no prosperan.

Cuarto cargo.

"Errónea interpretación del artículo 181 del C. S. del T. Síntesis del cargo. El fallo recurrido vulnera el artículo 181 en relación con los artículos 184 y 179 del C. S. del T. por errónea interpretación consistente en haber entendido que el legislador refundió varios derechos en uno solo. Esta violación se produjo sin consideración al material probatorio".

En el análisis o desarrollo de la acusación, dice el impugnador que "el Tribunal entiende que el Trabajo habitual en días feriados se remunera lo mismo que el trabajo excepcional"; hace luego deducciones y suposiciones para imputar al fallador un tácito error de hermenéutica y, por último, alega:

"La interpretación que tácitamente se desprende del fallo del Tribunal agrava aún más la situación del trabajador, pues de prosperar se llegaría al contrasentido de que el trabajador que labore siete días a la semana solo tiene derecho a siete salarios, y así éste perdería los descansos y además la doble remuneración".

Se considera:

Si la base jurídica que sostiene la sentencia no fue la aplicación del artículo 181, sino únicamente el 180 del C. S. T., mal podía el Tribunal interpretar en uno u otro sentido, acertada o equivocadamente, una disposición inaplicada, pues no significa interpretación acusable la sola circunstancia de que el fallador reproduzca los términos o haga una simple cita de un texto legal.

Las conjeturas o hipótesis muy personales que presenta el censor para deducir una equivocada interpretación tácita no concuerdan con los hechos probados que tuvo en cuenta el juzgador de segunda instancia al aplicar el artículo 180, en vez del 181.

El supuesto fáctico y probatorio del sentenciador fue el trabajo excepcional y no

habitual en domingos y días de fiesta, en tanto que el recurrente parte siempre de una situación distinta, como es la habitualidad de labores en tales días, lo que implica necesariamente una discusión en el terreno de los hechos y las pruebas, planteamiento que en la técnica de casación resulta incompatible con la censura de la sentencia por vía directa, es decir, el cargo quedó así mal formulado y, por tanto, no se admite.

Quinto Cargo.

"**Falta de aplicación del decreto 2497 de 1963. Síntesis del cargo.** La Sentencia, objeto de este recurso extraordinario, viola por vía indirecta, a través del (sic) materia probatorio, el art. 466 del C. S. del T. en relación con los arts. 1º y 8º del Decreto 2497 de 1963, por falta de aplicación de los mismos, originada en grave error de hecho, consistente en no haber dado por bien probado, como lo está, que la compañía demandada terminó total o parcialmente labores en el oleoducto para cuya construcción trabajo el actor; error proveniente de la falta de apreciación de dos testimonios por parte del Tribunal".

Indica que los medios probatorios no apreciados fueron las declaraciones de Jorge Guillermo (Bill.) Muñoz Herrera y Miguel Angel Ramírez, a folios 87 y 89, igual que los documentos anexos a la demanda, según los cuales el retiro del actor ocurrió en julio de 1964, cuando la compañía terminó la construcción del oleoducto Cúcuta-Santa Marta, donde aquél prestó servicios.

Se considera:

El fallo del Tribunal trae este capítulo sobre el tema planteado:

"e) Preaviso por despido ilegal.

"En forma igual demanda el actor que se condene a la empresa demandada al pago de preaviso de 30 días por despido ilegal, tal como lo disponen el art. 466 del C. S. del T. y el Decreto 2479.

"Pero contra esta súplica se encuentran en el contrato escrito que obra en autos, las cláusulas 3ª y 4ª que a la letra dicen:

'**Tercera.—El Trabajador** ingresa al servicio del **patrono** en el período de prueba, por (2) dos meses contados a partir de la firma del presente contrato de trabajo, término durante el cual cualquiera de las partes podrán dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento, sin previo aviso y sin indemnización alguna por concepto de terminación intempestiva del contrato. **Cuarta.—**Si después de terminado el período de prueba **el trabajador** continuare al servicio del **patrono**, el contrato de trabajo se entenderá celebrado por término de cuatro meses incluyendo el período de prueba...".

"De acuerdo con los textos transcritos, el contrato se celebró por un término fijo de cuatro meses. Su vida jurídica comenzó el 18 de marzo de 1964 y se dio por terminado el 18 de julio del mismo año, o sea, que su tiempo de labores fue exactamente el estipulado en el contrato escrito.

"Según los mandatos de los artículos 37, 39 y 46 de la norma sustantiva y el 2º del Decreto 617 de 1954, los contratantes pueden pactar por escrito a término fijo contratos de trabajo que en ningún caso pueden tener un tiempo de duración inferior a cuatro meses; por su parte, el art. 61 del mismo Código Sustantivo establece que el contrato laboral se extingue por terminación del tiempo pactado o presuntivo. Es decir, que una de las razones para su terminación es el vencimiento del tiempo pactado.

"La empresa demandada dando cumplimiento al art. 66 del C. Sustantivo, comunicó al demandante la terminación del contrato por vencimiento del plazo estipulado y esto lo hizo con un tiempo igual al período que regula los pagos.

"No son aplicables en el caso sub-júdice el art. 466 del C. S. y el Decreto 2479 de 16 de octubre de 1963, por cuanto ellos se refieren a la clausura de las empresas por terminación parcial o total de labores, y aquí

la razón para finalizar el contrato fue otra, o sea, la expiración del plazo pactado.

"En este orden de ideas, la Williams Brothers Construction Corporation se ciñó fielmente a los mandatos del C. S. del T. y por ello, no se le puede condenar por perjuicios que no se ha causado al trabajador".

Y los preceptos legales que se señalan como violados rezan:

"Decreto 2497 de 1936. — Art. 1º Cuando alguna empresa o patrono considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, por cualquier causa, debe solicitar autorización previa al Ministerio del Trabajo, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso.

"Parágrafo.—En los casos de suspensión o terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, previstos en los artículos 51 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, la empresa o patrono debe dar inmediato aviso al Inspector del Trabajo del lugar, y en su defecto, al más cercano, a fin de que compruebe esa situación.

"Art. 8º—No producirán ningún efecto la suspensión o terminación de los contratos, convenciones o pactos, hecha sin el lleno de los requisitos establecidos por el presente decreto".

C. S. del T. "Art. 466.—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".

El censor ni siquiera determina día cierto o preciso de fenecimiento contractual, coincidente con el momento en que concluyó la obra del oleoducto, y revisados los testimonios y documentos en que se funda el ataque, se tiene que los deponentes no conocieron los nombres de los obreros que operaron en la construcción, ni la fechas exactas de terminación de labores, ni la causa, de modo que nada concretan en favor del demandante Angel María Moreno para concluír que se trataba de un caso que exigía el cumplimiento de los artículos 466 del C. S. del T., 1º y 8º del Decreto 2497 de 1963, cuando lo demostrado procesalmente, conforme a la sentencia que se revisa, es la cesación del vínculo entre el actor y la firma patronal por expiración del plazo pactado, a que se refiere el ordinal a) del artículo 61 de la precitada codificación.

La prueba literal que se acompañó con la demanda y que consiste en recibos de pago, certificado de tiempo de servicios, cargo desempeñado, salario devengado y liquidación de cesantía, no establece un motivo diferente de finalización contractual, de manera que por parte alguna aparece el error, apenas enunciado pero no comprobado, y los resultados a que llegó el Tribunal adquirieron firmeza, merced al contrato de trabajo y al aviso oportuno y legal de la causa de terminación, por vencimiento del plazo estipulado, de conformidad con documentos inobjetados, visibles a folios 26 y 71, piezas procesales que ni siquiera menciona el casacionista, no obstante que son los soportes principales en este especial aspecto del fallo recurrido.

De otra parte, la aplicación del Decreto 2497 de 1963 procede cuando la empresa o patrono considera o toma la decisión de hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores de su factoría en funcionamiento, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, más no ocurre lo mismo en el caso de que real e inexorablemente concluya una obra como la determinada en este negocio sobre construcción de un oleoducto, porque entonces lo que se configura es uno de los modos legales y naturales de finalizar el contrato, cual es el señalado en el literal b) del art. 61 del

C. S. T., "Por la terminación de la obra o labor contratada", pero aquí la causal oportunamente invocada no fue esa, sino la expiración del plazo pactado, según se ha expuesto antes y el sentenciador la encontró comprobada.

En consecuencia, el cargo es inadmisible.

Sexto Cargo.

"Violación del art. 65 del C. S. del T.

"**Síntesis del cargo.** La sentencia recurrida es violatoria del art. 65 del C. S. del T. en armonía con el art. 8º del Decreto 2497 de 1963, por falta de aplicación de los mismos, originada en grave error de hecho consistente en no haber considerado que la compañía demandada obró contra la bona fide, como se probó, al no haber considerado unas pruebas, el Tribunal fallador".

Nuevamente, apunta como pruebas inestimadas las declaraciones de Jorge Guillermo (Bill.) Muñoz H. y Miguel Angel Ramírez, lo mismo que los documentos adjuntos a la demanda.

También se limita a exponer que el retiro del actor tuvo lugar en julio de 1964, "es decir, en el mismo mes y año en que la compañía terminó labores en la construcción del oleoducto de Cúcuta-Santa Marta".

Se examina el cargo:

La sentencia acusada incluye sobre el particular estos pasajes:

"f) Salarios caídos.

"Se cobra en esta súplica la indemnización que consagra el art. 65 del C. S. del T., porque según el demandante, no le fueron cubiertas en su integridad las prestaciones causadas durante la relación laboral.

"A través del juicio y con el estudio detenido de las probanzas aportadas a los autos, se comprueba que la empresa cubrió en forma exacta el tiempo suplementario trabajado por el actor; en igual forma se constata que le cubrieron las horas extras laboradas de acuerdo con los mandatos legales que rigen la materia, sin que sea jurídico alegar que estas se deben cancelar en forma distinta, ya que no existe norma positiva que así lo ordene.

"En la tarjeta de folio 34 aparece expresamente anotado el tiempo extra trabajado y la cancelación del mismo por parte de la compañía demandada. Al terminarse el contrato de trabajo le fueron canceladas al trabajador las prestaciones debidas y siendo esto así, no es justo ni menos legal, hacer condena por esta súplica, ya que la Williams Brothers Construction Corporation obró de buena fe, sometida a los preceptos legales de nuestros ordenamientos positivos y además, nada adeuda al trabajador por lo reclamado en la demanda.

"La Sala comparte en su integridad los razonamientos jurídicos en que sustenta el Juez del conocimiento la sentencia apelada; ella se basa en las pruebas acompañadas al expediente y en los textos legales e interpretaciones de los mismos, hechas por los más altos Tribunales del país".

Al estudiar los cargos anteriores, de cuya prosperidad podría derivarse la de este último, se vió que las premisas del recurrente carecen de respaldo en los autos.

Las pruebas que cita el impugnador no desvirtúan las conclusiones del sentenciador de segundo grado, por lo cual no puede hablarse de mora en el cumplimiento de obligaciones laborales por parte de la empresa, ni atribuirse a ésta mala fe para imponerle la sanción indemnizatoria, eventos en que no incurrió la compañía demandada, puesto que al término de la relación canceló legalmente lo que creía adeudar al trabajador, razones que motivaron la absolución en ambas instancias.

Entonces, el cargo es ineficaz.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

PERIODO DE PRUEBA

El período de prueba que conforme a su propia definición legal (art. 76 del C. S. del T.) constituye etapa inicial del contrato de trabajo, requiere para su operancia jurídica estipulación por escrito, y ella por un lapso que no exceda de dos meses (arts. 77 y 78 ibídem) indica claramente que sólo se lo puede dar por establecido en juicio, dentro del cual se invoca con el documento que contiene ese acuerdo de voluntades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. mayo veintiuno de mil novecientos setenta.

Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

(Acta Nº 15).

Agotado el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Barranquilla puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario de trabajo adelantado por Luis Pomares contra la sociedad denominada "Loffland Brother de Suramerica C. A.".

Antecedentes.

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad "Loffland Brothers de Suramérica, C. A.", representada por su Gerente, a pagar a Luis Pomares el valor del tiempo faltante para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo que existió entre ellos, fundándose para ello en que, en virtud de contrato verbal de trabajo, el actor ingresó al servicio de la empresa demandada el 24 de junio de 1964, con una asignación de cincuenta y cinco pesos, treinta centavos ($ 55.30) diarios, habiendo sido despedido el 2 de julio del mismo año sin que se le pagara lo correspondiente al plazo presuntivo del contrato. Se adujo como razón la terminación del mismo en período de prueba, consignada esta circunstancia en la liquidación o finiquito de prestaciones sociales.

Notificada la demanda y corrido el traslado de rigor, no se contestó el libelo, y una vez concluído el debate el señor Juez Primero del Trabajo de Barranquilla a quien correspondió el conocimiento del negocio, lo decidió en sentencia de 10 de febrero de 1965, condenando a la demandada a pagar al demandante la cantidad de nueve mil quinientos once pesos con sesenta centavos ($ 9.511.60) "por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo". Esta providencia la confirmó en todas sus partes el Tribunal Superior de Barranquilla por intermedio de su Sala Laboral, en virtud de apelación del apoderado de la sociedad, y por medio del fallo de 25 de mayo del citado año de 1965.

Contra la decisión de segundo grado interpuso el recurso de casación la misma parte demandada, el que, admitido y tramitado por esta Sala de la Corte, se procede a resolver lo pertinente, teniendo en cuenta la demanda del recurrente, pues no hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Se propone por el impugnador la casación total del fallo recurrido "en cuanto por él se condena a Loffland Brothers de Suramérica C. A. a pagar a Luis Pomares la suma

de $ 9.511.60 a título de indemnización por lucro cesante, a más de costas de segunda instancia, y en su lugar absolver a la Sociedad demandada de tener que pagar al demandante suma alguna por los conceptos a que se contrae la presente litis".

La acusación.

En orden a este fin, y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula un solo cargo, en el que acusa el fallo recurrido de haber violado, "por vía indirecta, y como consecuencia de graves y evidentes errores de hecho en la estimación de la única prueba que sirve de fundamento a dicha providencia, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 47, 76, 77 y 80 del mismo Estatuto".

Se sostiene en su fundamentación, que al tenor de la motivación aducida por el Tribunal éste condenó al pago de la indemnización por lucro cesante con base en el documento del folio 3 del cuaderno principal, pero apreciándolo únicamente en lo favorable al demandante y desechándolo en lo que favorece a la sociedad y, en términos generales, en forma errónea, pues él no establece el supuesto despido de Pomares por parte de la demandada, requisito indispensable para la operancia del artículo 64 del C. S. del T. Además, agrega el recurrente, que en ese documento nada consta sobre el particular, y porque él, por lo contrario, "constituye plena e idónea prueba sobre la existencia del "período de prueba" habido entre las partes, toda vez que la ley no dice que tal cláusula deba figurar en un contrato escrito de trabajo, sino que "conste por escrito", ya sea en una carta, ya en un documento, ora en un recibo, etc., formalidad que concurre en el caso de autos con la firma del propio demandante al decir: Mi retiro se debe a terminación del contrato en Período de Prueba" (f. 3 cuad. Nº 1).

Confesados por el actor en dicho documento, la estipulación y su retiro bajo el régimen de la misma, y aceptado expresamente por él sin reserva alguna el pago que le hizo la sociedad el 2 de julio de 1964, al firmar el comprobante "por encontrar en legal forma su liquidación y ceñido a la verdad el texto de ese documento", hay que concluír que no concurren los presupuestos legales "para proferir condena por indemnización de lucro cesante, puesto que no se probó en debida forma el despido injusto del demandante por parte de la Sociedad demandada". Resulta, en estas condiciones, no solo infundada e ilegal, sino también inmoral la petición del actor de que se condene a la demandada a pagarle al valor de cinco meses y veintidós días de salario, a título de lucro cesante, por haberle trabajado "el insignificante lapso de nueve días, pretensión que repugna a la justicia y contraviene el espíritu de equidad que informa los preceptos legales normativos de las relaciones obrero-patronales, máxime si se tiene en cuenta que durante ese lapso Pomares debió prestar sus servicios a otro patrono, quizá con mejor remuneración". Por tanto, no ha debido entenderse, como se hizo, en el fallo acusado.

De otro lado, continúa, "el apoderado de Luis Pomares no tenía facultad para impetrar tan injusta condena, puesto que en el respectivo poder solo se le autorizó para obtener de Loffland Brothers de Suramérica C. A. "el pago del valor del presuntivo legal", que el demandante creía le adeudaba dicha Sociedad, sin indicar concretamente el rubro, Indemnización por Lucro cesante, omisión en la que también incurrió el apoderado del actor al formular la demanda principal. Es decir que, en el juicio, faltó uno de los presupuestos procesales, esto es, la demanda en legal forma, falla técnica que no podía ser subsanada por el ad-quem al proferir en su fallo impugnado una condena no pedida por la parte demandante, esto es, indemnización por lucro cesante".

Para resolver, la Corte considera:

La circunstancia de que el período de prueba que conforme a su propia definición legal (art. 76 del C. S. del T.) constituye etapa inicial del contrato de trabajo, requiera para su operancia jurídica estipulación por escrito, y ella por un lapso que no exceda de dos meses (arts. 77 y 78 ibídem),

indica claramente que solo se lo puede dar por establecido en juicio, dentro del cual se invoca, con el documento que contiene ese acuerdo de voluntades. En estas circunstancias, el escrito confiere al contrato la modalidad a término fijo, y como tal lo subordina a las voces del artículo 51 del C. P. del T. que establece que, "cuando la ley exija determinada solemnidad ad-substantiam actus, **no se podrá admitir su prueba por otro medio".**

En el presente caso, la prueba literal que obra al folio 3 del cuaderno principal, que el recurrente considera ha sido equivocadamente apreciada en el fallo acusado, da cuenta de la liquidación que la sociedad demandada le hizo al actor del valor de la cesantía y de "5 días en examen médico de desenganche", por los servicios que le prestó como chofer, del 24 de junio de 1964 al 2 de julio del mismo año, con un salario básico de $ 55.30. El documento trae la anotación y además, de que el retiro del trabajador "se debe a terminación del contrato en período de prueba", y la manifestación del demandante, de que recibe la suma de dinero a que la liquidación se contrae, a su "entera satisfacción, con lo cual la Empresa queda a paz y salvo con él por razón del referido tiempo de servicios. La firma del recibo se hace "sin reserva de ninguna naturaleza". No es contentivo por lo tanto, ese finiquito, ni del contrato de trabajo celebrado por las partes, ni de la estipulación a que lo sometieran al momento de su perfeccionamiento, o sea, al período de prueba que se alega, como que respecto de tales cuestiones es apenas referente, en estas circunstancias puede el documento considerarse como medio de convicción para deducir la existencia de una relación contractual común y corriente de carácter laboral, por lo que ella no reclama para su estructuración especial solemnidad, más no para dar por establecido el período de prueba a que se afirma se sometió dicho pacto. Por la referencia que a él se hace allí, apenas constituría un principio de prueba por escrito de tal estipulación que daría paso a prueba distinta, es decir, al escrito que la contenga para comprobarla conforme a la enseñanza del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, si el escrito que reclama la ley laboral no lo fuera, como sí lo es, **ad substantiam actus** sino simplemente **ad probationem,** único evento este último en que ese principio de prueba produce el resultado referido según se desprende de los artículos 91 y 92 de la citada ley.

No pudiéndose dar por establecido el período de prueba, los servicios personales que el actor prestó a la demandada, por el tiempo y con la remuneración que se desprenden del documento de que se ha hablado, hay que entenderlos regulados por las normas generales del contrato de trabajo, al tenor del primer inciso del citado artículo 77 del C. S. del T., entre las cuales está la del artículo 47 de la misma obra, conforme a la cual cuando la duración no haya sido expresamente estipulada o no resulta de la naturaleza de la obra o servicio que debe ejecutarse, el contrato hay que presumirlo celebrado por términos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses.

En estas condiciones, como la referida relación se inició el 24 de junio de 1964 y el retiro del trabajador se efectuó el 2 de julio siguiente, pero no por el motivo consignado por la empresa en la liquidación ameritada y que se alega para fundamentar el recurso que se estudia, sin duda alguna se le puso fin antes de que venciera el plazo presuntivo y sin que se hubiera invocado oportunamente y probado dentro del juicio justa causa diferente de la mencionada para hacerlo. Por ende, procede la indemnización por lucro cesante.

No incurrió, en consecuencia, el Tribunal en error alguno al no dar por demostrado con la prueba documental analizada el período de prueba a que se pretende quedó sujeto el contrato de trabajo que vinculó a las partes contendientes; al considerarlo regido, a falta de la prueba específica de la estipulación correspondiente, en lo que respecta a su duración y habida cuenta de la labor desarrollada por el demandante, por el término presuntivo de seis meses; y al concluír se le puso fin por la empresa demandada antes de que dicho término se hubiera vencido, en las condiciones que hacen operante la indemnización por lucro cesante. Por lo mismo, la acusación formula-

da contra el fallo de la citada Corporación en que estas conclusiones se sacan y con fundamento en ellas se confirma la condena proferida por el Juez del conocimiento por el mentado concepto, no puede prosperar.

Por tanto, se rechaza este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, No Casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Barranquilla.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DE LA ACCESION DE LAS COSAS MUEBLES A INMUEBLES

De conformidad con el inciso segundo del artículo 739 del C. C., "si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". Y según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, conforme a ésta disposición, "no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Sección Primera. — Bogotá, D. E., Mayo veintitrés de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 31).

Ante el Juzgado del Trabajo de Neiva, **Carlota Manrique** demandó, por conducto de apoderado, a **Rufino Manrique** para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se hiciesen las siguientes o semejantes declaraciones: Primera. Que en su calidad de dueña de la finca "Versalles" no está obligada a pagar mejora alguna al demandado, en virtud del contrato de arrendamiento suscrito con Miguel María Manrique el 25 de Diciembre de 1943, ni por ningún otro concepto. Segundo. Que si Rufino Manrique prueba derecho al pago de sus mejoras, por ley o por contrato, sean identificadas, relacionadas y avaluadas mediante peritos y en una inspección ocular. Tercero. Que se condene en costas al demandado.

Relata el libelo que la actora es propietaria de la finca denominada "Versalles", ubicada en la fracción de Guacimilla, jurisdicción del Municipio de El Hobo, por haberla adquirido por compraventa celebrada con Miguel María Manrique, según consta en la escritura pública Nº 525 de 18 de agosto de 1947 otorgada ante la Notaría Principal de Garzón y registrada el 10 de noviembre de ese año. Rufino Manrique ocupa en la actualidad el inmueble, en virtud de contrato de arrendamiento que celebró con Miguel María Manrique y en el cual se obligó a no construír mejora alguna sin consentimiento del arrendador y a entregar las que voluntariamente hubiere querido introducir, sin exigir compensación por éllas, al vencimiento del contrato. Que al término de duración de éste fue de dos años, contados a partir del 10 de diciembre de 1943. Que ante la ocupación de la finca por el demandado, Carlota Manrique provocó una conciliación ante la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos de Neiva, pero los resultados fueron negativos como aparece en el Acta Nº 032 de 14 de abril de 1959. Que como Rufino Manrique se empeña en reclamar el pago de mejoras se está frente a un conflicto surgido entre un dueño de terreno y un ocupante, que debe ser tramitado conforme a los artículos 1º y 22 del Decreto 291 de 1957.

En derecho invocó los artículos 1994, 1995 y concordantes del Código Civil; 1.109 del C. J., la Ley 100 de 1944 y el Decreto 291 de 1957.

El demandado se opuso a la prosperidad de las peticiones primera y tercera, aduciendo las siguientes razones: "Rufino Manrique ocupa la finca de Versalles, que era patrimonio familiar, desde el año de 1934; y en esta época se inició el trabajo de plantación de las numerosas mejoras que hoy integran el haber productivo de la finca de Versalles, a expensas exclusivas de mi mandante; luego, por escritura pública Nº 628 de 19 de diciembre de 1939, de la Notaría de Garzón, la señora madre de los litigantes Manrique, doña María de Jesús Manrique de Manrique, transfirió la finca y otros bienes de su propiedad a su hijo Miguel María Manrique, quien a pesar de ello no entró en posesión del inmueble rural materialmente, sino que aceptó la continuidad de Rufino en las obras de mejoramiento del predio, iniciadas cinco años antes; el 25 de diciembre de 1943 se celebró un contrato de arrendamiento entre Miguel M. y Rufino, al que Rufino dio estricto cumplimiento. Dicho contrato se refería más bien a darle al propietario del suelo una participación en los productos de la finca, ya que el dueño reconocía de una vez que todos los cultivos y mejoras eran fruto del esfuerzo de Rufino. Por escritura Nº 525 de 18 de agosto de 1947, Miguel María vendió la finca a su hermana Carlota Manrique, de tal manera que no podía subsistir contrato alguno, al tenor del art. 2.008 del C. C., inciso 3º. En síntesis, la señora Carlota no ha contratado con Rufino Manrique, ni ha estipulado con él nada sobre mejoras. Rufino ha sido poseedor desde 1934 de la finca Versalles y dueño absoluto de las mejoras".

El Juzgado del conocimiento desató la litis, en sentencia de 30 de abril de 1963, declarando que la demandante no está obligada a pagar las mejoras plantadas por Rufino en la finca Versalles y condenando a éste a pagar las costas.

Esa decisión fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial del demandado. Contra este fallo, proferido el 17 de julio de 1963, el mismo apoderado interpuso el recurso de casación que la Corte va a decidir mediante el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

El Recurso.

Persigue la casación total de la sentencia impugnada, y que la Sala, en sede de instancia, revoque la del -a-quo y, en su lugar, "condene a Carlota Manrique a pagar a Rufino Manrique el valor de las mejoras plantadas por éste, incluyendo la casa construída, de acuerdo con el avalúo realizado dentro del juicio, o, en subsidio, declare que Carlota Manrique debe pagar a Rufino Manrique las mejoras realizadas en la finca "Versalles" a partir del vencimiento del contrato de arrendamiento firmado con Miguel María Manrique por Rufino Manrique, o sea desde el 10 de diciembre de 1945, y que para la determinación del correspondiente valor se proceda conforme al procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.; o, finalmente, que Carlota Manrique está obligada a pagar a Rufino Manrique el valor de las mejoras realizadas en la finca 'Versalles' a partir de la fecha en que la primera adquirió el inmueble por compra a Miguel María Manrique, o sea el 18 de agosto de 1947, para determinar el valor de las cuales se proceda conforme al art. 553 del C. J.; o que Rufino Manrique tendrá derecho a retirar los materiales que correspondan a las mejoras en que los haya empleado, si Carlota Manrique no le reconoce su valor, fijado pericialmente".

El ataque se presenta a través de los tres cargos que van a estudiarse, formulados con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. P. L.

Primer Cargo.

Acusa violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 777, 780, 1994 y 2.014 del C. C., en relación con los artículos 2.008 y 739, inciso 2º, del mismo Código, a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado mal unas pruebas y no haber estimado otras, todas las cuales singulariza.

En su demostración sostiene el recurrente que, tanto en la demanda —hechos 2º, 4º y 5º. (fl. 9), como en la copia del documento sobre arrendamiento celebrado entre Miguel María y Rufino Manrique (fl. 25 vto.), como en la absolución de posiciones de la demandante Carlota Manrique, respuestas a las preguntas 5ª y 7ª (fls. 44 vto. y 45), se establece que el contrato de arrendamiento citado tuvo un plazo convenido de dos años, que expiró el 9 de diciembre de 1945 y que la demandante, sucesora a título singular de la finca "Versalles", no celebró ningún contrato sobre ella con su hermano Rufino Manrique, o sea, que, si bien existió el contrato a que se aludió inicialmente, éste no se renovó.

El acusador transcribe algunas de las respuestas dadas en posiciones por la demandante y analiza el dictamen pericial rendido en el juicio y las declaraciones de Juan Saavedra, Jorge Rodríguez y Alberto Sandino, para concluír que con estas pruebas se establecen la calidad, cantidad y valor de las mejoras hechas en la finca "Versalles" por el señor Rufino Manrique, expresando que las declaraciones y el peritazgo no fueron apreciados por el sentenciador y las primeramente citadas lo fueron de manera equivocada, pues dedujo de éllas que, el citado contrato de arrendamiento había subsistido entre el demandado y Carlota Manrique y que, como en tal contrato se prohibió la incorporación de mejoras en la finca arrendada y se consignaba la renuncia del derecho de cobrarlas, en caso de que se realizaran, negó su reconocimiento a Rufino Manrique.

Concluye el impugnante manifestando que los errores de hecho anotados llevaron al sentenciador a infringir las disposiciones legales que cita el cargo y por consiguiente, a confirmar la decisión de primer grado que exoneró a la dueña del terreno de su obligación de pagar las mejoras del demandado.

La Corte considera:

Basa el Tribunal su sentencia en la consideración de que el contrato de arrendamiento que existió entre Miguel María y Rufino Manrique con término de duración de dos años, contados a partir del 10 de diciembre de 1943, continuó vigente después de fenecido el dicho plazo porque se operó el fenómeno jurídico de la tácita reconducción" y porque la nueva adquirente del inmueble, al respetar el contrato, se subrogó en los derechos y obligaciones del primitivo arrendador. Y, como en aquella convención se estipuló la prohibición de establecer mejoras, concluyó negando todo derecho al demandado.

Tal apreciación es ostensiblemente equivocada. No existe en los autos prueba alguna de la que pueda inferirse que el contrato de arrendamiento mencionado continuó en vigor después de expirado el plazo previsto para su vigencia. Ninguna acredita la voluntad expresa de las partes de prorrogarlo, ni tampoco que esa voluntad se haya manifestado tácitamente a través de hechos que reflejen inequívocamente la intención de perseverar en el arriendo.

La causal de terminación del contrato por el vencimiento del tiempo estipulado para su duración solamente deja de surtir sus efectos cuando ha habido prórroga expresa o tácita del mismo. La primera ocurre, como su nombre lo indica, cuando las partes así lo acuerdan expresamente, y en los autos no hay constancia de que así hubiera acontecido. Y la segunda, según las voces del inciso final del artículo 2.014 del C. C., cuando en tratándose de cosa raíz, el arrendatario la conserva en su poder después de expirado el plazo y continúa pagando la renta con el beneplácito del arrendador, requisito éste último con el cual la Sala Civil de la Corte ha identificado el "hecho inequívoco" de que habla la misma norma para entender que la tácita reconducción se ha cumplido. Mas para que élla tenga lugar es indispensable que concurran aquellos supuestos, a pesar de que se reconozca una mayor importancia al último, con fundamento en que su cumplimiento, y no siendo objeto de con-

troversia la naturaleza inmueble de la cosa sobre que versa el arriendo, hace presumir el segundo y es el que más claramente manifiesta la voluntad de las partes de continuar con el contrato.

En el **sub-lite**, la presencia del primer elemento no se pone en duda, pues la cosa dada en arriendo era un predio rural; la del segundo también resulta fuera de discusión, ya que la perseverancia del demandado en la ocupación del inmueble constituye uno de los pilares de la demanda y circunstancia de hecho aceptada por ambas partes. Pero conviene advertir —pues que el Tribunal la considera como signo inequívoco de la prolongación del contrato - que élla no tiene por sí sola esa virtud por negársela la ley en forma expresa: "Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, reza **ab-initio** el citado artículo 2.014, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato". Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera".

No puede hacerse idéntica afirmación con respecto al tercer requisito, pues no obra en el expediente prueba alguna que permita establecer que el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiera pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato. Las pruebas indican, simplemente, que aquél continuó ocupando la finca como lo venía haciendo en el tiempo anterior a la celebración del convenio y durante el desarrollo de éste. En tales condiciones no podía hacerse la deducción, sin incurrir en yerro protuberante, de que el contrato había sido prorrogado tácitamente.

Este error inicial condujo al **ad-quem** a cometer un segundo error, consistente en considerar que el contrato de arrendamiento celebrado entre los hermanos Miguel María y Rufino Manrique siguió rigiendo entre éste y Carlota Manrique al adquirir ésta el inmueble y respetar aquella convención, convirtiéndose en subrogataria de los derechos y obligaciones del primitivo arrendador. Si el contrato se extinguió el 10 de diciembre de 1945 al vencerse el término previsto para su duración, y no fue prorrogado ni expresa ni tácitamente, como quedó visto, mal puede afirmarse que estaba vigente el día 18 de agosto de 1947, fecha en que la demandante adquirió la propiedad de la finca.

Pero aún admitiendo como cierta esta hipótesis, ni a la luz de las disposiciones legales que regulan la materia ni de las pruebas aportadas al juicio puede sostenerse que su vigencia se prolongó más allá de esa fecha. En efecto, la extinción del contrato de arrendamiento, en razón del derecho del arrendador, por hecho o culpa suyos, está erigida en causal de terminación del contrato por el ordinal 3º del artículo 2.008 del C. C., en armonía con el 2.019 de la misma obra. Esta regla solo tiene dos excepciones: la consagrada en el ordinal 2º del artículo 2.020 ibídem, es decir, cuando el arrendamiento ha sido celebrado por escritura pública, y la introducida por la jurisprudencia, consistente en que en el contrato de compraventa de la cosa arrendada se haya consignado una cláusula que resguarda los derechos del arrendatario y le permita al arrendador cumplir con su obligación de garantizarle su goce, casos en los cuales el comprador sabe respetar el arriendo.

En el asunto **sub-júdice**, ninguna de estas excepciones se configuró, pues el arriendo se hizo constar en documento privado y en el acto de enajenación de la finca no se consagró tal estipulación. Luego si el contrato terminó por la causal expresada, sus efectos no pudieron extenderse a una época posterior.

A lo sumo, podría pensarse en el nacimiento de un nuevo contrato de arrendamiento, verbal, entre la adquirente del inmueble y su ocupante, si concurrieran los elementos que lo caracterizan y de la conducta de ambos se desprendiera esa intención. Pero tampoco las probanzas de autos dan base para estimarlo así, pues la demandante se apoya en el contrato que existió con el vendedor de la finca y en posiciones

confiesa no haber celebrado ninguno con el demandado; éste, por su parte, hace la misma afirmación y no hay constancia de que la haya reconocido como arrendadora, ni pagado renta, ni que aquélla se la hubiera exigido.

Los errores de hecho que se imputan a la sentencia son, pues, evidentes. Y como éllos determinaron la violación de las normas que señala la censura y esas infracciones tuvieron incidencia en el resultado del juicio, el cargo prospera

Por tal razón, y en vista de que los restantes ataques tienen el carácter de subsidiarios, la Sala queda exonerada de proceder a su examen.

Consideraciones de Instancia:

No es motivo de controversia entre las partes el hecho de que Rufino Manrique ha venido ocupando la finca "Versalles" desde cuando ésta era de propiedad de sus padres, hace aproximadamente 25 o 30 años, y que la ha explotado y establecido en ella mejoras de distintas clases. Por lo demás, así aparece admitido por la actora en la diligencia de absolución de posiciones, afirmado por las personas que han declarado en el juicio y comprobado mediante la inspección ocular que se practicó sobre el terreno y el dictamen pericial de folios 37 a 40. Se ignora a qué título ha venido ocupándola, a excepción del lapso comprendido entre el 10 de diciembre de 1943 y el 9 de diciembre de 1945, en que lo hizo con el carácter de arrendatario de Miguel María Manrique. En el contrato suscrito con éste no solo no se hace referencia alguna sobre su derecho a las mejoras existentes hasta ese momento, sino que expresamente reconoce el dominio del arrendador sobre éllas y sobre la totalidad de la finca. Es claro, por consiguiente, que no tiene fundamento la pretensión de que se le reconozcan y paguen las incorporadas de esa fecha hacia atrás. Tampoco le asiste derecho para reclamar las que hubiere realizado durante la vigencia del contrato, pues que en él se comprometió "a no construír mejora alguna sin consentimiento del arrendador, a no cobrar mejoras al vencimiento del contrato y a entregar las que voluntariamente hubiere querido introducir, sin compensación por parte del arrendador...".

No sucede lo propio con las establecidas a partir del 10 de diciembre de 1945, pues habiendo sido incorporadas sin que mediara prohibición alguna y con la equiescencia de los dueños de la tierra, su derecho a éllas surge con fuerza incontrastable al tenor de los artículos 739 del C. C., 3º, literal f), de la Ley 100 de 1944 y 4º, 22 y 23 de la Ley 200 de 1936.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 739 del C. C., "Si no ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno será éste obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". Y, según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, conforme a esta disposición, "no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras acompañado del derecho de retención del terreno **(subraya la Sala) y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho". (Casación, 28 mayo 1931. XXXIX-60).**

El derecho del mejorista es por consiguiente personal y no real. Es un derecho de crédito contra el dueño del terreno, en el cual con su consentimiento expreso o tácito, edificó, plantó o sembró, siempre y cuando que por contrato a título precario no se le hubieren prohibido estas actividades, o permitiéndosele, se convenga en que a la cesación del contrato, las pierda.

El dictamen pericial y los testimonios allegados al expediente solo dan base para tener como mejoras, las establecidas por Rufino Manrique, con posterioridad al 10 de diciembre de 1945, y que son las siguientes: casa de habitación por valor de $ 12.000.00 y el cultivo de plátano estimado en $ 500.00 según el peritazgo. Las labranzas, estimadas en $ 20.000.00, en general ya existían, tal como se expresa en el

contrato de arrendamiento que el demandado celebró con él en ese tiempo propietario del inmueble, señor Miguel María Manrique, que en este particular reza: "el arrendador da en calidad de arrendamiento a Rufino Manrique y éste recibe 'dos lotes cultivados de cacaotal en producción y buen estado' (folio 25 vto.). Entonces, según el dictamen pericial, solamente en este punto debe aceptarse como mejora lo plantado en el tablón denominado "El Callejón" y que se estimó en el experticio en la suma de $ 2.000.00 (fol. 38 vto.).

A pesar de que se demostró con la inspección ocular (folio 36) la existencia de un cultivo de arroz, estimado pericialmente en la suma de $ 9.000.00, este valor no puede incluírse en la decisión, porque su calidad de transitorio y la circunstancia de que Rufino Manrique haya continuado ocupando la finca, hacen presumir, por no haberse demostrado lo contrario, al aprovechamiento por parte de éste.

En estas condiciones, solo es posible declarar que las mejoras a cuyo pago tiene derecho el señor Rufino Manrique, con las indicadas antes, ya que, la ramada, el trapiche, las acequias de regadío, parte de las labranzas, las cercas de alambre, guadua y piedra y los pastos artificiales, de que trata el dictamen pericial (folio 37), se ignora cuándo fueron construídos y sembrados. En otras palabras, no se demostró que hubieran sido puestas con posterioridad al vencimiento del contrato de arrendamiento celebrado entre el demandado y el señor Miguel María Manrique.

—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 17 de julio de 1963, y, en función de instancia, revoca la dictada por el Juzgado del Trabajo de esta misma ciudad, con fecha 30 de abril del mismo año, y en su lugar, declara que el señor Rufino Manrique demostró el derecho al pago de mejoras identificadas conforme a lo dicho en las consideraciones de instancia, por valor de $ 14.500.00 mda. cte., y que fueron incorporadas por el demandado en la finca "Versalles", de propiedad de la demandante, Carlota Manrique.

Condénase a la demandante a pagar las costas de las instancias en un 50%.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 25 de Mayo de 1970, DECLARA QUE NO ES COMPETENTE para conocer del recurso de homologación interpuesto por la "Mano que Limpia" contra el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que resolvió el diferendo laboral sometido a su consideración, y ordenó enviar el expediente al Tribunal Superior de Bogotá.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera — Bogotá, D. E., mayo veinticinco de mil novecientòs setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 30).

Se encuentra para estudio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de homologación contra el Laudo Arbitral de fecha 20 de abril de 1970, proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que convocó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a solicitud del Sindicato de empresa de "La Mano que Limpia Ltda.", para decidir el conflicto colectivo suscitado a consecuencia de la presentación de un pliego de peticiones por parte de éste y que no pudo ser resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación.

El negocio recibido por la Sala el 30 de abril y repartido el 4 de mayo siguiente, ha entrado a despacho y procede resolver.

Antecedentes.

El Sindicato de Trabajadores de "La Mano que Limpia Ltda.", entidad con personería jurídica otorgada por Resolución Nº 0423 de 2 de mayo de 1969 y que está afiliado a la Unión de Trabajadores de Colombia —UTC— y a la Unión de Trabajadores de Cundinamarca —Utracun—, presentó a la empresa "La Mano que Limpia Ltda." un pliego de peticiones el 7 de julio del año próximo pasado, el cual había sido aprobado en Asamblea General reunida el 3 de julio del citado año.

En el escrito contentivo del pliego de peticiones, el Sindicato manifestó que su Asamblea General había designado a Flor Marina Silva, José Vicente Morales a Isaura Riascos como principales y como suplente a Leonor Herrera, para integrar la comisión negociadora, que a su vez estaría asesorada por un representante de la Unión de Trabajadores de Cundinamarca, y solicitó del Gerente de la empresa señalar dentro del término legal, fecha para iniciar conversaciones.

La etapa de arreglo directo transcurrió sin que se hubiera llegado a ningún acuerdo, tal como aparece en el Acta Nº 2, de fecha 8 de agosto de 1969 (folios 88 y 89). Y lo mismo ocurrió en la de conciliación, que se declaró terminada el 29 de septiembre siguiente (folio 90).

Posteriormente, se reunió la Asamblea General del Sindicato para decidir entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, y con el quorum legal, la Asamblea votó en el sentido de que el diferendo fuera decidido por medio de arbitros y designó para tal efecto al señor Alvaro Ramírez Pinilla.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al que se solicitó por el Sindicato la convocatoria del Tribunal de Arbitramento Obligatorio respectivo, dictó la Resolución Nº 1383 de 24 de Octubre de 1969, convocó dicho Tribunal en la forma que preceptúa el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Luego, por medio de la Resolución Nº 1656 de 16 de diciembre de 1969, integró el Tribunal así: por la Empresa, señor José Manuel Ospina; por el Sindicato, Alvaro Ramírez Pinilla. Asimismo ordenó que una vez posesionados los mencionados árbitros, designaran dentro de las siguientes 48 horas el tercero y enviaran "inmediatamente a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, después de la decisión, un ejemplar del acta donde conste el acuerdo de la designación del tercer árbitro o la constancia de no haber llegado a ningún acuerdo, para los efectos legales consiguientes" (folios 96 y 97).

El árbitro designado inicialmente por la Empresa presentó renuncia de su cargo y la sociedad procedió a reemplazarlo por el doctor Carlos Julio Bacca López, quien fue reconocido como tal mediante Resolución Nº 0073 de 23 de enero de 1970.

Los árbitros nombrados por las partes, designaron de común acuerdo al doctor Carlos Echeverri Herrera, como tercero, y el Ministerio lo reconoció por medio de la Resolución Nº 0257 de 6 de marzo de 1970.

El árbitro tercero tomó posesión de su cargo el 10 de marzo del presente año (folio 125) y el Tribunal se instaló el 12 de los mismos (folio 105).

Luego de solicitar prórroga a las partes para proferir el Laudo, la que fue concedida (folios 107 y 109), el Tribunal dictó sentencia el 2 de abril de 1970 (folios 127 a 134).

El Laudo de que se trata fue notificado personalmente al Presidente del Sindicato el 21 de abril, día siguiente al de su pronunciamiento, y el 22 al Gerente de la empresa, personas éstas a quienes se entregó una copia del mismo.

El 24 de abril subsiguiente, el representante de la sociedad "La Mano que Limpia Ltda.", interpuso contra el Laudo recurso de homologación, y confirió poder a los doctores Adán Arriaga Andrade y Manuel J. González para representar en el recurso a la empresa (folio 135).

El Tribunal, por auto de la misma fecha, concedió el recurso para ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ordenando a la Secretaría enviar el expediente a esta Sala y resolvió que los apoderados de las partes acrediten su personería ante la Corporación.

Consideraciones:

La Corte, debe ante todo, definir si con fundamento en la ley es competente para conocer y decidir el presente recurso de homologación.

1.—De conformidad con el artículo 11 del Decreto 528 de 1964, que modificó el 15 del Código Procesal del Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoce "de la homologación de laudos arbitrales en los casos previstos por el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo", y ellos no eran otros que los proferidos por Tribunales especiales, cuando el arbitraje fuera de carácter obligatorio.

2.—Cuando entró a regir el Decreto 528 de 1964, solamente tenía el carácter de obligatorio el arbitraje para decidir los conflictos colectivos de trabajo que se presentaran en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o conciliación (art. 452 C.S.T.).

3.—Posteriormente, el Decreto 2351 de 1965, amplió los casos de Tribunales Especiales y estableció en su artículo 34 que serían sometidos a arbitramento obligatorio, además de los conflictos colectivos en servicios públicos, no resueltos en arreglo directo o conciliación (literal a), aquéllos en que los trabajadores optaren por él, conforme a lo establecido en el artículo 31 ibídem (literal b).

4.—El Decreto Legislativo 939 de 1966, estableció un nuevo caso de Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio cuando una huelga se prolongue por más de treinta (30) días, "sin que las partes encuentren fórmula de solución del conflicto que dio origen al cese de actividades", dentro de dos modalidades:

a) Los trabajadores tienen facultad de solicitar su convocatoria dentro de los diez (10) días siguientes a los treinta del cese de actividades, aplicándose entonces las disposiciones legales vigentes; y,

b) Cuando las partes de común acuerdo, o los trabajadores, no pidan su constitución, conforme a lo dicho en el literal anterior, el Ministerio del Trabajo podrá ordenar que se constituya.

5.—La Ley 48 de 1968, que con modificaciones y adiciones adoptó como estatutos permanentes, los decretos Nº 2351 de 1965 y 939 de 1966, estableció otro caso de arbitraje obligatorio en empresas que no sean de servicio público y dijo en el aparte 4 de su artículo 3º:

"Si una huelga, por razón de su naturaleza o magnitud afecta de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, el Presidente de la República podrá ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral. Pero el Presidente no podrá tomar esa decisión sin el concepto previo y favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Se deroga el ordinal i) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo tal como fue sustituído por el artículo 1º del Decreto Legislativo 753 de 1956."

6º—La Sala de Casación Laboral de la Corte, en virtud de las creaciones hechas por los Decretos de 1965 y 1966 de Tribunales especiales, tuvo que conocer de la homologación de laudos proferidos por éstos tanto en el sector oficial como en el privado, y su competencia la afirmó en el artículo 11 del Decreto Nº 528 de 1964.

7.—Vino luego la expedición de la Ley 16 de 1968, que atribuyó estos asuntos a la Sala Laboral de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, perdiendo de esta manera la Corte Suprema la competencia para continuar conociendo de laudos arbitrales pronunciados para el sector privado, sea voluntario o forzoso el arbitramento que los produjo y siempre que no se tratare de conflictos colectivos en servicios públicos.

8.—La Ley 16 de 1969, que modificó la anterior, atribuyó competencia a los Tribunales Superiores para conocer "por medio de su Sala Laboral de la homologación de los laudos arbitrales en los casos previstos en el artículo 141 del Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948) y de los que se dicten para el sector privado conforme a los artículos 31, literal b) y 34 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y el Decreto 939 de 1966, con las modificaciones y adiciones adoptadas por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968".

9º—Indica lo anterior que en materia de competencia para conocer del recurso de homologación, se volvió al principio que informó al artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, es decir, que la Corte, por medio de su Sala de Casación Laboral, solo conoce del recurso contra laudos dictados para resolver conflictos colectivos en las empresas de servicio público, sean éstas oficiales o particulares.

Como en el presente caso no se trata de un laudo de los indicados en el ordinal anterior, la competencia no es de la Corte sino privativa del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por tratarse de actividad que no es de servicio público, y a él debe remitirse el expediente, para que por su Sala Laboral conocerse en legal forma del recurso de homologación interpuesto por el Gerente de la sociedad "La Mano que Limpia Ltda." contra el fallo arbitral de fecha 20 de abril de 1970.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declara: que no

es competente para conocer del presente recurso de homologación y ordena enviar el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, para que conozca en legal forma del interpuesto por la Sociedad "La Mano que Limpia Ltda". contra el Laudo dictado el 20 de abril de 1970 por el Tribunal de Arbitramento obligatorio que resolvió el conflicto sometido a su definición.

Notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y envíese el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LABORES NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSION

Según lo prescribe el artículo 184 del C. S. del T., en los casos de labores que no pueden ser suspendidas, cuando el personal no puede tomar el descanso, en el curso de una o más semanas, se acumulan los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de las labores, o se paga la correspondiente remuneración en dinero, a opción del trabajador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. mayo veitiseis de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 16).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de **Zósimo Vargas Arévalo** contra la sentencia proferida el dos de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el** juicio ordinario de trabajo adelantado por aquel contra las sociedades **"Williams Brothers Construction Corporation" y "Richmond Petroleum Company"**, a fin de que fuesen condenadas solidariamente a pagarle las sumas que se probaren por concepto de reajuste de prestaciones, descansos compensatorios, preaviso por despido colectivo, "cumplimiento del contrato de trabajo ficto hasta el día que se produzca el pago de lo debido", indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según el libelo inicial, Vargas Arévalo trabajó en la construcción de la estación de bombeo realizada por la **Williams Brothers** para la **Richmond**, desde el 18 de marzo hasta el 17 de julio, como obrero al principio y como bodeguero después, con un salario último de $ 24.00 diarios; laboró 84 horas durante las semanas, pero únicamente le pagaron 24 como horas extras, pues le computaban las semanas ordinarias de 56 horas en vez de 48; asímismo, trabajó, durante 15 semanas, todos los domingos y feriados, mas no se le pagó salario doble, ni se le dió descanso compensatorio remunerado. Por ser trabajador de la construcción ha debido recibir las prestaciones indicadas en el artículo 310 del C. S. T., sin embargo, la cesantía le fue liquidada en la forma prevista en el 249 ibídem. Fue despedido, junto con más de 20 trabajadores, por terminación parcial de la obra del oleoducto, sin que mediara autorización para el despido colectivo, ni el preaviso contemplado en la Ley.

Las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones del actor, negando los hechos en lo fundamental.

El Juzgado del conocimiento —que lo fue el Segundo del Trabajo de Cúcuta—, desató la **litis**, en sentencia de siete de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, absolviendo a las empresas de todos los cargos formulados contra éllas. Esta decisión confirmada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, mediante el fallo que es materia del presente recurso extraordinario, al pronunciarse sobre la apelación interpuesta por el apoderado del demandante.

La Acusación.

Está encaminada a obtener que la Corte case totalmente la sentencia impugnada y que, en sede de instancia, revoque la pro-

ferida por el Juzgado, y, en su lugar, despache favorablemente los pedimentos de la demanda primitiva.

El ataque lo formula con fundamento en la causal primera de casación y lo desarrolla a través de los seis cargos que se van a examinar:

Primer cargo. - El fallo es violatorio del artículo 310 del C. S. T., por falta de aplicación, a consecuencia del grave y ostensible error de hecho en que incurrió el sentenciador al haber tenido como demostrado, no estándolo, que el demandante laboró en obras distintas a las de construcción, en virtud de la equivocada apreciación que hizo de las posiciones absueltas por éste y por haber dejado de estimar el contrato de trabajo que vinculó a las partes.

El recurrente, para sutentarlo, comienza por transcribir la séptima pregunta del cuadro de posiciones, y la respectiva respuesta, que dicen: "Cómo es cierto, si o no, que en la estación de bombeo no se construyó casa de habitación ni edificio de ninguna especie, que los cobertizos que se pusieron a las bombas de impeler el petróleo fueron llevados prefabricados al lugar de su instalación?. Sí fueron llevados pero allá mismo fueron armados".

Y luego razona así: "De modo que los cobertizos o edificos que cubren las bombas de impeler petróleo fueron llevados al lugar de trabajo y allí armados. De ahí deduce el Tribunal que no fue el demandante trabajador de la construcción puesto que las construcciones prefabricadas, es de suponer, no son de las que el art. 310 del C. S. del T. cobija. Es tanto como afirmar que las normas sobre aviadores civiles no se aplican a los que operan máquinas jet o de turbohélice sino únicamente a los de pistón".

"Además de tenerse en cuenta que los cobertizos construídos para proteger las instalaciones de la Richmond no son similares a los cobertizos utilizados en industrias caseras, ya que una empresa petrolera que bombea un número no inferior a veinte mil barriles diarios de petróleo no lo puede hacer con bombas de mano. Los cobertizos como los llama miméticamente la compañía son en realidad estructuras prefabricadas que cubren hectáreas completas, como es apenas elementalísimo suponer".

"De modo que la falta de lógica y de análisis racional de las posiciones condujo al Tribunal a incurrir en gravísimo error de hecho".

"Dejó de apreciar el contrato escrito de trabajo que obra en autos en el que se lee claramente que Vargas Arévalo es contratado para trabajar en la estación de bombeo que la compañía demandada construía para la Richmond en la concesión Río Zulia de Cúcuta. El Tribunal no dice nada de este contrato, pero cabe advertir que si el contrato dice que el trabajador debe prestar sus servicios en la construcción de una estación de bombeo de una explotación de petróleo, debe entenderse que es para una obra de construcción, pues una estación de bombeo, es en primer término y sobre todo, una construcción, un edificio".

"Es obvio que la falta de apreciación del contrato escrito y la errónea apreciación de las posiciones, indujeron al Tribunal a levantarse en rebeldía frente al precepto claro del artículo 310 del C. S. del T. Si el Tribunal hubiese apreciado como es debido las probanzas analizadas obviamente se hubiese allanado a aplicar la norma en cuestión puesto que la situación procesal bajo examen así lo requiere".

La Corte considera:

En primer término cabe advertir que una de las bases sobre las cuales aparece edificado el ataque, o sea, la de que el sentenciador no apreció el contrato de trabajo suscrito por las partes, es totalmente inexacta. La dicha prueba sí fue estimada, como se desprende del siguiente pasaje del fallo:

"La primera de las súplicas se refiere al reajuste de prestaciones, porque según el actor, su labor se concretó a trabajos de construcción de edificios y anexidades que la primera de las compañías demandadas

realizó para la Richmond Petroleum Company en la concesión Zulia".

"A pesar de esta afirmación, **según el contrato escrito firmado entre las partes**, Zósimo Vargas Arévalo fue contratado en principio para desempeñar las funciones de obrero, y luego las de bodeguero, tal como lo confirman los recibos de pago de salario firmados por el demandante". (Subraya la Sala).

Por manera que una de las bases del cargo carece en absoluto de fundamento. En cuanto a la otra, observa la Sala que el recurrente se limita a transcribir una sola de las preguntas de las posiciones absueltas por el actor, con su correspondiente respuesta, para hacer luego una serie de disquisiciones acerca de la naturaleza y tamaño de los cobertizos que sirven de protección a las máquinas de bombear petróleo, y concluir oponiendo su concepto personal a las deducciones hechas por el juzgador en la providencia impugnada, lo que no es suficiente para la demostración del error de hecho, con calidad de ostensible o manifiesto, que puede originar el quebrantamiento del fallo en casación. Además, éste aparece apoyado también en otras respuestas del absolvente que el sentenciador transcribe y el casacionista no ataca, como son la primera, tercera, cuarta y octava. Estas, junto con el contrato escrito de trabajo —prueba mal atacada, como ya se advirtió—, son elementos de convicción que por sí solos sostienen la decisión acusada .

Deviene de lo anterior que el cargo es incompleto y, por lo tanto, se rechaza.

Segundo cargo. - "El fallo acusado, cuyo quebrantamiento persigo, viola sin miramiento al material probatorio, el art. 181 del C. S. del T., en relación con los artículos 179 y 184 del mismo, por interpretación errónea, consistente en haber entendido dicho art. 181 como una repetición de los artículos 179 y 180, es decir, de una manera muy diferente a la que tales preceptos tienen en el expreso texto legal".

"El Tribunal produce una distorsión de las normas jurídicas y maltrata los principios más elementales de la lógica jurídica, para arrivar a la curiosa y heteróclita conclusión de que el legislador estableció la misma institución juslaboral en tres artículos distintos: 179, 180 y 181".

"Dice así el ad-quem: (Trato de hacer hacer una reconstrucción de sus extrañas formas de razonar:

"1º) Que es distinto trabajo habitual o el excepcional; y que el último caso (sic) la ley sí permite el pago en dinero del trabajo y en el primero, o sea el 181, no lo permite. 2º) Vuelve y reenvía el argumento; que puesto que el trabajador aceptó que se le pagara en dinero el trabajo habitual (hablamos de dominical y feriado, naturalmente) no debe aceptar eso que es una obligación legal; la de que no debe pagarse en dinero el trabajo habitual. 3º) Que como el trabajador laboró habitualmente, ha debido dársele descanso compensatorio y no pago doble. Pero que puesto que recibió pago doble, no debe dársele descanso compensatorio. Que no obstante la ley prohibe dar dinero en caso de trabajo habitual, pero que como la ley lo prohibe, entonces es permitido".

"Esta síntesis da apenas una idea aproximada del nudo tremendo de contradicciones, confusas afirmaciones, indecifrables enigmas que constituyen las 150 palabras con que describe la situación procesal relativa al descanso dominical el Tribunal".

"Acertada interpretación. Del texto claro del art. 181 se desprende, sin ningún esfuerzo, que el legislador quiso instituir fue la obligatoriedad de dar un día de descanso compensatorio por cada día festivo laborado **Habitualmente**, a más, como es obvio, del pago del salario correspondiente a las jornadas festivas trabajadas. Cuál es el salario con que deben remunerarse las jornadas festivas o dominicales, trabajadas? Naturalmente el salario doblado que estatuye el art. 179 del C. S. del T., pues el descanso compensatorio está destinado a restituir el desgaste de energía, y por tanto,

tal descanso compensatorio (art. 181) hace las veces del descanso semanal o feriado de que tratan los arts. 172 y 177 del C. S. del T.".

"Si no fuera así si se aceptara, en gracia de discusión, la tesis del ad-quem, de que cubriendo el patrono el trabajo en días festivos y dominicales queda exonerado el patrono de dar o reconocer descansos compensatorios a aquellos trabajadores que laboren Habitualmente en tales días, qué pasaría?. El resultado sería éste: el patrono al pagar doble el trabajo habitual en días festivos y dominicales, cubriría con ese salario doble, tanto el trabajo en tales días como los descansos dominicales y festivos previstos en los arts. 172 y 177 del C. S. del T., con lo que el patrono ahorraría un día de salario por cada dominical o festivo trabajado por sus subordinados, y éstos perderían consecuencialmente un día de salario como sanción por el hecho de producir más. Absurdo".

"Es, por tanto, inobjetable que la tesis postulada por el ad-quem no puede prosperar por no consultar los intereses de la equidad, de la sana interpretación de los textos legales, del simple sentido común, y por consiguiente, debe ser desechada por la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral".

Se examina el cargo:

El impugnador presenta a su manera la motivación del fallo en el aspecto a que se contrae este ataque y, a fuerza de interpretar el pensamiento del Tribunal, para hacerlo más propicio a la censura, lo pone a decir lo que no dijo, a través de un ininteligible galamitías. La verdad es que el sentenciador encontró establecido, de un lado, que el demandante había laborado habitualmente en días domingos y festivos y que durante ellos recibió doble remuneración. Al confrontar esta situación con el art. 181 del Código —que es el precepto que regula el trabajo habitual en tales días— observó que no se le había dado cabal cumplimiento, pues la obligación que él estatuye es la de otorgar un descanso compensatorio y no la de pagar salario doble, de lo cual resulta incuestionable que hizo un correcto entendimiento de la norma.

Sin embargo, reconoció validez al pago hecho en aquella forma, porque, de otra parte, halló también demostrado que el servicio se había prestado en labores no susceptibles de ser interrumpidas, en cuyo caso la situación caía bajo el dominio del artítulo 184 ibídem que consagra la opción para el trabajador de escoger entre el descanso compensatorio y el pago doblado de la remuneración, con lo cual tampoco incurrió en yerro de interpretación del mencionado precepto legal. Que estos fueron los razonamientos del ad-quem y no los que le atribuye el acusador, lo demuestran los siguientes acápites del fallo:

"...en el caso de autos, el trabajador laboró casi habitualmente los domingos y feriados durante el tiempo en que estuvo al servicio de la empresa Williams Brothers Construction Corporation y por este trabajo, según la tarjeta de pago, Zósimo Vargas Arévalo recibió a elección de él, salario doblado en esos días'.

"Según el texto del art. 181 transcrito, ha debido dársele descanso compensatorio remunerado y no salario doble, pero como aquel recibió la mencionada remuneración en forma doblada, acogiéndose a lo dispuesto por el art. 184 del mismo Código, no puede hoy condenarse a la primera de las demandadas a hacerlo nuevamente, ya que ello implicaría doble sanción por un mismo hecho y esto no lo puede aceptar el Tribunal".

"En el caso sub-judice se unifican las disposiciones de los artículos 181 y 184 de nuestro ordenamiento sustantivo. La compañía, según el decir del señor Procurador judicial del demandante, necesitó entregar en el corto lapso de 4 meses el oleoducto "Zulia-Santa Marta", a la Richmond Petroleum Company y en razón de ello no pudo suspender un solo día sus labores porque tal cosa le implicaba perder la prima fijada por la empresa petrolera; por dichas razones sus trabajadores tuvieron que laborar en forma permanente y continua durante toda la vigencia del contrato de trabajo, incluyendo los domingos y festivos allí sucedidos. Al terminar esta semana se le entregaba al demandante el salario doble de este

día, según su opción y acogiendo en esta forma lo dispuesto por el art. 184 de la obra tantas veces citada".

Como se ha visto, el cargo carece de fundamento y no prospera, en consecuencia.

Tercer cargo. - "Violación del art. 181 del C. S. del T., por falta de aplicación. La sentencia objeto de este recurso extraordinario viola el art. 181 del C. S. del T., en armonía con el 184 del mismo Código, por falta de aplicación proveniente de grave y ostensible error de hecho consistente en haber dado por probado, no estándolo, que la compañía demandada pagó doble remuneración por trabajo habitual y días festivos y dominicales. Dicho error de hecho tuvo su origen en la errónea apreciación de los comprobantes de pago que obran en autos".

"Este cargo, que se formula con base en la causal primera de casación, tiende a demostrar que la compañía no pagó exactamente como lo dice el Tribunal la doble remuneración, sino que la pagó en forma sencilla, y le agregó el valor del salario básico. En efecto, los comprobantes de pago indican que la compañía pagó al actor pesos $ 24.00 como salario básico ($ 16.00 al principio) y que le pagó las horas a $ 3.00 y a $ 3.75 las ordinarias y extraordinarias respectivamente. Al multiplicar el número de horas de los comprobantes por sus correspondientes valores se pueden apreciar que el monto total de lo pagado corresponde al número de horas trabajadas multiplicadas por sus correspondientes valores, o sea $ 3.00 y $ 3.75. Nunca pues la compañía pagó horas dobles, lo que ocurrió fue que la compañía pagaba por separado el valor de los días dominicales y festivos a razón de $ 24.00 cada uno. En la casilla sexta de los comprobantes, casilla segunda, se lee: días feriados $ 24.00".

"Lo anterior lleva a la conclusión de que si bien la compañía pagó por el trabajo dominical y festivo el salario sencillo y además el salario básico, tal forma de pago no solucionó por pago los dominicales y festivos trabajados ya que su remuneración es doble conforme a la ley, ni tampoco puede decirse que aquela extraña forma de pagar los dominicales y festivos fuera una manera adecuada de dar cumplimiento a los artículos 181 en armonía con el 184 del C. S. del T.".

Se considera:

Importa anotar, previamente, que el recurrente, al sustentar el cargo, involucra en él un problema que no corresponde a su enunciado ni a los fines que persigue, como es el relacionado con las horas extras y la forma como fueron remuneradas, que, por por lo demás, lo fueron correctamente, como lo dedujo el Tribunal y lo comprueba el documento de folio 46.

En lo esencial del ataque, la Sala observa que del aludido documento y de los comprobantes de pago que obran a folios 2 a 18 se desprende que la empresa sí pagó salario doblado al actor cada vez que trabajó en día domingo o festivo o cuando se dieron estas dos circunstancias. Del examen de las dichas pruebas resulta que en la columna correspondiente al tiempo ordinario aparece incluído el valor de un día de salario adicional y que en las columnas correspondientes a "descansos" y "feriados" también aparece hecha la anotación de lo pagado por esos conceptos cuando hubo lugar a ello. En reciente providencia, esta Corporación, por medio de su Sección Primera, al analizar un caso semejante, planteado sobre las mismas bases, por el mismo recurrente y en juicio en que figuraban como demandadas las mismas empresas, llegó a idéntica conclusión, con los siguientes términos:

"Ahora bien: los comprobantes de pago visibles a folios 35 a 52 evidencian que el trabajador, cuando laboró en días domingos y festivos de ley, recibió el pago correspondiente a la jornada ordinaria, incluído en el total de las horas de servicio a la semana, más el valor del respectivo descanso, como aparece anotado en columna separada, es decir, sí se cubrió salario doble, conforme al art. 179 del C. S. T.".

"En efecto: en las 56 horas que figuran en la primera columna como total de trabajo ordinario semanal, ya se incluye una vez la suma de $ 24.00, salario básico devengado, y en la columna 6ª, bajo el título "otros ingresos", se anota aparte, en sendas subdivisiones, lo pagado por concepto de "descanso" y "días feriados".

"Así, tomando al acaso, por vía de ejemplo, el documento de folio 36, que registra el período de labores entre el 18 y el 24 de marzo de 1964 y que comprende un domingo y un feriado (el 19 del mismo mes), en el reconocimiento de las 56 horas ordinarias, o sean 7 días, ya se acreditan una vez los dos días de fiesta y, por separado, en las columnas donde se lee "descanso" y "días feriados", figura en cada una la cifra de $ 24.00, con lo cual se comprueba el pago de la doble retribución, en forma completa, exacta y legal".

"Más claro todavía: si en una semana hubo dos días festivos, las horas de la jornada ordinaria, no laborando en ellos, serían 40 en total, cuando lo realmente pagado corresponde a 72, esto es, 9 días, lo que explica suficientemente la remuneración doble que manda la ley".

"Más bien lo que resalta es una confusión o equivocada interpretación de los documentos de pago, por parte del censor, quien deduce el vicio atribuído al fallo acusado, por el hecho de que los mencionados comprobantes no tienen una columna especial con el título de "Doble retribución por trabajo en días domingos y festivos" que, según afirma, agregó el Tribunal, incurriendo así en el error imputado".

"También confunde e involucra el casacionista las horas de labor ordinaria, con las suplementarias o extras, computadas y canceladas aparte, como aparece en las respectivas columnas de los citados documentos, cuestión que lo induce a sostener que fueron 84 horas efectivamente trabajadas, a reclamar $ 72.00 por cada uno de los días festivos laborados y de descanso compensatorio y los consiguientes reajustes de prestaciones".

El propio recurrente admite que el trabajador recibió remuneración doble en tales días, cuando, al desarrollar el ataque, expresa que "lo anterior lleva a la conclusión de que si bien la compañía pagó por el trabajo dominical y festivo el salario sencillo y además el salario básico, tal forma de pago...".

De lo expuesto se concluye que el sentenciador no hizo una equivocada apreciación de las pruebas singularizadas, ni incurrió en el error de hecho que se le imputa. El cargo, no prospera.

Cuarto cargo. - "Acuso la sentencia de segunda instancia de ser violatoria, de manera directa, del artículo 181 del C. S. del T. por falta de aplicación del mismo, en armonía con el art. 184 del citado estatuto".

"La acusación que formulo con fundamento en la causal primera de casación se basa en la manifiesta rebeldía del fallador ad-quem para aplicar a una situación que probatoriamente no discute dicho sentenciador, o sea la de que al actor no le fue dado el descanso compensatorio o descansos compensatorios de que trata el art. 181 del C. S. del T. —Conviniendo pues con la tesis del Tribunal y dando por bien probado el pago de la doble remuneración tenemos que acusar la sentencia del Tribunal como violatoria del artículo 181 por cuanto el Tribunal conviene en que el actor se le pagaron los domingos y festivos con salario doblado, y dice el Tribunal que tal pago exime al patrono del descanso compensatorio, aún en el caso de que el trabajo feriado se realice de modo Habitual".

"Sea lo primero observar que el Tribunal acepta que el actor no recibió los descansos compensatorios, ni ningún género de descanso. Entonces la aplicación del artículo 181 se impone al caso sub-lite, toda vez que los descansos compensatorios de que trata el art. 181 están destinados a suplir o hacer las veces de los descansos semanales o excepcionales (art. 172, 177 del C. S. del T.). Y en esa virtud la doble remuneración no anula el derecho al descanso en los trabajadores que Habitualmente

laboren los días de descanso, puesto que la doble remuneración se paga por el hecho de trabajar en día domingo haya el trabajador laborado o no todos los días hábiles de la semana, en tanto que, los descansos solo se otorgan (y se pagan) a los trabajadores que laboren todos los días hábiles de la semana. Así pues que con base en las propias afirmaciones del fallador, si estas coinciden con la realidad procesal, la aplicación del artículo 181 es forzosa".

Se estudia:

Es evidente que el fallador no aplicó el artículo 181 del Código, pero esa falta de aplicación no obedeció a una "manifiesta rebeldía" contra la norma, que es el fundamento que el impugnante da a la acusación. Se dijo, al examinarse el segundo cargo, que el Tribunal había encontrado demostrado que el demandante laboró habitualmente en días domingos y feriados, y que también tuvo como acreditado que el servicio se había prestado en labores no susceptibles de interrupción. De manera que la habitualidad vino a ser una mera consecuencia de esta circunstancia, pues la naturaleza de la labor o la imposibilidad de ser interrumpida hacía necesaria la continuidad en el trabajo.

Y como esta última situación se halla regulada por el artículo 184, conforme al cual el trabajador puede optar entre los descansos compensatorios y la remuneración doble, y optó tácitamente por esta última, era con base en este ordenamiento legal como tenía que resolverse el punto, como efectivamente se hizo, y no con apoyo en el artículo 181. Por consiguiente, si no se aplicó esta disposición fue porque la cuestión de hecho que se encontró establecida en el proceso era diferente de la que ella reglamenta, y no porque el juzgador se hubiese rebelado contra su mandato.

En tales condiciones, no pudo haberse dado la infracción directa que plantea la censura y ésta, por lo tanto, no prospera.

Cargos Quinto y Sexto. - La Sala los examinará conjuntamente, por cuanto persiguen idéntica finalidad, o sea el pago de 30 días de preaviso por despido colectivo sin el lleno de los requisitos legales; tienen la misma fundamentación y acusan, por una misma vía —la directa— y a través de igual modalidad —falta de aplicación— normas que se complementan entre sí. Su enunciado y sustentación es el siguiente:

Quinto. - "La sentencia recurrida viola el art. 466 del C. S. del T. de manera directa, por no aplicación del mismo, pues aceptando que el despido colectiva existió, el fallador ad-quem se alzó en rebeldía contra el claro texto del art. 466 del C. S. del T. que dejó de aplicar a socaire de que el contrato individual había terminado por expiración del plazo pactado, por lo cual solicito la prosperidad de este cargo con base en la causal 1ª de casación".

Sexto. - "Con base en la causal primera de casación impugno la sentencia en cuestión por ser violatoria, por vía directa, del art. 8º del Decreto 2497 de 1963, por falta de aplicación del mismo, pues ante una situación procesal que el Fallador acepta no aplica la norma consagrada en el citado artículo 8º, debiéndola aplicar".

"El hecho de que el plazo pactado coincida con la clausura, cierre o terminación de labores de una empresa, no puede eximir al Tribunal de aplicar el artículo 466, pues está destinado a cubrir una situación excepcional, grave y de emergencia, cual es la del cierre de un frente de trabajo, cuya ocurrencia incide gravemente en el orden económico. El art. 466 del C. S. del T., como el Decreto 2497 de 1963 están destinados a prever y corregir situaciones colectivas que afectan a la comunidad y no son, como lo entiende el Tribunal, normas suplementarias relativas a la terminación de los contratos individuales".

"De modo que aceptando como está por el fallador que hubo despido colectivo y que la compañía dejó de operar (no importa si total o parcialmente) la aplicación del artículo 466 se impone jurídicamente".

"Aún cuando el Tribunal no se refiere a las pruebas que dan cuenta del despido co-

lectivo, las cuales obran en autos, del texto mismo del fallo que arriba se transcribe se infiere con la mayor certeza que el fallador estima suficientemente probado tal despido, y falla sobre la consideración de que hubo un retiro plural de trabajadores hecho por la compañía demandada sin sujeción al trámite previsto en el D. 2497 de 1963, y no como dice el Tribunal equivocadamente del D. 2479, lo que demuestra que el fallador de segunda instancia no leyó el fallo de primer grado, que aunque desajustado a la ley, fue redactado de manera cuidadosa y previo estudio del material jurídico y probatorio. De manera que partiendo del aserto según el cual el actor fue retirado junto con número plural de sus compañeros de trabajo, por la compañía, a un mismo tiempo, tenemos que el entendimiento que el Tribunal da al Decreto 2497 en cuestión no se aviene al espíritu ni al texto claro de la citada norma".

"Correcta interpretación. - El Decreto 2497 de 1963, fue dictado con miras a prevenir y evitar los casos colectivos de actividades, las bruscas fracturas del proceso de producción, a morigerar la gestión empresarial en el campo del empleo, de modo que tal gestión no anarquice y destroce los mecanismos de empleo con la subsiguiente desastrosa incidencia sobre los procesos de la producción, y en general sobre orden público social. De modo que el Decreto 2497 de 1963, no tiene por fin como lo entiende el Tribunal y parece entenderlo algún funcionario del Ministerio del Trabajo, de introducir una causal más de terminación de los contratos individuales. Por el contrario, dicho decreto lo que busca es dejar sin valor las normas sobre terminación de los contratos individuales, cuando esas normas son puestas en uso en detrimento del orden público social, como cuando se emplean para hacer un despido masivo de trabajadores. Si el Decreto 2497 tendieran a ser un artículo más del capítulo y su papel fuera el de introducir una nueva modalidad a la terminación de los contratos individuales, no hablaría de despidos o terminación colectiva del trabajo, "cualquiera sea la causa", sino que hablaría de despidos individuales. La palabra colectivo pone de presente que dicho decreto persigue un fin social, sin miramiento a los convenios individuales, y que su señalado propósito es anular o invalidar el carácter individualístico de las relaciones contractuales, para introducir un factor socializante, con miras a proteger los intereses generales de la comunidad sin miramientos a los convenios individuales o a las normas que los regulan.

"....."

"En consecuencia, debe prosperar el cargo, por cuanto el Tribunal tuvo un equivocado entendimiento del decreto 2497 de 1963, y dejó de aplicarlo en aquel artículo que determina que los contratos de trabajo se reputan fictos cuando su terminación coincide con un licenciamiento colectivo del personal".

Se considera:

El desarrollo o sustentación de los cargos no corresponde a su enunciado. En efecto, éstos se formulan por infracción directa, sobre la consideración de que las disposiciones legales que se citan no fueron aplicadas a una situación de hecho que el sentenciador tuvo como probada en el proceso y que el recurrente no discute. No obstante, su demostración se adelanta sobre la base de que las dichas normas fueron erróneamente interpretadas, concepto de violación de la ley completamente distinto de aquel, y a veces hasta se la vincula con la actividad probatoria del juzgador y con cuestiones de hecho que el impugnante da por establecidas en el proceso, tipo de infracción que tampoco corresponde a la afirmada en la censura.

Mas, si se hace abstracción de los defectos apuntados y se atiende al planteamiento inicial del ataque, se advierte fácilmente que éste se halla construído sobre un supuesto fáctico no contenido en el fallo, cual es el de que la empleadora realizó un despido colectivo de trabajadores y que entre ellos se encontraba el actor. Tal fundamento es inexacto, pues la conclusión a que llegó el ad-quem fue la de que el contrato de trabajo con el demandante había terminado por la expiración del plazo pactado y

no por clausura de la empresa o por terminación parcial o total de labores, siendo ésta la verdadera razón por la cual no aplicó los artículos 466 del C. S. T. y 8º del Decreto 2497 de 1963, que regulan la última situación y no la primera. En relación con este tema, el fallo acusado exhibe la siguiente motivación:

"Se demanda en esta súplica que las empresas sean condenadas al pago del preaviso de 30 días por despido ilegal, tal como lo dispone el art. 466 del C. S. del T. y el Decreto 2479 (sic) de 1963, pero contra esta petición se encuentran en el contrato escrito que obra en el expediente, las cláusulas 3ª y 4ª que a la letra dicen:

" "...**Tercera. El Trabajador** ingresa al servicio del **Patrono** en período de prueba, por (2) meses contados a partir de la firma del presente contrato de trabajo, término durante el cual cualquiera de las partes podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento, sin previo aviso y sin autorización alguna por concepto de terminación intempestiva del contrato. **Cuarta.** Si después de terminado el periódo de prueba el **Trabajador** continuare al servicio del **Patrono** el contrato de trabajo se entenderá celebrado por término de cuatro meses incluyendo el período de prueba..." ".

"De acuerdo con los textos transcritos, el contrato se celebró por un término de cuatro meses. Su vida jurídica comenzó el 18 de marzo de 1964 y se dió por terminado el 17 de julio del año antes citado, o sea, que su tiempo de labores fue exactamente el estipulado en el contrato escrito".

"Según los mandatos de los artículos 37, 39 y 46 de la norma sustantiva y el 2º del Decreto 617 de 1954, los contratantes pueden pactar por escrito a término fijo contratos de trabajo que en ningún caso pueden tener un tiempo de duración inferior a cuatro meses; por su parte, el art. 61 del mismo Código Sustantivo, establece que el contrato laboral se extingue por terminación del tiempo pactado o presuntivo. Es decir, que una de las razones para su terminación es el vencimiento del tiempo pactado".

"La empresa demandada dando cumplimiento al art. 66 del tantas veces nombrado C. Sustantivo, comunicó al demandante la terminación del contrato por vencimiento del plazo estipulado y esto lo hizo con antelación igual al período que regulaba los pagos".

"No son aplicables en el caso sub-judice el art. 466 del C. Sustantivo y el Decreto 2479 (sic) del 26 de octubre de 1963, por cuanto ellos se refieren a clasuras de empresas por terminación parcial o total de labores y aquí la razón para cancelar el contrato fue otra, o sea, la expiración del plazo pactado".

"Son cosas distintas el despido y la terminación del contrato por terminación del tiempo estipulado".

"En este orden de ideas, la Williams Brothers Construction Corporation se ciñó fielmente a los mandatos del C. S. del T. y siendo esto así, no se le puede condenar por perjuicios que no ha causado al trabajador".

Los cargos son, pues, ineficaces, y se rechazan en consecuencia.

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 Cúcuta el día dos de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPENSACION

No hay ningún error cuando el Tribunal, para los efectos compensatorios parte de la vinculación de las recíprocas obligaciones con el contrato de trabajo que rigió entre el actor y la demandada.No sobra agregar que la jurisprudencia de esta Sala amplió hace algún tiempo la pertinencia de la compensación aún de obligaciones civiles con las laborales, cuando sean ambas en dinero, líquidas y exigibles y que tal criterio se viene reiterando en sucesivos fallos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta Nº 17).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ornario de Hernando Estrada G. vs. la Sucesión Nicolás Rivera M., que se indica como representada por la cónyuge sobreviviente señora Ernestina Forero viuda de Rivera y por los herederos Concepción Rivera de Marulanda, Martha Rivera de Giraldo y Nicolás Rivera Forero. Los recurrentes sustentaron en oportunidad el recurso y sólo hubo oposición a la demanda plantada por el demandante recurrente.

Antecedentes:

1). Hernando Estrada G. demandó mediante apoderado, a la mencionada sucesión, para que se la condenase a pagarle auxilio de cesantía por los servicios prestados entre junio de 1925 y agosto (diez) de 1960, con base en un sueldo mensual último de $ 16.841.94, vacaciones causadas y no pagadas durante el mismo período, primas de servicios a partir de 1948, indemnización moratoria desde el 10 de agosto de 1960 hasta la fecha del pago de las prestaciones demandadas y costas del juicio.

2). Como hechos para sustentar las peticiones de la demanda el actor expuso, en síntesis: a) Que sirvió a Nicolás Rivera M. como empleado de su agencia "Ford", en Ibagué, desde junio de 1925 hasta agosto 10 de 1960; b) Que inicialmente devengó un sueldo fijo y a partir de 1946 percibió, además, el 18% de las utilidades producidas por la Agencia; c) Que en el año de 1959 devengó un total de $ 103.404.89 y de enero a agosto de 1960 $ 101.051.69; d) Que a partir del 10 de agosto de 1960 Estrada quedó cesante por razón de la venta que Rivera hizo de la Agencia "Ford", y e) Que antes de fallecer Nicolás Rivera el actor le reclamó la liquidación y pago de las prestaciones debidas e igual reclamación hizo a sus herederos posteriormente, sin conseguir su cancelación.

3). La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor y sostuvo respecto de los hechos que el servicio afirmado lo fue primero a la persona natural Nicolás Rivera y luego a una persona jurídica, que no es cierto el relativo al tiempo trabajado, la fecha de terminación del contrato y el salario y que el demandante adeuda a la sucesión de Rivera la suma de $ 355.288.26, sobre cuyo pago fueron las conversaciones con aquél antes de su fallecimiento, y con sus herederos, posteriormente. Propuso la excepción de pago.

4) De otro lado, la parte demandada presentó demanda de reconvención contra el actor Hernando Estrada G. para que fuese condenado a pagar a la sucesión de Rivera la cantidad de $ 355.288.26, "proveniente de los retiros que con cargo a la cuenta que el demandado denominó "Cuentas y pagares de Funcionarios" realizó el actor Estrada G.

5) El reconvenido se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y sostuvo que las sumas que saliera a deber a la sucesión de Rivera se habían originado en préstamos de éste para Estrada, en operaciones puramente comerciales entre los dos. Propuso, con tal fundamento, la excepción de declinatoria de jurisdicción.

6) El juez del conocimiento, que lo fue el del Trabajo de Ibagué, decidió la litis en fallo en el que condenó a la sucesión demandada a pagar al actor la suma de $ 63.960.85 por los conceptos de auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicios, la absolvió por los restantes conceptos de la demanda y, de otro lado, condenó al actor Hernando Estrada a pagar a la sucesión de Nicolás Rivera, representada como aparece en el juicio, la cantidad de $ 305.338.26 por concepto de "devolución de salarios". Además condenó a ambas partes en las costas respectivas.

7) De la sentencia de primera instancia recurrieron las partes litigantes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la resolución objeto del recurso extraordinario, reformó la decisión del a-quo así: condenó a la sucesión demandada a pagar al actor la cantidad de $ 78.033.50 por concepto de auxilio de cesantía; declaró probada la excepción de prescripción en lo relacionado con vacaciones y primas de servicios; condenó al demandante Hernando Estrada a pagar a la sucesión de Nicolás Rivera la cantidad de $ 305.338.26 por concepto de "comisiones y participaciones no causadas" y dispuso deducir de esta suma la correspondiente a la condena por auxilio de cesantía a favor del actor. En los aspectos restantes confirmó el fallo de primera instancia y no produjo condena en costas de la alzada.

8) La sentencia del ad-quem fue recurrida en casación por ambas partes, como ya se anotó al principio.

La Sustentación del Demandante Recurrente.

Aspira este casacionista a la quiebra parcial de la sentencia del ad-quem "en cuanto no condenó a la totalidad de la cesantía debida, en cuanto declaró prescrita la acción por vacaciones, en cuanto absolvió por indemnización moratoria, en cuanto condenó a Hernando Estrada al pago de dineros no relacionados con el contrato de trabajo y en cuanto autorizó una compensación improcedente" y a que, como consecuencia, "sea revocada la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió de la indemnización por mora y en cuanto condenó a Hernando Estrada al pago de una suma no debida por cuestiones laborales, la reforme en sus demás disposiciones, para acceder a las peticiones primera, segunda, cuarta y quinta del libelo principal y negar las que contiene la reconvención. Para sustentar este petitum el recurrente formula contra la sentencia acusada cuatro cargos basados en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., que se estudian y deciden en su orden.

Primer Cargo.

Se plantea por aplicación indebida de los artículos 186, 187, 190 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y 7º del Decreto 617 de 1954.

En el desarrollo de la censura toca el casacionista dos aspectos de la decisión relacionada con la demanda por compensación de vacaciones. El primero se relaciona con la absolución por las correspondientes a los años comprendidos entre 1957 y 1961; el segundo con la prescripción del derecho por el tiempo anterior a 1957. En cuanto a aquél, anota que "aunque el fallador cita los artículos 7º del Decreto 617 de 1954 y 190 del Código Sustantivo del Trabajo para decir que descansar es lo principal y percibir dinero lo secundario, hace

aplicación indebida de las normas porque acepta como cumplimiento de la obligación, la compensación en dinero del descanso legal, cuando tal fenómeno está expresamente prohibido". Agrega que "el sentenciador dice que las cantidades recibidas por concepto de vacaciones en los años de 1957 a 1961, liberan al patrono de la obligación, pero esos pagos fueron una compensación del descanso, por lo cual la obligación no fue cumplida y al terminar el contrato de trabajo se convirtieron en la obligación de indemnizar, la cual no se puede entender cubierta antes de habere surgido" y que "para que el patrono hubiera podido ser absuelto de la petición por vacaciones, debía haber demostrado que otorgó oportunamente los descansos al trabajador o que a la terminación del contrato le pagó el valor de la indemnización que nacía del incumplimiento del deber de otorgar descansos anuales".

Cuanto al segundo aspecto, considera el recurrente que en virtud de la acumulación de vacaciones hasta por dos años prevista en el artículo 190 del Código y la facultad patronal de señalar el disfrute de las mismas dentro del año siguiente, conforme al artículo 187 del mismo estatuto, la prescripción del derecho no puede contarse "desde el momento en que se cumple un año de trabajo" y que "en aplicación correcta de las normas anteriores... la prescripción no puede abarcar los últimos cinco años de trabajo, que al terminar la vinculación laboral se convierten naturalmente por imposibilidad de conceder descanso, en una indemnización equivalente al salario de setenta y cinco días".

Se estudia:

Después del examen de lo establecido con la inspección ocular, en la cual se comprobaron pagos por concepto de vacaciones entre los años de 1957 y 1961, inclusive, y no se halló dato alguno sobre el tiempo anterior (fls. 27 del Cuaderno Nº 2), el Tribunal apunta en la motivación de su fallo:

"Las vacaciones son una necesidad fisiobiológica y aunque se asimilan al salario para efectos de la inembargabilidad, no es igual a éste, y por ello presentan un carácter de orden público.

"Acorde con estos principios el art. 7º del Decreto 617 de 1954 y el art. 190 del C. S. del T., prohiben compensar en dinero sin autorización del Ministerio del Trabajo y la acumulación para empleados de confianza no puede pasar de cuatro años, porque el derecho a descansar es lo principal y de percibir dinero, lo secundario". (Fol. 31 C. Nº 2).

Luego, en lo relativo a la prescripción de las vacaciones que no aparecen pagadas, dice:

"La demanda fue notificada el 8 de junio del año próximo pasado, de manera que las vacaciones que la sucesión pudiera deber a Hernando Estrada de 1951 —fecha de vigencia del actual Código Laboral— en los años en que no aparecen pagadas, están prescritas, de conformidad con el art. 488 del Estatuto ya tantas veces citado". Y para las vacaciones por el tiempo anterior a 1950, aplica por analogía la prescripción cuatrienal del Decreto 484 de 1944, art. 5º, que se refiere a las vacaciones de los servidores oficiales.

Se tiene entonces, que, en cuanto toca con las vacaciones correspondientes a los servicios prestados entre 1957 y 1961, el adquem estima que fueron disfrutadas por cuanto aparece demostrado su pago, es decir, tomó como prueba de su goce la del pago del valor correspondiente. El casacionista objeta que tales pagos fueron "una compensación del descanso, por lo cual la obligación no fue cumplida", pero lo cierto es que no existe prueba que permita calificar de compensación del descanso la cancelación de las sumas abonadas a vacaciones, y en tales condiciones, el Tribunal bien podía dar por probado el cumplimiento de la obligación con la constancia del pago. Esto, por otro lado, como puede verse y lo observa con acierto el opositor, desemboca en una cuestión de apreciación probatoria de la que debe desprenderse la conclusión de que el pago fue hecho a título de compensación por el descanso o de retribución mientras tal descanso se disfrutaba.

Y el cargo se presentó por vía directa, de una manera que resulta inadecuado para provocar el examen del acierto o desacierto con que el Fallador halla valorado los elementos de prueba que lo llevaron al convencimiento de que la parte demandada cumplió con su obligación de conceder vacaciones entre los años de 1957 y 1961.

En lo relativo a la prescripción del derecho por el tiempo anterior, es decir, de 1956 hacia atrás, debe anotarse que, como lo ha reiterado esta Sala, el tiempo de la prescripción del derecho a las vacaciones empieza a correr al finalizar el año siguiente a la fecha del nacimiento de tal derecho, por razón de la facultad patronal de concederlas dentro de tal año. Por otro lado, la acumulación hasta por dos años en los casos comunes, debe ser objeto de acuerdo que aparezca estableceido en forma fehaciente, no fenómeno presumible por el solo transcurso del tiempo sin el disfrute de las vacaciones de dos años o más. Lo que significa que si no hay constancia de acumulación, la prescripción del derecho, que se rige por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L., tiene efecto al cumplirse cuatro años de la fecha en que el derecho nació, o sea, a los cuatro años de cumplido el año de servicio. Si hubo acumulación —y ella se demuestra— por dos años, para el año precedente al último se aplicará el mismo plazo prescriptivo que para éste.

En el caso sub-lite, si la demanda se notificó el ocho (8) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963) y la prescripción se declara para el derecho correspondiente a los años de 1956 y anteriores, muy claramente se ve que ha corrido con creces el término legal para esa prescripción y que, no discutiéndose la cuestión de hecho sino la aplicación de las normas a hechos aceptados, no se halla demostrado el quebrantamiento legal anotado por el recurrente, como también lo apunta el opositor. De otra parte, lo relativo a la acumulación sí es ya una cuestión de hecho que no cabe examinar por la vía de violación directa escogida por el acusador; mas ni aún con este fenómeno podría llegar a establecerse que no hubo prescripción cuando entre el derecho a las vacaciones por el último de los años que no figuran cubiertos por el pago de vacaciones, 1956, y la fecha de la notificación de la demanda, corrieron más de seis años.

No se encuentra, por lo visto, fundamento al ataque del recurrente en cuanto a la decisión por vacaciones, y el cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Acusa la sentencia de violar por aplicación indebida, a través de errores de hecho, los artículos 249, 253, 254 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º de la Ley 48 de 1942.

El casacionista señala como pruebas indebidamente apreciadas: la demanda (fs. 10 a 13 del C. P.), la copia de la escritura número 523 de 14 de julio de 1939 (fs. 45 a 51), las declaraciones de Antonio Guzmán (fs. 128), Julio E. Ospina García (f. 128 vto.), Jesús María Conde (f. 129 y vto.), Agustín Lozano (f. 130), José Antonio Bonilla (fs. 144 vto. y 145), Jesús Antonio Rengifo (f. 151), Isaac Rodríguez (f. 152), Félix Fabriciano Luna (f. 152 vto.), Ruperto Lee Parra (fs. 153 vto. y 154), Antonio Vila Rivera (fs. 169 vto. a 172), y Domingo Bernal (f. 175); la copia de la escritura número 1.274 de 10 de agosto de 1960 (fs. 161 a 164), copia de la escritura número 1.042 de 2 de junio de 1954 (fs. 165 a 168); absolución de posiciones de Ernestina Forero v. de Rivera (fs. 220 y 221), posiciones absueltas por doña Martha Rivera de Giraldo (fs. 221 v. y 222), declaración de Luis E. Montealegre (fs. 272 y 273), dictamen pericial (fs. 280 a 289 y 296 a 298)". Y concreta tres presuntos errores de hecho, a saber:

"1º Haber considerado como establecido el hecho de que en 1944 Nicolás Rivera M. y Hernando Estrada G. hubieran acordado efectuar liquidación parcial y definitiva de cesantía... 2º Haber admitido que el contrato de trabajo entre Hernando Estrada G. y Nicolás Rivera M. terminó el 31 de diciembre de 1961, y 3º No haber admitido que Hernando Estrada G. fue empleado de Nicolás Rivera M. desde 1925".

En cuanto al señalado primer error, el casacionista sostiene que la absolución por auxilio de cesantía de veinte años —de 1925 a 1944— que el Tribunal apoya en el precepto del artículo 1º de la Ley 48 de 1942, con aceptación de que hubo acuerdo entre las partes para la liquidación parcial conforme a tal precepto, no tiene fundamento alguno, pues "ni el dictamen pericial ni el anexo a la declaración de renta, a que alude el perito, son prueba de acuerdo alguno ni manifestación expresa de él".

Para demostrar el segundo error observa que en las posiciones absueltas por la señora Martha Rivera de Giraldo, ésta admite que Hernando Estrada G. trabajó con Nicolás Rivera hasta la muerte de éste, ocurrida, según el documento que obra a folio 42 del C. P., el 26 de julio de 1962. De ahí que sea equivocada la conclusión del Tribunal de que el servicio terminó el 31 de diciembre de 1961.

Para la demostración del tercer error hace notar: a) Que en la respuesta a la demanda se admite que Estrada trabajó desde 1925, pero con la aclaración de que el servicio fue a dos personas distintas b) Que en la escritura número 523 de 1939, fl. 45 y ss. del C. P., Nicolás Rivera aceptó tomar a su cargo el pasivo de la sociedad; c) Los testigos citados y también Luis E. Montealegre fl. 272 y ss. afirman que Estrada trabajó para Rivera desde 1925; d) Doña Ernestina Forero vda. de Rivera acepta en las posiciones que conoció a Estrada como empleado de Lamus y Rivera; e) Nicolás Rivera, en el anexo a su declaración de renta dijo que pagaba cesantía en 1944, correspondiente a veinte años, lo que demuestra con toda claridad que lo consideraba como empleado desde 1925.

Se estudia el Cargo:

Para establecer el tiempo servido y las características del trabajo realizado por el actor Estrada al servicio de Nicolás Rivera, el ad-quem toma apoyo global en la deposición de los cuarenta y seis (46) declarantes que cita (fl. 24 vto. del C. Nº 2), y de allí concluye que: 'Estrada empezó a trabajar en el año de 1925, y cuyo oficio era el de barrendero, buscado por Nicolás Rivera; que en un principio trabajó en la Droguería y posteriormente en la Ford; la primera era de propiedad de la sociedad Lamus y Rivera; que Estrada fue Gerente o Administrador de la Agencia Ford en los últimos tiempos; que Estrada gozaba de la más completa confianza de Rivera y como Gerente o Administrador de la Agencia tenía plena autonomía; que Estrada trató de arreglar la deuda con la sucesión, habiendo llegado ésta a rebajarla a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) M/Cte., pero que tal arreglo se frustró, debido a que Estrada no firmó los pagarés respectivos ni dió las garantías exigidas; que la cuenta abierta a "cuentas y pagarés a funcionarios" no fue abierta a espaldas de Nicolás Rivera; que Rivera autorizó a Estrada para retirar lo que la Agencia Ford tenía en la Cía. de Seguros Bolívar; que Estrada es socio capitalista de las Empresas "Dimagrícola Ltda. y Motolima Ltda"; que con posterioridad a la venta que hizo Rivera de la Agencia Ford de Ibagué, Estrada continuó prestándole sus servicios; que el demandante daba órdenes para que se hicieran asientos especiales; que cuando Rivera falleció la contabilidad estaba atrasada; que Rivera antes de fallecer manifestó que había tenido la desagradable sorpresa de enterarse de que Estrada había retirado algunos dineros que la Sociedad Lamus y Rivera "fue concesionaria de la Ford en esta ciudad; que Estrada continuó laborando al servicio de Rivera; y, que la Ford tuvo de Gerente a un señor Restrepo y a otro y después a Estrada" (fl. 25 vto. C. Nº 2) Luego toma pie en la inspección ocular y el dictamen pericial para establecer la remuneración y el pago de primas, vacaciones y auxilio de cesantía, y al respecto encuentra que dicho dictamen sólo halla posible señalar retribuciones a partir de las recibidas durante once meses de 1939 y hasta lo percibido durante el año de 1961. (f. 26, 27 y 28 del C. Nº 2). Expresa más adelante, tomando apoyo en el acerbo probatorio examinado, que "Estrada Guerra empezó a laborar al servicio de la sociedad que al parecer de hecho, tuvieron en un principio el Dr. Lamus y Nicolás Rivera y que después formalizaron bajo el nombre de "Lamus y Rivera", como barrendero y muchacho de mandados.

En estos humildes menesteres predomina el trabajo material, es decir, el demandante fue obrero no calificado en un principio, ignorándose el tiempo en que duró en esa forma, pues solamente hasta 1939 aparece que pasó a la categoría de empleado, con sueldo de cuarenta pesos (40.00) mensuales". Con fundamento en esta situación fáctica, el Tribunal concluye que dada la circunstancia de que la Ley 10 de 1934 sólo estableció el auxilio de cesantía para los empleados y no para los obreros y la distinción entre las dos categorías sólo fue eliminada en parte por la Ley 6ª de 1945, porque se conservó para algunos efectos relativos al auxilio de cesantía conforme al artículo 8º del Decreto reglamentario 2127 de 1945 y el ordinal 2º del parágrafo del artículo 12 de la citada Ley 6ª, el actor sólo tiene derecho al referido auxilio a partir de 1945.

De otro lado, el ad-quem acepta la liquidación parcial por acuerdo entre las partes por los veinte años anteriores a 1944, con fundamento en lo establecido por la Ley 48 de 1942 y tomando como base el anexo a la Declaración de Renta de Nicolás Rivera, en la cual se apoya el perito para establecer tal pago (fls. 26 y vto. y 28 y vto. del C. Nº 2).

Se vió cómo el recurrente ataca la conclusión de que hasta 1939 no puede establecerse cuánto tiempo sirvió como obrero y cuánto como empleado, y que sólo a partir de tal año la naturaleza intelectual del servicio puede darse por probada. Los elementos probatorios que indica el acusador se refieren a servicios prestados desde 1925, concretamente la respuesta a la demanda, pero en cuanto a la naturaleza de la actividad, como lo observa con acierto el opositor, si bien algunos aluden a la condición de empleado, otros como muchos de los testimonios en que se apoya el ad-quem y que no se señalan como mal apreciados o dejados de estimar, indican servicios que son claramente constitutivos de actividades con predominio material. Ante la diversidad del contenido de los medios de prueba en cuanto a la naturaleza de la labor cumplida por Estrada entre 1925 y 1939, el Fallador bien pudo dar preferencia a unos sobre otros para formarse la convicción de que la condición de empleado no fue establecida sino a partir de 1939, y en esto no puede ser rectificado por la Corte. La preferencia de unos elementos probatorios sobre otros para la prueba de un hecho por parte del juzgador no configura error de hecho. Por tanto, no existe el señalado por el recurrente en lo tocante al punto examinado.

De otra parte, como tomando fundamento en esta situación fáctica el Tribunal aplicó las normas de la Ley 6ª de 1945, en armonía con la 10 de 1934 y los decretos reglamentarios, además de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, para liquidar el auxilio de cesantía, y la aplicación de los preceptos de aquellas leyes no se señalan como quebrantados, aunque se encontrara sin fundamento probatorio la aceptación de la liquidación parcial del auxilio de cesantía en 1944 ello no tendría efecto sobre la operación que realizó el Tribunal, porque su fundamento legal quedaría en pie al no demostrarse la violación de los demás preceptos aplicados. Porque de la motivación del fallo se ve con claridad (fls. 28 vto. y 29 del C. Nº 2), que el adquem no absolvió por auxilio de cesantía "correspondiente a veinte años, comprendidos entre 1925 y 1944, con base en el artículo 1º de la Ley 48 de 1942", como afirma el casacionista, es decir, por haberse establecido la liquidación parcial acordada por las partes conforme a dicha norma, sino también porque encontró que no se estableció la condición de empleado de Estrada sino desde 1939 y a partir de entonces tuvo en cuenta los preceptos de las leyes 10 de 1934 y 6ª de 1945 y luego del Código Sustantivo del Trabajo. Y en la proposición jurídica acusatoria no se incluyeron aquellas leyes como violadas. Finalmente, como lo anota el opositor, hay que observar que las pruebas en que se apoya la aceptación de la liquidación parcial en 1944 no son sólo el dictamen pericial y la Declaración de Renta de Rivera, sino también la inspección ocular que dio pie a aquél y permitió el examen de la Declaración. Y como este elemento de prueba no se considera mal apreciado, el fundamento del fallo en los tres elementos instructorios no queda desquiciado.

No están, por todo lo visto, demostrados los dos errores de hecho señalados con los números 1º y 3º. Falta sólo el examen del error concretado en el ordinal 2º., referente al señalamiento del 31 de diciembre de 1961 como fecha de terminación del contrato de trabajo.

A este respecto se encuentra: a) El Tribunal se apoya para aceptar esta fecha final del contrato, en que la inspección ocular y el dictamen pericial establecieron como último pago de salario y de auxilio de cesantía el correspondiente a 1961, de tal manera que aunque otros elementos de prueba dijeran otra cosa, el juzgador bien pudo proferir los que le produjeron la convicción del hecho que dió por probado. Ello no produce error de hecho que la Corte deba y pueda rectificar. b) Además, como puede verse en la demanda, el actor afirma en el hecho primero que el contrato de trabajo terminó al venderse por Nicolás Rivera la Agencia "Ford", el 10 de agosto de 1960 (hecho 4º fl. 2º del C. Nº 1), y mal puede ahora en casación sostener que sólo quedó cesante el 26 de julio de 1962, al morir Nicolás Rivera. Esta situación diferente constituye un claro medio nuevo en casación, que no puede aceptarse como fundamento para atacar el fallo. No está en tales condiciones, establecido este otro presunto error de hecho de la sentencia, y no habiéndose probado ninguno de los señalados, no pudo ocurrir la consecuencial violación de los preceptos indicados en el cargo, que, por ello, no prospera.

Tercer cargo.

Ataca la sentencia del ad-quem porque "violó por aplicación indebida los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, y 2º del Código Procesal del Trabajo, a través de error de hecho" y como consecuencia de la equivocada apreciación de la declaración de José Manuel Segura García (fs. 132 vto. a 134 vto. y 138 a 144 del C. P.) y la absolución de posiciones de Hernando Estrada G. (fs. 215 y ss. del C. P.).

Como error de hecho puntualiza el acusador el "admitir que la deuda que aparece en la cuenta corriente tenía origen laboral cuando tal carácter no aparece establecido en el juicio", pues el testigo Segura dice ignorar el objeto de los dineros retirados por Estrada con autorización de Rivera y éste no admite el carácter laboral de esos "préstamos", sino que fueron hechos durante la época en que existió la relación de trabajo. Y concluye que si no se hubiera cometido tal error "se habrían tenido aquellos préstamos como puramente civiles", y la jurisdicción del trabajo no habría declarado la obligación a cargo de Hernando Estrada G., y menos aún habría autorizado la compensación de ese crédito con las prestaciones sociales debidas contra las expresas prohibiciones de los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo", que resultan así aplicados indebidamente.

Se Estudia el Cargo:

Para decidir el punto relativo a la compensación entre las obligaciones a cargo de la sucesión de Nicolás Rivera y a favor de Hernando Estrada G. y las de éste con aquella, el Tribunal sentenciador formula las siguientes consideraciones:

"Está demostrado que Estrada Guerra recibió sueldos fijos a partir del año de 1939 y porcentajes a partir de 1957 y es este último una forma de remuneración de salario variable, en que no se paga por días semanas o mensualidades una suma fija, sino que se va liquidando de acuerdo con la utilidad que se va percibiendo; que el demandante gozaba de completa autonomía para el manejo de la Empresa; que en las posiciones confiesa que debe la suma de trescientos cincuenta y cinco mil doscientos ochenta y ocho pesos con veintiseis centavos ($ 355.288.26) M/cte. Por otra parte consta que la cantidad de trescientos cinco mil trescientos treinta y ocho pesos con veintiseis centavos ($ 305.338.26) M/cte., no obedeció a un préstamo a mutuo, sino a retiros que se ordenaba el Sr. Estrada Guerra en virtud de la autonomía que gozaba y para cargarlos a cuenta de avances de comisiones —sueldo variable— en la cuenta denominada "Cuentas y Pagarés de Funcionarios" y que las partes desistieron de las excepciones de declinatoria de juris-

dicción que oportunamente habían propuesto.

"No ocurre lo mismo con la cantidad de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 49.950.00) M/cte., valor de las cédulas de la Cía. de Seguros Bolívar que Estrada recibió, según él, con la autorización de Nicolás Rivera, porque éste en el mejor de los casos sí sería un préstamo, y dicho sea de paso tal préstamo y autorización aparece dudoso, si se tiene en cuenta las diversas sumas que Rivera poseía en sus cuentas corrientes en los diferentes Bancos de la ciudad y Bogotá.

"Así pues, la primera suma tiene relación con el contrato de trabajo, existe una afinidad o conexión entre la demanda y la contrademanda, porque los retiros se llevaron a cabo mediante la misma relación jurídica que existió entre las partes, y por razón del contrato de trabajo que tuvo Estrada Guerra, en estas condiciones forzoso era que el Juez fallara la demanda de reconvención". (fls. 28 y vto. del C. Nº 2). Y luego agrega: "A pesar de que las partes desistieron de la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, no resulta ocioso hacer notar, que la demanda de reconvención tiene relación con la demanda principal, pues los retiros que hizo Estrada a cuenta de participaciones y comisiones prevalido de la confianza y de la autonomía que disfrutaba en la Empresa y solamente la suma de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 49.950.00), fue a título de préstamo que le hiciera Rivera según el demandante". (f. 32 del C. Nº 2).

Como resultado de esta motivación, el adquem resta de la suma total de la deuda de trescientos cincuenta y cinco mil doscientos ochenta y ocho pesos con veintiseis centavos ($ 355.288.26), confesada por Estrada a favor de Rivera, la que califica como obligación originada en el préstamo del segundo al primero, según las consideraciones transcritas, y para la compensación correspondiente sólo parte de la base de una obligación de origen laboral a cargo del actor Estrada G. por el saldo, o sea por trescientos cinco mil trescientos treinta y ocho pesos con veintiseis centavos ($ 305.338.26), como aparece en la parte final de la motivación y en la resolutiva de la sentencia acusada. (fls. 32 vto. y 33 del C. Nº 2). En consecuencia, el ataque con fundamento en el presunto error de hecho que el casacionista apunta, tocaría sólo con el saldo anotado antes a cargo de Estrada, que el Fallador vincula a la relación laboral.

Sobre el punto el impugnador expresa que el testimonio de Segura no dice el objeto de los dineros retirados por Estrada con autorización de Rivera, y que aquél en la absolución de posiciones no admite el carácter laboral de esos "préstamos". Por consiguiente solo basta examinar tal absolución para formarse el juicio sobre el acierto o el desacierto en la apreciación de los dos elementos probatorios citados.

Al contestar a la pregunta segunda del pliego de posiciones que le fue propuesto por la parte demandada, sobre si es cierto que existe a su cargo y a favor de la sucesión de Nicolás Rivera un saldo de trescientos cincuenta y cinco mil doscientos ochenta y ocho pesos con veinte y seis centavos ($ 355.288.26), el demandante contestó: "Sí es cierto ese saldo a mi cargo y fueron retiros hechos con el consentimiento de don Nicolás Rivera y saldo que está debidamente contabilizado en la cuenta corriente mía y también declarado en mi declaración de renta personal y que fue incluido en la declaración de renta personal de don Nicolás Rivera". (fls. 215 y vto. del C. P.) Más adelante aparece formulada la pregunta décimatercera en los siguientes términos: "Diga el absolvente, como es cierto, si o no, bajo la gravedad del juramento prestado, y poniendo a Dios por testigo de su dicho, que conforme a los comprobantes respectivos que existen en contabilidad y que sirvieron de base para los asientos respectivos, Ud. iba cargando a la contabilidad de la Agencia Ford de Nicolás Rivera, los retiros que hacían imputables a avances de salarios, para sus particulares negocios, bien porque don Nicolás Rivera autoriza esos retiros, bien porque la consintiera

tácitamente, o bien porque Ud. movía los dineros de la Ford en forma autónoma" A ella respondió el actor Estrada G: 'Sí esos se cargaban todos los retiros a mi cuenta, o sea la cuenta denominada "cuentas y pagarés de funcionarios" que es la cuenta que existe en todas las concesiones Ford para cargar en ella o abonar los movimientos de las cuentas del personal de administración de la misma empresa. En esta cuenta se cargaba a mí todos los retiros que hacía para cubrir las partes que me pudieran corresponder por mis participaciones del porcentaje que percibía según el contrato de trabajo que existía de tiempo muy atrás y algunas veces lo hacía consultándole previamente a don Nicolás Rivera cuando la cuantía era de un valor alto y don Nicolás nunca me negó una consulta de ésto o para estos retiros y él como siempre vivía informado por medio de los balances mensuales que se le pasaban tenía pleno conocimiento del movimiento de la cuenta mía sean de sus abonos o sus cargos". (fl 218 del C. P.). Luego, al contestar la pregunta décima quinta, Estrada dijo: "A esa cuenta se abonaba los salarios, o sean el porcentaje de mis participaciones que se liquidaban mensualmente y las cuales se abonaban a dicha cuenta, compensando algunos retiros que yo hacía dentro del mismo mes y siempre quedaba un saldo muy regular en mi contra para cubrirlo posteriormente bien con las futuras participaciones que pudieran haber en el negocio o bien contando con mi liquidación pendiente de lo que me pudiera corresponder por concepto de prestaciones sociales". (fl. 218 vto. del C. P.).

La propia confesión del demandante Hernando Estrada G. muestra muy a las claras la vinculación directa entre las sumas que retiraba con autorización de Rivera y la retribución del trabajo desempeñado por el primero como subordinado del último, pues eran, según lo aceptado por el actor, anticipo a sus participaciones, es decir, a un salario. De suerte que en ninguna forma puede calificarse esos anticipos como préstamos puramente civiles. Ni siquiera lo es la suma de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 49.950.00), aceptada por el ad-quem, como obligación común por mutuo concedido por Rivera a Estrada. Lo expresado por éste en la absolución de posiciones y la circunstancia de la iliquidez de la situación laboral a la muerte de Rivera, dan plena base para este aserto. Por consiguiente, no hay ningún error cuando el Tribunal, para los efectos compensatorios admitidos reiteramente por la jurisprudencia de esta Sala, parte de la vinculación de las recíprocas obligaciones con el contrato de trabajo que rigió entre el actor Estrada G. y Nicolás Rivera. Si hubo error fue al contrario, cuando no dio la misma calificación a la suma atrás anotada y la excluyó para los efectos compensatorios.

No sobra agregar que la jurisprudencia de ésta Sala amplió hace algún tiempo la pertinencia de la compensación aun de obligaciones civiles con las laborales, cuando ambas sean en dinero, líquidas y exigibles, y que tal criterio se viene reiterando en sucesivos fallos. (Casación de 10 de junio de 1965. Juicio de Néstor Trujillo Correa vs. Cooperativa del Personal de Telecom Ltda.).

Establecido que no ha incurrido el Fallador en el error de hecho que el casacionista le imputa, tampoco hubo el quebranto consecuencial de los preceptos citados en el cargo, y éste, entonces, no puede prosperar. Pero conviene agregar, además, que la concreción del ataque a la violación de los mandatos legales citados en él, hace que la proposición jurídica esté presentada en forma incompleta, pues si como consecuencia de la compensación dispuesta, el pago del valor de las prestaciones no se dispuso previa e independientemente del de las obligaciones a cargo del ex-trabajador demandante, han debido incluirse en el cargo como quebrantados los preceptos legales sustantivos que consagran dichas prestaciones.

No prospera, pues, el cargo estudiado.

Cuarto cargo.

Propone la censura del fallo del Tribunal por quebrantar, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 59, 254 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Para desarrollarlo expresa que la violación "se produjo porque el sentenciador estimó que la

aplicación de la norma últimamente citada, sólo tenía cabida cuando se demostrara que había existido mala fe en la retención de la prestación, y porque autorizó una compensación prohibida por la norma indicada en primer lugar". Luego agrega: "El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, pero no exige la culpabilidad del patrono sino que ordena resarcir los perjuicios por el simple hecho del no pago. La jurisprudencia ha admitido como situación eximente de esa responsabilidad, la buena fe patronal consistente en hechos que de manera fundada establezcan justificación para no efectuar inmediatamente el pago de lo debido. Pretender que la indemnización por falta de pago sólo corresponde al caso de mala fe patronal, es invertir la carga de la prueba y aplicar la norma citada a situaciones no reguladas por ella. De allí que la sentencia recurrida haya violado ese precepto legal al darle aplicación para caso distinto al que efectivamente está regulando".

Con respecto a la presunta violación del artículo 254 del C. S. del T. apunta que la hubo "porque el fallador indicó que deben desconocerse (sic) los pagos parciales de cesantía prohibidos por dicha norma, a pesar de que ella dispone que el patrono perderá las cantidades cubiertas y no tendrá derecho a repetir por ellas"; y añade: "los abonos de cesantía efectuados en la cuenta corriente de Hernando Estrada, fueron pagos parciales de cesantía no permitidos por la ley, que de ninguna manera colocan al trabajador en situación desventajosa ni autorizan al patrono para retener prestaciones, ya que la misma norma sanciona esa prohibición con la pérdida de lo pagado y niega la facultad de repetir".

Se Estudia:

En el ataque deben separarse, para su examen y decisión, los planteamientos relacionados con la violación del artículo 65 del C. S. del T. en relación con el 59 del mismo, y la del artículo 254, relacionado también en el citado 59.

Respecto de los primeros se encuentra que contienen dos bases de ataque: la relativa a la operancia de la buena y la mala fe patronal en la definición de la responsabilidad que conforme al artículo 65 del Código apareja el no pago de las prestaciones llamadas sociales, y la relacionada con la inconducencia de la compensación y, por consiguiente, la consecuente impertinencia de la absolución por indemnización moratoria con fundamento en dicha compensación impertinente.

Para decidir sobre el punto tocante con la indemnización moratoria el ad-quem razonó así:

"Con respecto a los salarios caídos, el artículo 65 del C. S. del T. tiene un claro sabor de sanción, para el patrono de mala fe que se muestra renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que deba al trabajador al momento de terminarse el contrato de trabajo. No puede considerarse de mala fe a un patrono a quien se le debe una suma superior a las posibles prestaciones de un gerente o administrador que prevalido de la confianza y de la autonomía que tenía, cobró esas prestaciones y que en virtud de la prohibición que consagra el art. 254 del Estatuto ya citado, ahora hay que desconocerlas".

No cabe tocar como determinante de la presunta aplicación indebida del artículo 65 del Código la compensación del valor de las prestaciones del ex-trabajador demandante en el juicio, con parte de las obligaciones a su cargo y a favor del ex-patrono, por cuanto ya se definió al decidir sobre el cargo anterior que dicha compensación declarada era conducente y tuvo pleno respaldo jurídico. Por consiguiente, hay que admitir que si por virtud de tal compensación no había carga patronal por prestaciones sociales, mal podía aplicarse la sanción moratoria que manda el artículo 65 del estatuto sustantivo. Se estableció una situación de hecho que dejó sin piso la operancia de la norma. Frente a tal situación, el criterio expresado al principio de sus consideraciones por el sentenciador respecto de la eficacia del precepto unitivo, sólo queda convertido en una especulación interpreta-

tiva de la disposición. Ella es equivocada, desde luego, porque el sentido de la jurisprudencia de esta Sala es el contrario, es decir, que no cabe la demostración de la mala fe patronal, que se presume desde el momento en que no se pagan a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidos, sino que para el efecto eximente de la responsabilidad que apareja conforme al citado artículo 65 ese no pago, debe quedar establecida en los autos la buena fe con que el patrono procedió al no pagar. Buena fe que, generalmente, debe deducirse de circunstancias fácticas. Pero la conveniente rectificación de criterio, es decir, de interpretación, que se hace, no puede llegar a quebrar el fallo porque la aplicación del precepto para eximir de responsabilidad por la compensación que se declaró, tiene fundamento en hechos inhibitorios cuyo efecto, reconocido por el Tribunal, no podría destruirse sino mediante la demostración de evidentes errores fácticos originados en la estimación de las pruebas por parte del Tribunal. Con lo cual se concluye que éste no quebrantó sino que, por el contrario, aplicó debidamente el mandato del artículo 65 del Código Sustantivo.

En cuanto atañe a la aplicación del artículo 254, ya se vió en la transcripción de parte de la confesión del actor al absolver el pliego de posiciones hecha cuando se decidió el cargo anterior, que Estrada G., como administrador de una firma y gerente de la subsidiaria, efectuaba el retiro de los dineros en que se originó la obligación a su cargo, con plena autoridad, por su iniciativa, y que en virtud de la dirección contable que ejercía ordenaba los correspondientes cargos y abonos con la imputación respectiva. De manera que si el retiro de algunas sumas lo hizo imputar a auxilio de cesantía, no podría ahora decidirse, en virtud de su demanda judicial, que el patrono debe pagar el quebrantamiento del artículo 254 del Código con la pérdida de lo pagado, porque eso equivaldría a que el responsable directo de esa imputación contable se beneficiara de su propia culpa. Lo pertinente es, pues, lo que decidió el Tribunal: calificar las sumas respectivas como deudas originadas en la relación laboral y declarar compensable su monto con el valor de las prestaciones a cargo del patrono.

No ha existido, por lo visto, violación alguna de los preceptos citados en el cargo, y éste, por consiguiente, no prospera.

La Sustentación de la parte Demandada Recurrente.

Se encamina ella a impugnar el fallo del ad-quem para que se case parcialmente "en cuanto a la cesantía liquidada en favor de Estrada y en cuanto al monto de lo que éste debe pagar a la sucesión, para que, reformándose lo resuelto por el a-quo en esos dos aspectos, se absuelva a la sucesión, por compensación de la cesantía, o en subsidio, se reduzca el saldo por cesantía a $ 10.111.97; se eleve la condena contra Estrada en todo caso a $ 355.288.26; y, consecuencialmente, las costas de ambas instancias deben ser impuestas a Estrada, y mantenerse en lo demás la sentencia de segundo grado".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, el casacionista presenta dos cargos para el logro del precedente petitum, cargos que se estudian y deciden en su orden.

Primer Cargo:

Su planteamiento se hace con el tenor siguiente:

"La sentencia viola directamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 249, 253 y 254 del C. S. T., en relación con los arts. 591 y 149 del mismo Código y 1714 y 1716 del C. C., estos últimos por falta de aplicación".

Dadas las características del desarrollo de esta censura, se impone, para su estudio y decisión, la transcripción total de dicho desarrollo, cuyos términos son:

"El sentenciador da por demostrados correctamente (salvo un error respecto de 1959, que será objeto de glosa separada) los salarios devengados por Estrada entre 1950 y 1961, con sus correspondientes promedios mensuales. Pero al aplicar a esos datos la regla de liquidación ordenada por el art. 253

del CST para deducir el monto de la cesantía, lo hace de modo indebido.

"En efecto, conforme a dicha norma no puede desestimarse el último salario mensual ($ 1.135.48 en 1961) sino que se le computa hasta donde, retrocediendo en el tiempo, encuentre uno mayor (en este caso, el de $ 6.420.97, por 1960); de igual manera; ese promedio mayor incide hacia atrás tres años, a menos que se tropiece en el camino con otro superior (para el Tribunal, el de $ 6.617.07 por 1959), y así sucesivamente hasta la congelación de 1957, pero siempre de adelante hacia atrás. Cuando en vez de aumentos hay disminuciones de salario, como en el caso de autos, tales disminuciones no operan hacia atrás, pero sí hacia adelante, mientras subsistan. Esto es lo que indica la norma, y así lo ha aplicado la jurisprudencia. De haber obrado así, para el período de 1º de julio de 1957 a 31 de diciembre de 1961, el Tribunal habría multiplicado el promedio más alto (el que le atribuye a 1959, $ 6.617.07) por 2,5; o sea por la mitad de 1957, todo 1958 y todo 1959; y a ese resultado $ 6.542.67) le habría sumado el promedio de 1960 y el de 1961, obteniendo un total de $ 24.099.12. En vez de hacerlo así, desestimó el último promedio mensual, el de 1961, y liquidó la cesantía de 1961 por el promedio de 1960, haciendo operar el aumento de ese año hacia adelante, contra la ley. Por eso, al sumar a los $ 16.542.68 del lapso 1957-1959 los $ 12.841.94 de 1960-1961, el sentenciador dedujo erróneamente $ 29.384.62.

"Para la cesantía del período 1951-1957 incurrió el Tribunal en el mismo error de aplicación (no "de hecho" ni de interpretación), agravado por otro más notorio: La congelación prevista en el art. 6º del Decreto 118 de 1957 ordenó la liquidación "de acuerdo con las normas vigentes". Entonces, conforme al art. 253 del código, por tratarse de salario variable, había que tomar como último salario el promedio de lo devengado "en el año inmediatamente anterior" (o sea, de julio 1º de 1956 a junio 30 de 1957), y no el del último semestre, como lo hizo el ad-quem en su motivación. Por la misma razón, le estaba vedado tomar por base lo devengado en el segundo semestre de 1954, pues los promedios previstos son de anualidades y no de semestres. Y operó así: con el promedio semestral de 1954, por ser el más alto, liquida los tres años hacia atrás (julio de 1951 a junio de 1954) y los tres hacia adelante (julio de 1954 a junio de 1957), y a esto le sumó la mitad del promedio devengado en 1951. Nada más arbitrario.

"La operación correcta es la siguiente: Promedio del último año (julio 1956 - junio 1957), $ 2.646.87. Como es superior al del año 1956 $ 2.119.85), incide hacia atrás hasta encontrar en de 1954 ($ 6.658.24), que es mayor. Y este mayor promedio incide tres años hacia atrás, o sea hasta el 1º de enero de 1951. (El promedio de 1955 no se pudo establecer por estar involucradas las comisiones con las primas de servicio).

"La cesantía correspondiente al período 1951 - 1957 es entonces $ 33.250.13, y no, como le resultó al sentenciador, de $ 40.974.57.

"El lapso 1945-1950 fue, por fin, bien liquidado: $ 13.987.50.

"La cesantía total debió ser de $ 71.336.75, operándose con los mismos datos del sentenciador pero aplicando debidamente las reglas del código, y no $ 84.346.63, como aparece en la sentencia.

"Pero hay más todavía. El Tribunal admite que a la terminación del contrato de trabajo Estrada adeudaba, por exceso en sus retiros de fondos, $ 355.288.26 y que además se había abonado en su cuenta corriente $ 48.480.75 que hasta 1959 figuraban como "cesantías consolidadas", más $ 6.420.90 como cesantía por 1960, más $ 6.323.13 como cesantía final, abonos todos anteriores a aquel saldo. Admite, pues, que los retiros en exceso montaban a $ 416.513.04. Sin embargo, en vez de declarar extinguida, por compensación, la deuda menor y absolver a la sucesión, el sentenciador sólo dedujo de lo debido por Estrada $ 6.323.13 "que aparece recibiendo Estrada como auxilio de cesantía en el año

de 1961"; y no se refiere para nada a los retiros de $ 48.480.75 y $ 6.420.90, adicionales a los $ 355.288.26.

"Al no declarar extinguida, por compensación, la deuda por cesantía, no obstante reconocer que es inferior a la de Estrada y que ambas son homogéneas, derivadas del contrato de trabajo, líquidas y exigibles, el sentenciador dejó de aplicar los arts. 1714 a 1716 del C. C., que instituyen y reglan ese medio de extinguir las obligaciones, en relación con los arts. 59-1 y 149 del CST que le prohiben al patrono compensar los salarios y prestaciones durante la vida del contrato pero no una vez extinguido, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esa Sala (ver sentencia de 10 de junio de 1965, casación de Néstor Trujillo Correa contra Cooperativa de Telecom).

"Y si acaso el Tribunal, aunque no lo dice, consideró como el juez a-quo que la sucesión debe perder esos $ 54.901.65 porque fueron pagos anticipados de cesantía prohibidos por la Ley, entonces violó por aplicación indebida el art. 254 del CST, que prohibe tales anticipos. Y la violó por vía directa, y no por errores de hecho, porque admite como demostrado que no fue don Nicolás Rivera ni fue la sucesión quienes le hicieron dichos pagos a Estrada, sino que éste mismo, en uso de sus facultades como Administrador de los negocios de Rivera y como director de su contabilidad, ordenó los asientos contables y refrendó los comprobantes de contabilidad para rebajar su deuda en esas cantidades, limitándose a pagarle al Sr. Rivera, después de cumplidos los hechos, las copias de los balances en que ellos constaban. Pues el art. 254 citado castiga al patrono que efectúa el pago parcial de cesantía sin los requisitos legales; pero no premia al empleado que toma los dineros y luego los imputa él mismo como abono por cesantía".

Se estudia el cargo:

Como se ve en la sustentación del ataque transcrita íntegramente, el casacionista considera que en la liquidación del auxilio de cesantía se dio una indebida aplicación al artículo 253 del C. S. del T. por parte del Tribunal, pues en el período comprendido entre 1957 y 1961 empleó un procedimiento distinto al que se desprende de la aplicación correcta del precepto, y porque entre 1951 y 1957 aplicó un promedio de salario, el semestral de algunos años, para tal liquidación, cuando la norma dispone la consideración de promedios anuales, por tratarse de remuneración variable, con el correspondiente juego de aumentos y disminuciones para su operancia conforme a lo dispuesto en la norma citada. Además, censura la no compensación de la totalidad de las sumas recibidas por el actor en el juicio por concepto de auxilio de cesantía. Expresa, de otro lado, su conformidad con la liquidación de tal auxilio por el servicio anterior a 1951.

En cuanto toca con la objeción general al procedimiento de la liquidación, está en lo cierto el casacionista, pues se desprende del texto del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, al partirse del último salario mensual devengado para las operaciones correspondientes, todo indica que éstas deben seguirse realizando de manera retrospectiva para los efectos de que los aumentos sólo tengan la aplicación trienal dispuesta por la norma. Pero como se trata de un ataque por vía directa, es necesario examinar, sobre los supuestos de hecho en que el impugnador el ad-quem estén de acuerdo, cuál fue la modalidad aplicada por el sentenciador en la liquidación del auxilio en los lapsos a que se refiere la objeción detallada.

Primeramente, en lo que toca con el lapso de 1960 y 1961, se ve que, conforme a las consideraciones del Tribunal, aunque acepta que el promedio mensual del último año servido —1961—, fue de un mil ciento treinta y cinco pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 1.135.48), aplica para liquidar el auxilio de esos dos años, el promedio de lo percibido en 1960, por ser mayor, pues ascendió a seis mil cuatrocientos veinte pesos con noventa y siete centavos ($ 6.420.97). (fls. 30 y vto. del C. Nº 2). La forma correcta es la planteada por el recurrente, teniendo en cuenta, de otra parte, que en 1959 el promedio de la retribución fue superior a la de 1960. Es a saber; que debe en primer término, liquidarse el auxilio por

1961, que asciende al valor de un mes del salario promedio percibido en ese período, o sean $ 1.135.48, y luego por 1960 con el respectivo salario mensual promedio, lo que da un monto de $ 6.420.97. En tales condiciones, la prestación por estos dos años asciende a la suma de $ 7.556.45 y no a la de $ 12.841.94 fijada por el ad-quem. (fl. 30 vto. del C. Nº 2), de manera que en este lapso se liquidó un auxilio con exceso de $ 5.285.49.

Respecto del período entre el 1º de julio de 1957 y el 31 de diciembre de 1959, puede hallarse fácilmente que no hay discrepancia entre la liquidación efectuada por el acusador y la hecha por el Tribunal, pues no sólo se adopta el mismo procedimiento retrospectivo sino que se toma igual base salarial, sensiblemente con el mismo resultado de $ 16.542.68, pues sólo hay una diferencia por aproximación de fracciones de centavo. (Sentencia fls. 29 y vto. del C. Nº 2). Y en relación con el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1951 y el 30 de junio de 1957, fecha de la congelación dispuesta por el Decreto Legislativo 118 de 1957, se tiene que si bien es acertada en abstracto la aplicación de la norma que indica el recurrente, se tiene que al efectuar la liquidación en concreto se llega al examen de una situación de hecho, pues ha de recurrirse a los medios probatorios para establecer si los promedios que señala el recurrente, por períodos anuales, son exactos, y deben sustituir a los semestrales empleados por el Sentenciador. En efecto; el Tribunal realiza la liquidación del auxilio de cesantía por el período dicho tomando como base los promedios salariales del primer semestre de 1957, y del segundo de 1954. Pero las remuneraciones aceptadas por el Tribunal no dan base para establecer, sin recurrir a las pruebas, el promedio anual del segundo semestre de 1956 con el primer de 1957, ya que en cuanto a aquel año se conoce el promedio total y no sabe si en el segundo semestre la retribución disminuyó o aumentó en relación con el primero y en qué cantidad. Y menos para saber si hubo o no aumento en relación con el año compuesto por la segunda mitad de 1955 y la primera de 1956. Cosa similar ocurre por el lapso 1953, segundo semestre, y 1954, primer semestre. En tales condiciones, el ataque no cabe, en esta parte, por vía directa y es por ello ineficaz el formulado. No hay entonces lugar a la rectificación pretendida por el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1951 y el 30 de junio de 1957.

En lo que se refiere a la compensación, se tiene que el Tribunal incluyó la mayor parte de las sumas imputadas a auxilio de cesantía antes del retiro del ex-trabajador Estrada en la obligación final a su cargo en virtud del paso del saldo de la cuenta "cesantías consolidadas" a la cuenta corriente de Estrada que figuró con la denominación de "cuentas y pagarés de funcionarios", lo que hizo de acuerdo con el dictamen pericial que cita en lo pertinente (fl. 27 vto. del C. Nº 2), y hay deducida una suma del total liquidado, la que corresponde a la liquidación por auxilio que aparece en 1961. Esto significa que si en relación con otras cantidades correspondientes al mismo concepto el Sentenciador no realizó la compensación como obligaciones a cargo del actor en el juicio, lo hizo por razones de hecho, no jurídicas, pues aceptó la pertinencia de tal compensación. Por ello no es posible efectuar una revisión de las sumas que según las pruebas han debido incluirse para el efecto dicho, ya que se trata de un cargo por vía directa.

Por lo expuesto, el ataque prospera en cuanto a la censura a la liquidación del auxilio de cesantía por los años de 1960 y 1961, en la forma como quedó expuesto al principio de este examen de la impugnación, y la sentencia será casada en lo referente a tal punto, para, en decisión de instancia, efectuar la deducción del exceso de cinco mil doscientos ochenta y cinco pesos con cuarenta y nueve centavos ($ 5.285.49) del total de la liquidación realizada por el ad-quem y reducir consecuencialmente la compensación con las obligaciones a cargo del actor Estrada. No será, con tal objeto, necesarias otras consideraciones.

Segundo cargo.

Censura el fallo del Tribunal porque viola por vía directa y por falta de aplicación, los arts. 58-3 y 4; 60-1 y 8 del CST.

En la sustentación del cargo el recurrente observa que aunque el Tribunal "admite que Estrada tomó para sí $ 49.950.00 de unas cédulas o títulos de la "Agencia Ford", que él administraba sin probarse la autorización de Nicolás Rivera ni la existencia del contrato de mutuo dedujo tal valor de la condena a cargo del nombrado ex-trabajador, "lo que es sencillamente una infracción directa de las normas citadas, que obligan al trabajador a restituir al patrono la totalidad de los bienes que éste le haya entregado o le haya permitido utilizar".

Se Estudia:

Al examinar el punto relativo a las obligaciones a cargo del actor Estrada dijo el ad-quem, luego de concluir que las demás tenían una directa vinculación con la relación de trabajo entre el actor y Nicolás Rivera: "No ocurre lo mismo con la cantidad de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 49.950.00) M/cte., valor de las cédulas de la Cía, de Seguros Bolívar que Estrada recibió, según él, con la autorización de Nicolás Rivera, porque éste en el mejor de los casos sí sería un préstamo, y dicho sea de paso tal préstamo y autorización aparece dudoso, si se tiene en cuenta las diversas sumas que Rivera poseía en sus cuentas corrientes en los diferentes Bancos de la ciudad y Bogotá" (fl. 28 del C. Nº 2). Y más adelante, en las consideraciones finales agrega sobre el mismo punto: "...no resulta ocioso hacer notar, que la demanda de reconvención tiene relación con la demanda principal, pues los retiros que hizo Estrada a cuenta de participaciones y comisiones prevalido de la confianza y de la autonomía que disfrutaba en la Empresa y solamente la suma de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 49.950.00) M/Cte., fue a título de préstamo que le hiciera Rivera según el demandante". (fl. 32 del C. Nº 2).

De esta transcripción se deduce que, aunque con reservas, el Fallador aceptó la existencia del mutuo entre Rivera y Estrada en relación con la suma a que se refiere el ataque, y por ello no es pertinente la modalidad adoptada por el casacionista para atribuirla al Tribunal y deducir de allí el quebranto de las normas que cita. De otra parte, lo relativo a la exclusión de tal suma de la obligación total a cargo del actor pudo no tener justificación dentro del criterio adoptado por la jurisprudencia, pero sobre el particular no se formuló ningún ataque adecuado.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En acuerdo con las precedentes 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 Parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Laboral, el catorce de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio ordinario de Hernando Estrada Guerra contra la Sucesión de Nicolás Rivera M., en lo relativo a la cuantía de la condena por auxilio de cesantía y a la compensación correspondiente con las obligaciones a cargo de Estrada, y, obrando como Tribunal de instancia, Resuelve: Primero. Refórmase la sentencia proferida por el Juez del Trabajo de Ibagué, el doce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro en el juicio referido, en el sentido de fijar en setenta y dos mil setecientos cuarenta y ocho pesos con un centavo ($ 72.748.01) el valor del auxilio de cesantía a favor de Hernando Estrada Guerra y a cargo de la sucesión de Nicolás Rivera M., representada como aparece en el juicio. Segundo. El valor del auxilio de cesantía a que se refiere el ordinal anterior se compensará hasta su concurrencia con el de la obligación declarada a cargo de Hernando Estrada G. y a favor de la sucesión de Nicolás Rivera M.

No se casa en lo demás la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Crótatas Londoño, Ramiro Araujo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOCIO EMPLEADO DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

No puede rechazarse de plano la posibilidad de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada pueda ser su empleado, esto es, que a más de sus obligaciones inherentes a la calidad de socios, se encuentre subordinado a la entidad misma a través de servicios personales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veintinueve de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F.).

(Acta Nº 31).

El señor **Alfredo Naffah Baruque**, mayor y vecino de Bogotá, por conducto de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral a la "**Sociedad Agencia Coordinadora de Seguros, Limitada**", con domicilio en la misma ciudad y representada por su Gerente, para que sea condenada a pagarle el valor de los sueldos adeudados, cesantía e indemnización por falta de pago.

Los fundamentos de hecho expresan que "trabajó al servicio de la entidad demanda desde el 1º de junio de 1961 hasta el 10 de septiembre del mismo año"; que desempeñó el cargo de Gerente de la sociedad, consalario básico de $ 3.000.00 mensuales; que su retiro fue voluntario, sin que se le hubieran cancelado sueldos y prestaciones sociales.

En derecho invocó los arts. 134 y ss., 249 y ss., 65 del C. S. T., y el Decreto 243 de 1951 para costas.

El apoderado de la empresa negó los hechos relatados por la parte actora, menos la "voluntariedad de la renuncia", que aceptó; se opuso a las peticiones y excepcionó perentoriamente, por "incumplimiento del demandante en las obligaciones relacionadas con el cargo invocado" e "inexistencia del contrato de trabajo".

Agotado el procedimiento de primera instancia, el Juez de la causa, que lo fue el Segundo Laboral de Bogotá, dictó sentencia el 28 de agosto de 1964, por la cual absolvió a la sociedad denominada "Agencia Coordinadora de Seguros, Limitada", con costas a cargo del demandante.

Apeló el apoderado del actor y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** pronunció sentencia el 9 de octubre de 1964, confirmatoria del fallo del Juzgado del conocimiento.

Recurso de Casación.

Contra la decisión del Tribunal Superior de Bogotá interpuso recurso de casación la parte actora, le fue concedido y admitido por esta Sala, habiéndose presentado dentro de término la correspondiente demanda y el escrito de réplica.

Alcance de la Impugnación

Dice el recurrente:

"Solicito que se case totalmente la sentencia recurrida, para que se de aplicación a los artículos 127, 249 y 65 del C. S. del T., condenando a la Agencia Coordinadora de Seguros, Sociedad Limitada, al pago de los sueldos en cantidad de **Siete mil pesos** ($ 7.000.00) a Alfredo Naffah Baruque, que es lo que a la postre confiesa deberle por tal

concepto; al pago de la suma de Ochocientos setenta y cinco pesos ($ 875.00) valor del auxilio de cesantía por el tiempo trabajado a que tiene derecho el demandante y al pago de la cantidad de Cien pesos diarios ($ 100.00) valor de la indemnización por falta de pago desde el 11 de septiembre de 1961 hasta cuando se satisfaga la obligación de pagar las sumas anteriormente relacionadas, y a las costas".

La Acusación.

Cuatro (4) cargos se formulan a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá: el primero y el cuarto, por vía indirecta, a través de errores de hecho, con indicación de los arts. 23, 24, 25, 127, 65 y 249 del C. S. T. como disposiciones sustantivas violadas; el segundo y tercero, por infración directa de las mismas normas, originadas en inaplicación e interpretación errónea de éstas.

En el escrito de oposición se impetra el rechazo de los cargos, por su formulación antitécnica.

La Sala los considera en seguida, separadamente, tal como los plantea el impugnador.

Primer cargo.

Su presentación es del tenor siguiente:

"Con fundamento en la primera causal de casación de que trata el artículo 87 del Decreto 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios de trabajo, acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria, indirectamente, a través de errores de hecho, por falta de apreciación de unas pruebas y por indebida interpretación de otras, del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 24 ibídem, normas que no aplicó al caso de autos, siendo el caso de hacerlo".

Reseña algunas pruebas dejadas de apreciar, como las "posiciones absueltas dentro del juicio por la representante de la demandada" y el testimonio de Ramón Franky, las cuales —según el recurrente— demuestran la vinculación laboral del actor, su continuidad y subordinación indica otros medios indebidamente apreciados, entre los que figuran la inspección ocular, las nóminas presentadas en la misma diligencia, unas cartas del actual Gerente, el certificado de la Cámara de Comercio, actas de la Junta de Socios, copias de escrituras públicas sobre constitución y reforma de la sociedad y estatutos de ésta.

Concluye el censor afirmando que "por los errores de hecho anotados ... la sentencia de 2º grado viola el artículo 23 y también el artículo 24 del C. S. del T. al no declarar la existencia del contrato de trabajo y consecuencialmente viola los artículos 127, 65 y 249 del mismo Código, puesto que no condenó a la demandada al pago de sueldos, cesantía e indemnización por falta de pago en favor del demandante, y en cambio absolvió a la demandada".

Se examina el cargo:

Propuesta la acusación por vía indirecta, a través de errores de hecho, atribuídos al sentenciador, debidos a falta de apreciación de unas pruebas y equivocada estimación de otras, lo que —en concepto del recurrente— motivó la violación del artículo 23, en concordancia con el 24 del C. S. T., y dado que la cuestión central controvertida se localiza en la naturaleza del vínculo interpartes, esto es, la existencia o inexistencia del contrato laboral, hay que acudir al examen de los medios probatorios implicados en la litis, señalados por el censor y visibles en el proceso, a fin de precisar si coexisten o nó los elementos tipificantes de la discutida relación jurídica.

Los fallos de instancia dilucidan en su motivación y fondo casi un problema de puro derecho, con prescindencia de la mayoría de pruebas incorporadas al juicio, para concluir, tan sólo con fundamento en el convenio social celebrado entre los litigantes, que éstos no estuvieron unidos por contrato de trabajo, sino que todo fue apenas desarrollo y consecuencia de la sociedad que ellos mismos constituyeron.

En efecto, los pasajes principales de la sentencia impugnada son del tenor siguiente:

"Las cuestiones de hechos planteadas en el libelo de demanda, esto es que el actor Alfredo Naffah Baruque ejerció el cargo de Gerente de la Sociedad "Agencia Coordinadora de Seguros Ltda", el período durante el cual se extendió su actividad, 1º de junio a 10 de septiembre de 1961 y la remuneración de sus servicios, a razón de $ 3.000.00 mensuales, no son de difícil deducción en el proceso, y sobre las mismas no ha habido el mayor debate. Este se concentra de modo primordial sobre la naturaleza del vínculo entre las partes. Se trata de determinar si las actividades de Naffah Baruque pueden estimarse como configurativas de un contrato de trabajo o nó".

"Condición primera e indispensable, pues, para considerar la posibilidad de un vínculo laboral, es que la actividad prestada por el socio no se haga en desarrollo de las facultades de administración que le corresponden por razón del contrato social. En el caso de autos aparece como una de las cláusulas del convenio social (fl. 17 v., 8 v.) que la Gerencia debía ser desempeñada por el socio Alfredo Naffah Baruque, y que él formaba parte integrante de la Junta de Socios, entidad a la cual correspondía de modo principal la administración de la sociedad".

"Así, entonces, las funciones desempeñadas por el demandante dentro de la sociedad demandada se realizaron con base en el mismo contrato social, en desarrollo de tal pacto. Huelga, en consecuencia, cualquier otra consideración para concluír que Naffah Baruque no estuvo ligado a la sociedad demandada por un contrato de trabajo".

Aunque el plateamiento del casacionista aparece deficiente, en lo que concierne a la fijación concreta de los errores de hecho, resultantes de omisión o actividad probatoria equivocada, y a la incidencia en la parte resolutiva de la providencia recurrida, ni determina claramente el concepto de la infracción legal, la Sala entiende que se trata de inaplicación del artículo 23 del C. S. del T., precepto invocado y que contempla los elementos estructurales del contrato laboral, en estos términos:

"**Art. 23. —Elementos Esenciales.**— 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran esto tres elementos esenciales:

"a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.

"b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualuier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y

"c) Un salario como retribución del servicio.

"2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

La presunción del artículo 24 del C. S. T. no gobierna de inmediato el caso litigioso, porque en principio quedaría desvirtuada con la aducción por la parte demandada de la escritura social, conforme a la cual se alega que los servicios del demandante fueron prestados en razón del contrato de sociedad y así se pretende descartar la vinculación propiamente laboral, lo que traslada la carga de la prueba al actor, a fin de que acredite todos y cada uno de los elementos configurativos del contrato de trabajo.

Sobre el particular, la Jurisprudencia de Casación Laboral ha dado la siguiente orientación:

"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos a causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto,

indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es "la relación de trabajo personal" de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado. Sólo cuando estos elementos que son los constitutivos de la relación de trabajo hayan recibido prueba suficiente, se podrá afirmar que quien los demostró había celebrado un contrato de trabajo y tiene, por tanto, derecho en principio de las prestaciones e indemnizaciones que le son inherentes". (Cas. 31 de mayo de 1955, Rev. D. del T. Nº 127. pág. 90).

"La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo es una presunción legal, y, por lo tanto, admite prueba en contrario. Demostrada la prestación de servicios personales, se presume la existencia de un contrato de trabajo. Pero si el demandado demuestra con pruebas aportadas por él, o con las mismas pruebas del demandante, que esa prestación de servicio tenía origen en una relación contractual diferente, no opera la presunción legal y corresponde al trabajador o presunto trabajador demostrar la existencia de los otros dos elementos que constituyen el contrato de trabajo, o sea continuada subordinación respecto del patrono y salario como retribución del servicio". (Cas. Lab. Abril 9 de 1965. Rev. D. del T. Nº 244-46 pág. 172).

"La presunción legal a que se refiere el Art. 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligada a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas. (Cas. abril 9 de 1965, Rev. D. Del T. Nº 244-46. pág. 163)".

Volviendo al mencionado y transcrito artículo 23 y en procura de un somero análisis de los elementos esenciales del contrato de trabajo, conviene precisar que el primero que trae la disposición citada, o sea, la actividad personal realizada por el mismo trabajador, pero por cuenta ajena, ha de entenderse en el orden productivo, económico o profesional, a fin de excluír otra clase de servicios, que no constituyen fuente de obligaciones laborales.

Por el segundo elemento, el operario se coloca en relación de dependencia jurídica personal o jerárquica respecto del patrono, lo que se denomina "continuada subordinación" y consiste en el poder de éste para dirigir y fiscalizar el trabajo e impartir órdenes a aquél, quien debe permanecer dispuesto a obedecer y cumplir, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad del servicio, no solo en forma de simple posibilidad teórica o abstracta, sino real, objetiva o traducida a una exteriorización directa y concreta. Este factor es el más característico, diferencial o distintivo del contrato laboral y permite distinguirlo de otras figuras contractuales del derecho común.

El tercer elemento es el salario como retribución del servicio prestado.

Teniendo en cuenta la reunión de los tres componentes brevemente descritos, es posible ver en el contrato de trabajo una especie de los convenios sinalegmáticos, en que se establecen obligaciones recíprocas de naturaleza jurídica personal y patrimonial, participa de muchas características de los contratos en general, aunque su configuración es sui-genieris, típica u original, hasta el punto de que acusa rasgos de contrato-realidad, más que de consensual, según la terminología empleada por el profesor y tratadista Mario de la Cueva.

Así, por ejemplo, la prestación de servicios y la remuneración se presenta también en el contrato de obra, en el mandato, y aún en esta última relación puede decirse que una parte depende jurídicamente de otra, ya que el mandatario debe atenerse a las instrucciones, autorizaciones y prohi-

biciones que reciba del mandante, en todo lo que a la ejecución del contrato se refiere y el cumplimiento de la gestión o encargo admite que legalmente sea de manera gratuita u onerosa.

La realidad actual del derecho positivo, la corriente doctrinaria y jurisprudencial de Colombia alrededor del evento socio - gerente o socio empleado, más específicamente en lo que respecta a la sociedad de responsabilidad limitada, se resume así:

En la asociación de tipo capitalista como la anónima o en la de personas, cuando el socio-gerente posee un interés social minoritario y, por consiguiente, permanece subordinado a la mayoría, la cual actúa y ejerce autoridad superior, a través de la junta de socios, asamblea general o directiva, resulta de fácil reconocimiento la existencia del contrato de trabajo.

También en la sociedad de responsabilidad limitada, el socio industrial asume el carácter de verdadero trabajador asalariado y su relación queda regulada por las normas del contrato laboral, "con todas las consecuencias jurídicas que de ese hecho se derivan para las partes" (Cas., abril 9 de 1965, Rev. D. del T., Nº 244/46, pág. 174).

"En las sociedades de responsabilidad limitada la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios, quienes pueden desempeñarla por sí mismos o por sus delegados, sean socios o extraños", preceptúa el art. 1º de la Ley 124 de 1937. Siendo para los socios la facultad de administrar un derecho del contrato social por ministerio de la ley, su ejercicio no puede considerarse originando un vínculo extraño a la propia relación social... la modalidad de que sean los propios socios los que administren la sociedad, no les quita a éstos el carácter de empresarios y por el contrario, es una manifestación más evidente de la "afectio-societatis" que los lleva a comprometer sus personales servicios para el mejor éxito de su propio negocio social. Lo anterior desplaza el elemento subordinación, que es característico del contrato laboral y que implica la existencia de dos voluntades diferentes en la realización del acto contractual, pues fueron los socios por su propia voluntad manifestada en el momento de la constitución de la sociedad, quienes se asignaron a sí mismo los cargos y determinaron sus propias funciones y sueldos... de lo contrario se llegaría al absurdo de que los socios, como trabajadores, pactaron un contrato de trabajo con ellos mismos, confundiéndose en una misma persona los sujetos de la relación laboral". (Sents. del T. S., Sept. 25/54 y marzo 23/55. Rev. D. T., Nº 124, pág. 186).

En sentencias posteriores, la casación laboral se ha pronunciado sobre el tema planteado, en estos términos:

"...en tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada no parece jurídicamente que coexistan las calidades de socio y de empleado en la misma persona. La **afectio-societatis**, fundamental para la existencia de la sociedad, y la subordinación, esencial para el contrato de trabajo, son antitéticas porque parten de supuestos contrarios y van hacia fines distintos. La primera es el resultado del convenio de varias personas que resuelven poner capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas resultantes de la especulación. La segunda supone un contrato por el cual la persona se pone al servicio y bajo las órdenes de otra mediante una remuneración. Aquella supone igualdad jurídica y jerárquica entre los contratantes. Esta parte de la base de la desigualdad nacida no solo de la distinta posición económica de los contratantes sino del derecho de propiedad que sobre la empresa tiene el patrono y que determina la jerarquización administrativa y la correspondiente facultad de mando. En la sociedad, el que aporta trabajo o industria, se despoja de él para entregarlo a una empresa de beneficio común y su labor estará siempre enderezada a velar porque la marcha de los negocios responda en beneficios proporcionales a su aporte. En el contrato de trabajo, el que lo presta está primordialmente interesado en la defensa de su

salario a través del cumplimiento de sus obligaciones, pero es ajena al resultado de los negocios de la empresa".

"No puede, sin embargo de todo lo anterior, rechazarse de plano la posibilidad de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada pueda ser su empleado, esto es, que a más de sus obligaciones inherentes a la calidad de socio, se encuentre subordinado a la entidad misma a través de servicios personales. Ello puede ocurrir, por ejemplo, y en el caso del socio industrial, cuando, con prescindencia de los servicios que precisamente se obligó a prestarle a la firma a título de aporte o industria, se conviene con él el suministro de otros de diferente índole, mediante remuneración especial, y quedando subordinado a las órdenes e instrucciones de los órganos de mando de la firma. En tal caso, pueden distinguirse claramente las dos calidades con las facultades y obligaciones que caracterizan a cada una, y aplicarles, respectivamente, las disposiciones legales que le son pertinentes". (Sentencia del 25 de febrero de 1955, Guillermo Echavarría Arango contra Compañía de Calzado, Limitada).

"Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada se puede deducir lo siguiente: 1º) si el socio presta su actividad en beneficio de ésta, en desarrollo de las facultades de administración que le competen de acuerdo con el convenio social, tal actividad no se rige por las normas del contrato de trabajo, y 2º) si el servicio que presta un socio es ajeno a las facultades administrativas y de representación, entre él y el ente social puede existir contrato de trabajo, si, por otra parte, hay subordinación del socio respecto de la sociedad". (Set. 16 marzo de 1962, "G. J.", XCVIII, 602 y 603)".

La Ley 124 de 1937, orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada, parece que pretendió darle a este ente social un doble carácter: intuitu personae e intuitu pecuniae, a juzgar por la lectura de los artículos 1º, que establece una responsabilidad circunscrita a los aportes, lo mismo que concede la administración a todos y a cada uno de los socios; 2º y 11, que remiten a las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio, en cuanto a los requisitos de constitución, escritura pública y a lo imprevisto por el estatuto legal. De allí que en un principio se hubiera asignado al nuevo tipo de asociación una naturaleza intermedia o mixta: de capital y de personas. En las capitalistas, de las cuales es prototipo la anónima, desaparecen jurídicamente los asociados ante terceros, ya que es la persona jurídica la única responsable de las obligaciones contraídas, en tanto que en las segundas, como la colectiva, no solo responde la entidad con el fondo social, sino que también se obligan solidariamente los socios y comprometen su patrimonio individual, en forma de garantía o prenda común de los acreedores de la sociedad.

Estudios y comentarios más recientes y científicos propenden por la asimilación de la sociedad de responsabilidad limitada a la anónima, en virtud de las siguientes razones y características, más o menos comunes: a) limitación de la responsabilidad de los socios a sus respectivos aportes, salvo pacto de responsabilidad adicional y opcional; b) formación previa de un capital social, íntegramente pagado al otorgarse la escritura de sociedad; c) división de capital social en cuotas o derechos que, sin representar títulos negociables, cumplen funciones semejantes a las que tienen las acciones en la sociedad anónima; d) la continuación de la persona jurídica con los herederos de los socios fallecidos, lo que no ocurre con la asociación intuitu personae como la colectiva; e) la gestión de los negocios por medio de gerentes, según costumbre comercial generalizada.

Puesto que la legislación comercial, al tratar de las sociedades colectivas (arts. 467, 493 y 508 del C. de Co.), menciona las dos clases de socios, capitalista e industrial, y permite que el aporte sea en trabajo, industria, invención, etc., se ha admitido en la práctica de las de responsabilidad limitada la segunda categoría de aportantes, con la expresa salvedad de que su ingreso "no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales" (art. 6º Ley 124 de 1937).

El socio industrial contrae así, no una obligación de dar, sino de hacer, que se cumple en forma sucesiva, en la misma medida en que se va prestando a la sociedad el servicio pactado como aporte, cuestión que facilita la calificación y tutela de esa actividad personal bajo las normas del contrato de trabajo, concurrente con el convenio social, con todas las prerrogativas de que goza el trabajador, como la de ser privilegiado el crédito correspondiente a la participación en las utilidades y, por disposición especial de la ley, el asociado mediante simple industria, no soporta las pérdidas, a menos que se hubiera acordado lo contrario.

En cambio, no puede ser igual la situación del socio capitalista, que concurre, en proporción a las cuotas aportadas, tanto en las ganancias como en los insucesos de la sociedad y, en todo caso, en cualquier género de asociación, solo el estudio de los hechos y las pruebas, de las circunstancias reales de la prestación del servicio, su compensación y actividad subordinada o independiente, frente al poder de mando de los organismos directivos de la entidad, señalará la presencia o ausencia de un contrato laboral, sin perder de vista, desde luego, el principio que consagra al art. 2079 del C. C., en el sentido de que la sociedad constituye una persona distinta de los socios individualmente considerados.

La legislación tributaria, de modo particular a partir de la expedición de la Ley 81 de 1960 y del Decreto 437 de 1961, con miras a hacer deducibles de la renta los pagos de salarios y prestaciones sociales, también aportó algunas reglas en relación con el socio-gerente, socio-administrador o empleado, entre otras, la formalidad del contrato escrito, de fecha cierta o auténtica, distinto del social; la asignación retributiva para lo futuro, obligatoria y proporcional al servicio personal prestado, sin consideración a las utilidades a repartir; la continuada subordinación o dependencia de un organismo de la sociedad creado en los estatutos, con facultades para dar órdenes, vigilar el cumplimiento de sus determinaciones y exigir responsabilidades al subalterno; la delegación administrativa, etc., todo ello —se repite— sólo para efectos fiscales, porque su extensión al ámbito estrictamente laboral se pondría en pugna con los artículos 37 y 54 del C. S. del T., que establecen que la vinculación de trabajo puede producirse en forma verbal o literal y cabe acreditar su existencia y condiciones por los medios probatorios ordinarios.

Ahora bien: al relacionar o aplicar las disposiciones legales, conceptos doctrinales y jurisprudenciales anteriores al tema propuesto en la acusación, de conformidad con las pruebas que cita el casacionista, se tiene:

La escritura pública Nº 2766 de 20 de junio de 1961, otorgada en la Notaría 2ª de este circuito de Bogotá, D. E., constitutiva de la sociedad "Agencia Coordinadora de Seguros Ltda.", lo mismo que el extracto de la Cámara de Comercio, establecen los siguientes hechos y circunstancias: formación de una sociedad civil de responsabilidad limitada, sin ánimo de lucro y beneficio comercial, ya que tiene un fin altruista, en la que interviene como socio el señor Alfredo Naffah Baruque; el objeto principal es la "promoción y coordinación de toda clase de seguros", tanto de los colegios y alumnos, como del fomento de la Asociación de Padres de Familia, el estímulo y ayuda de los establecimientos de enseñanza, especialmente la organización denominada "Confederación Nacional de Colegios Católicos". En el capítulo dedicado a la **administración y representación legal**, se estipuló: "La administración general de la sociedad estará a cargo de la Junta de Socios, que integran la totalidad de los comparecientes, quienes por mayoría de votos designarán a los funcionarios ejecutivos de la sociedad que lo serán el gerente, el secretario y el tesorero, pudiendo, además crear cargos, nombrar empleados y asignar sueldos cuando, a su juicio sean necesarias para el eficaz funcionamiento de la sociedad". Otras cláusulas de dicho instrumento expresan: "Quinta. - El presupuesto de gastos generales deberá ser aprobado por la Junta de Socios la que podrá dar autorización al Gerente para efectuar gastos. Sexta. - Corresponde a la Junta de Socios, por mayoría de votos, designar al Gerente...

Séptima. - Los comparecientes...proceden a nombrar por unanimidad y por medio del presente instrumento, Gerente al Socio Alfredo Naffah Baruque, "quien tendrá la representación legal de la sociedad, conforme a la cláusula novena. "Décima. - Todas las determinaciones de la junta de socios se tomarán por mayoría de votos... "Décima Tercera. - El capital de la Sociedad es de $ 7.500.00", aportados a razón de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) por cada uno de los socios, entre los que se cuenta como aportante en dinero efectivo al señor Alfredo Naffah Baruque. "Capítulo Sexto -VI- Pérdidas y Comisiones. - Décima. - Cuarta. - Las pérdidas se repartirán entre los socios a prorrata del capital que cada uno de ellos representare en la Sociedad. Décima-Quinta. - El valor de las comisiones y los ingresos que resultaren de la sociedad por concepto de la colocación de seguros y demás gestiones o contratos lícitos en que intervinieren, serán invertidas primordialmente en los gastos de administración, gastos generales, propaganda y publicidad, fomento de asociaciones de padres de familia, fomento educacional, ayuda a instituciones católicas de educación, y en caso de quedar saldo alguno en dinero se entregará directa y totalmente a la "Asociación Nacional de Padres de Familia" y a la "Confederación Nacional de Colegios Católicos", dejándose constancia en el acta de la sesión de la junta de socios que determine el auxilio monetario, la inversión o entrega de dineros. Décima. - Sexta. Ningún socio podrá retirar dineros para sus gastos particulares ni percibirá utilidades de ninguna naturaleza, dada la carencia de ánimo de lucro que informa el objeto de la sociedad y su fin benéfico y altruista". En cuanto a liquidación, se convino que "la totalidad de sus haberes y capital, que posea en bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, dinero efectivo, cuentas bancarias o en cualquiera otra forma, serán entregadas a título gratuito a la Asociación Nacional de Padres de Familia y a la Confederación de Colegios Católicos, cuyo auge, desarrollo y fines constituye el objeto de la Sociedad".

Del mencionado instrumento, principal y casi único soporte de la sentencia impugnada, se desprende solamente la calidad de socio capitalista del señor Naffah Baruque, en igualdad de aporte con los demás comparecientes; su nombramiento como Gerente y representante legal; la administración general de la sociedad corre a cargo de la Junta, integrada por todos los socios; allí no se asignó salario al demandante y, si bien la entidad carece de ánimo de lucro y se prescinde de la distribución de beneficios, concurren al reparto de pérdidas a prorrata del capital que cada uno de los asociados representare, condición de suma importancia, que no se cumple cuando se trata de un contrato de trabajo, pues en éste el empleado queda excento de asumir tal clase de riesgos.

Las actas y demás documentos incorporados al juicio, no mencionan el origen e imputabilidad de la remuneración de tres mil pesos ($ 3.000.00) a favor del Gerente señor Naffah Baruque, de acuerdo con los estatutos, ni suministran datos atinentes a la dependencia jurídica, y aunque en escritos de folios 3 a 8 y en la inspección ocular de folios 101 a 104 se anotan saldos favorables al actor, pago de algunos sueldos e impuestos, todo ello aparece en una especie de cuenta corriente, con la aclaración, en carta de abril 25 de 1962, de que la diferencia "iremos cancelando a medida que la Agencia vaya recibiendo sus comisiones" y de que en la declaración de renta de la sociedad por el año gravable de 1963, en el anexo Nº 1 del Balance General de 31 de diciembre del mismo año, en el aparte correspondiente a Acreedores Varios, figura el nombre del demandante con una partida de ($ 6.139.22).

El testigo Ramón Antonio Franky Rojas (fs. 80 y 81), en forma vaga y genérica, dice que "Alfredo Naffah Baruque estaba subordinado a una Junta Directiva de la cual debía acatar órdenes", pero no concreta en qué consistían éstas, ni la continuada subordinación por todo el tiempo de prestación de servicios.

El Certificado de la Cámara de Comercio (fl. 8) sólo contiene un extracto de las cláusulas del instrumento constitutivo de la sociedad, de suerte que lo que se predica en este último sirve también para aquél,

y las posiciones absueltas por las partes, a folios 72 a 77 y 91 a 96, lejos de creditar la pretendida e indispensable dependencia jurídica, únicamente explican el desarrollo y cumplimiento regulares de los estatutos de la sociedad; que la Junta de Socios funcionaba como organismo consultivo y complementario de la autoridad del Gerente, lo que es apenas natural y lógico para los efectos de aprobación de balances, presupuesto, gastos, contratos de cierta cuantía, etc.; y que esa misma junta era miembro de la Asociación Nacional de Padres de Familia, beneficiaria de la gestión comercial de la "Agencia Coordinadora de Seguros, Limitada".

El cuestionario absolutorio formulado a la firma demandada habla claramente del interés social del actor y de su cesión, siendo de mucha importancia las preguntas y respuestas a las posiciones 5ª, 8ª, 13 y 14, que son de este tenor. "5ª Bajo la misma gravedad del juramento prestado diga cómo es cierto que la sociedad representada por ella no ha pagado al demandante las sumas que reconoce deberle por sueldos en las referidas cartas. **Contestó:** "Sí es cierto que no le hemos pagado, pero nunca se le ha negado". Leída la aprobó". "8ª Diga cómo es cierto sí o nó que es la misma Junta Directiva o los socios mismos los que señalan el sueldo del Gerente y fijan sus funciones y dictan los estatutos por los cuales debe regirse la Coordinación? **Contestó:** "No es cierto y aclaro que la sociedad no tiene Junta Directiva. En cuanto al sueldo del Gerente es cierto, por informes del Sr. Naffah". Leída la aprobó". "13ª Diga cómo es cierto sí o nó teniendo en cuenta el juramento presentado que usted pertenece y perteneció a la Junta Económica Asesora de la Asociación Nacional de Padres de Familia y como tal sabía que el actor dependía de la Agencia Coordinadora de Seguros Ltda., y de sus directivas y no podía autodeterminarse ni en forma independiente dirigir la Agencia Coordinadora de Seguros; **Contestó:** No es cierto y aclaro; que la Agencia dependía de él, o sea el Sr. Naffah, como única persona conocedora del oficio de los Seguros". Leída la aprobó". "14ª Diga cómo es cierto que existe un acta de la Junta Económica y Asesora y los socios de la Coordinadora que en sesión plena señalaron el sueldo del Gerente señor Alfredo Naffah Baruque, suscrita dicha acta entre otros por el señor Joaquín Ramírez L., **Contestó:** "No es cierto y aclaro; si dicha Acta existe, existe en poder del Sr. Naffah". Leída la aprobó".

Del cuadro absuelto por el demandante, adquieren especial significación las siguientes: "Novena. Ud. sabe si durante su Gerencia la Confederación no dejó funcionar a la Agencia Coordinadora, y por ello no hubo rendimiento alguno y por ello usted no puede siquiera hacer algún cálculo o dar alguna cifra sobre ese rendimiento?" **Contestó:** "Si es cierto y aclaro: que no solamente la Confederación sino la Asociación Nacional de Padres de Familia tuvo mucha culpa en ese, ya que no apoyó desde un principio como se tenía pensado, la Agencia Coordinadora" Leída la aprobó." "Undécima. Como es cierto que Ud. por las circunstancias y dificultades de que tratan las preguntas anteriores, tuvo que retirarse de la Gerencia sin haber alcanzado a realizar los fines para los cuales se había creado la Agencia Coordinadora de Seguros, de que se viene hablando?". **Contestó:** "Sí es cierto". Leída la aprobó". "Decimacuarta. Tenía Ud., sí o nó, interés en la Sociedad o Agencia mencionada, y siguió con ese interés y los de la misma sociedad después de aceptar la Gerencia?" **Contestó:** "Sí es cierto". Leída la aprobó".

Aspirando el impugnador a una condena por salarios insolutos, tampoco se ajusta rigurosamente a la técnica de casación, la sola cita del artículo 127 del C. S. del T., pues tal norma servirá para el caso de que se discutiera la inclusión de factores que integran la total retribución de servicios, como serían los valores en dinero o especie que recibe el trabajador, entre los que se cuentan las primas, sobre-sueldos, bonificaciones habituales, labor suplementaria o de horas extras y en días de descanso obligatorio, porcentajes, sobre ventas, comisiones, participaciones de utilidades, etc. El ordenamiento sustantivo que obliga a pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos, es el numeral 4º del artículo 57 de la misma obra y, además, está el artículo 27, contentivo del

principio de que "todo trabajo dependiente debe ser remunerado".

En conclusión, la censura es infundada, el Tribunal apreció correctamente la prueba, el impugnador no logró desvirtuar el razonamiento y los resultados judiciales y, por otra parte, si el error para la casación por vía indirecta consiste en dar por demostrado un hecho no estando, o no darlo por probado, cuando sí lo está, y el recurrente ni siquiera lo precisa técnicamente, ni lo demuestra con el carácter de palmario y grave, como se requiere para desquiciar el fallo acusado, el fracaso del cargo o del recurso extraordinario es inevitable.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Lo presenta el censor de esta manera:

"Subsidiario del anterior. Con fundamento en la primera causal de casación de que trata el artículo 87 del Decreto 2158 de 1958 (C. P. del T.), acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria, en forma directa de los artículos 24 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 23 de la misma obra y consecuencialmente de las normas contenidas en los artículos 127, 249 y 65 del mismo Código:

"En este caso la infracción directa de la ley consiste en la no aplicación de los artículos referidos a la cuestión debatida en la litis".

Se considera:

Al explicar o pretender la demostración del cargo, el acusador parte de la base de que el fallo recurrido da por establecidos los elementos del contrato de trabajo, a pesar de lo cual —agrega— "no declaró su existencia", cuando lo evidente es que el sentenciador de segundo grado sostiene que la gerencia desempeñada por el socio Alfredo Nafah Baruque tuvo su origen en un convenio social y no en uno laboral, en virtud de que las actividades del gerente se cumplieron en desarrollo de las facultades de administración, señaladas al constituírse la sociedad.

Entonces, haciendo referencia la acusación no a cuestiones ciertas e indiscutibles, aceptadas por el fallador y el casacionista, sino a una situación de hecho y probatoria, en que precisamente los dos están en desacuerdo, como la concurrencia del contrato laboral con uno de mandato, a que alude el cargo, con cita del artículo 25 del C. S. T., el derrotero apropiado era el de la infracción indirecta y no la vía directa, porque ésta excluye toda consideración fáctica y de pruebas.

Claro que es factible la dualidad o la trilogía contractual: Sociedad y mandato, o también estas dos figuras, más la de contrato de trabajo, por el fenómeno de concurrencia que contempla el artículo 25 del ordenamiento jurídico sustantivo, pero improbada la última, mal puede dejar de aplicarse la disposición legal, en rebeldía del fallador contra ésta, ante una situación inexistente, al tenor de los hechos, de las pruebas y de las conclusiones judiciales, muy ajenas a las que supone el casacionista.

Por tanto, no se acepta el cargo.

Tercer cargo.

Se enuncia y desarrolla así:

"Subsidiario del anterior. Con fundamento en la primera causal de casación de que trata el artículo 87 del Decreto 2158 de 1958 (C. P. del T.), acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria, en forma directa del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea del mismo".

Se considera:

En busca de sustentación, vuelve a insistir en problemas de facto y de elementos instructorios para deducir que el actor fue subordinado y recibía órdenes, lo que hace que el planteamiento por vía directa resulte inapropiado, por interpretación errónea.

El cargo es también inadmisible.

Cuarto cargo.

Se propone del modo que sigue:

"Subsidiario o mejor alternativo del anterior. Causal Primera de Casación del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1948 y normas concordantes). Violación de la ley sustantiva por la sentencia de segundo grado, de los artículos 23 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Dicho quebrantamiento se produjo en forma indirecta por errores de hecho".

En su formulación y desarrollo, este último cargo reproduce el primero, inclusive menciona las mismas probanzas, de suerte que la crítica hecha al examinar aquél es extensiva a éste, no aparece esfuerzo alguno por demostrar los errores de hecho, con el carácter de protuberantes, y como las cuestiones propuestas ya fueron detenidamente estudiadas en su fondo, la estimación del material probatorio y la conclusión del fallador resultaron correctas y fundadas, el cargo es igualmente ineficaz.

Por lo expulesto, 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 9 de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

Cuando la ley, tomada en su más amplia acepción, con el objeto de atender a la satisfacción de determinadas necesidades colectivas, separa de la organización general administrativa ciertos servicios públicos, dotándolos de administración autónoma, patrimonio propio y personalidad moral, surge entonces a la vida jurídica un establecimiento público, que no por tener existencia independiente deja de ser organismo participante de la administración pública en su respectivo ámbito, pues como lo advierte la doctrina de la Corte, tales establecimientos públicos" son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado". Ley 151 de 1959.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veintinueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta Nº 32).

Se examina el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en el juicio ordinario laboral promovido por Luis González López contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla.

Antecedentes litigiosos.—Luis González López instauró la contienda con la pretensión de que se le reconociera derecho a la totalidad de la pensión de jubilación que venía devengando y le fuera decretada por Resolución de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de las Empresas Públicas Municipales, equivalente a la totalidad del sueldo que gozaba en el último año de servicios a la demandada, y no con el 75%, tal como arbitraria y unilateralmente lo dispusieron dichas Empresas desde el mes de agosto de 1967; de que, como consecuencia, se condenara a la entidad demandada a pagar al actor la difirencia entre el valor de la pensión con sueldo completo y el valor del 75% que se le venía pagando desde el mes de agosto de 1967, o sea la cantidad de $ 542.14 hasta el día en que se normalicen los pagos; y de que se condene a la misma demandada al pago de la indemnización moratoria (salarios caídos).

Alegaba el demandante, en síntesis, que por haber cumplido el tiempo de servicios y la edad requerida, obtuvo de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, por conducto de su Caja de Previsión Social, según Resolución número 17 del 26 de abril de 1966, el reconocimiento de una pensión mensual de jubilación en cuantía de $ 2.200.00 equivalente a la totalidad del último sueldo devengado; que este reconocimiento se le hizo en consideración a que la entidad demandada es una dependencia oficial del Municipio de Barranquilla y como tal le dio cumplimiento a los Acuerdos Municipales que establecen que el valor de la pensión de jubilación para los trabajadores municipales sería igual al total .del último sueldo devengado; que en las convenciones colectivas y en el fallo arbitral que regulan las relaciones entre las Empresas y sus subordinados se estableció la misma norma, que se vino cumpliendo hasta el mes de agosto de 1967, en que la demandada, por decisión unilateral, resolvió rebajar

la pensión al 75%, alegando haber cometido un error al computarla en el 100% en los meses anteriores; que en vista de lo anterior, el demandante, quien venía recibiendo la cantidad de $ 2.200.00 mensuales, comenzó a recibir desde el mes de agosto de 1967 solo la suma de $ 1.657.86, o sea con una diferencia mensual de $542.14; y que la vía gubernativa se encuentra agotada, pues desde el mes de marzo de 1968 presentó demanda a las Empresas para que se reconsiderara su decisión, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta a su petición, no obstante que ellas hacen parte de la administración pública municipal y están obligadas al cumplimiento de los Acuerdos del Concejo, como también a lo acordado en convenciones colectivas y laudos arbitrales y a la aplicación de las normas más favorables al trabajador.

La posición adoptada por la entidad demandada, al contestar el libelo, consistió en aceptar los hechos tal como los presenta el actor, pero advirtiendo que la disminución de la pensión se le hizo a González López por razón de habérsele liquidado anteriormente mediante una errónea interpretación del artículo 12 del Acuerdo número 10 de 1958, que a la letra dice: "Cuando se trata de pensiones de jubilación, si el tiempo trabajado hubiera sido exclusivamente al servicio del municipio, por más de veinte años continuos o discontinuos, el valor de la pensión será igual al último salario devengado. Esta disposición cobija a todos los ex-trabajadores municipales que reúnan las condiciones aquí establecidas con carácter retroactivo." Pero la correcta aplicación de esta norma hace necesario distinguir que las Empresas fueron hasta el 23 de mayo de 1960 una dependencia del Municipio de Barranquilla y que a partir de esa fecha son un establecimiento público descentralizado, por haber sido reestructuradas en tal forma por el Acuerdo número 24 de 1960, es decir, que desde tal día son una persona jurídica de derecho público distinta del Municipio de Barranquilla y no pueden confundirse con éste, por lo cual se impone distinguir dos casos distintos: a) El de los trabajadores cuyo derecho a pensión de jubilación se configuró antes del 23 de mayo de 1960, pues habiendo reunido las exigencias legales respecto a edad y tiempo de servicio antes de esa fecha, su derecho nació cuando tal disposición les era aplicable por ser las Empresas una dependencia del Municipio; y b) El de los trabajadores, como el demandante González López, cuyo derecho se constituyó con posterioridad al 20 de mayo de 1960, y por lo tanto su pensión no se les podía liquidar con base en lo estatuído por el artículo 12 del Acuerdo 10 de 1958, toda vez que a partir de aquella fecha las Empresas habían dejado de ser una dependencia municipal y se transformaron en un establecimiento público descentralizado, sobre cuyo patrimonio la corporación legislativa que las creó no podía hacer ordenaciones respecto a su inversión, como tampoco en materia de gastos, por cuanto los establecimientos públicos descentralizados tienen "autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio e independiente", de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 151 de 1959.

El Juzgado Primero Laboral Municipal de Barranquilla acogió en primera instancia los pedimentos del actor sobre reconocimiento de una pensión de jubilación mensual en cuantía de $ 2.210.87 y condenación a la demandada a pagar a González López la suma de $ 552.72 mensuales a partir del 1º de agosto de 1967 hasta cuando se haga el reajuste anterior; pero la absolvió del cargo referente a la indemnización moratoria y de las costas del juicio.

Recurrido en apelación el fallo por la parte vencida, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Baranquilla** lo confirmó en su integridad.

El Recurso de Casación.—La demanda que lo sustenta se endereza a la infirmación parcial de la sentencia impugnada "en cuanto al confirmar la de primer grado hizo suyas las condenas contenidas en los numerales 1º y 2º de su parte resolutiva, para que, en su lugar, como ad quem, revoque estos numerales y absuelva a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de las pretensiones que acogen".

Con este propósito formula un solo cargo en que acusa la providencia recurrida

de haber interpretado erróneamente los artículos 1º de la Ley 151 de 1959 y 1º, 2º y 7º del Acuerdo número 24 de 1960 del Concejo Municipal de Barranquilla, a consecuencia de lo cual el ad quem aplicó indebidamente los artículos 12 del Acuerdo 10 de 1958, 1º del Acuerdo número 31 de 1964 y 2º del Acuerdo número 009 de 1966, todos del mismo Concejo Municipal, y dejó de aplicar, siendo pertinentes, los artículos 17, ordinal b) de la Ley 6ª de 1945 y 4º de la Ley 4ª de 1966.

Alega el recurrente, en demostración del cargo, que del hecho indiscutido de que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son un establecimiento público, conforme a los artículos 1º y 2º del Acuerdo 24 de 1960, y de que, por tanto, según el artículo 1º de la Ley 159 de 1959, hacen parte de la administración pública municipal de dicha ciudad, el sentenciador sacó la conclusión equivocada de que los servidores de tales empresas son trabajadores municipales, es decir, del Municipio de Barranquilla, lo propio que lo eran cuando estas mismas aún constituían una simple dependencia de este municipio.

Este yerro interpretativo llevó al ad quem, a juicio del recurrente, a aplicar indebidamente las disposiciones de los Acuerdos Municipales expedidos por el Concejo de Barranquilla, que establecieron una pensión de jubilación equivalente al valor total del salario mensual promedio devengado en el último año de servicio, en favor de de los trabajadores que hubieren laborado veinte años continuos o discontinuos, "exclusivamente al servicio del Municipio", y a dejar de aplicar, siendo los pertinentes, los artículos 17, ordinal b), de la Ley 6ª de 1945 y 4º de la Ley 4ª de 1966, "pues se trataba —lo que es otro hecho indiscutido— de un trabajador, el demandante, que había laborado durante más de veinte años, pero parte de ellos al servicio del Municipio de Barranquilla y el resto al servicio de mi procurada, además de haber cumplido la edad reglamentaria."

El opositor replica, a su turno, expresando que "como no es dable pensar que la fundación de las Empresas Públicas Municipales tenía un objeto distinto de mejorar los servicios públicos que tales empresas administrarían, excluyendo la odiosa posibilidad de que se pretendiera con dicho Acuerdo también el abandono social de los empleados municipales, permitiéndose un desmejoramiento de las condiciones en que venían trabajando en favor de la entidad municipal, es natural admitir que la norma que se viene comentando, o sea el artículo 7º que el recurrente considera mal interpretado por el juzgador, busca precisamente la inalterabilidad de las condiciones jurídicas de todos los contratos, de modo que la fundación de las Empresas Públicas Municipales de ninguna manera pudiera traer el desorden y el caos." Y agrega luego que "si unilateralmente se enmendó esa liquidación, con el pretexto de ser equivocada, ordenándose tan solo el pago de un porcentaje del sueldo, por la misma parte demandada, ese acto fue arbitrario y lesionó —en tal oportunidad sí— un derecho adquirido del trabajador."

Se considera:

1.—Cuando la ley, tomada en su más amplia acepción, con el objeto de atender a la satisfacción de determinadas necesidades colectivas, separa de la organización general administrativa ciertos servicios públicos, dotándolos de administración autónoma, patrimonio propio y personalidad moral, surge entonces a la vida jurídica un establecimiento público, que no por tener existencia independiente deja de ser organismo participante de la administración pública en su respectivo ámbito, pues como lo advierte la doctrina de la Corte, tales establecimientos públicos "son desmenbraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado. "No de otra manera se concibe y entiende la ley 151 de 1959 cuando en su artículo 1º expresa, sin lugar a dudas, que "las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública". Y de ahí que siendo parte integrante de la administración, tengan todos los derechos y prerrogativas, como también todos los debe-

res y cargas, inherentes a aquella, y que, por ende los actos que nacen de sus funciones propias asumen el carácter jurídico de actos administrativos.

2. El Tribunal sentenciador no erró, pues, al pensar en su recurrido fallo que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, organismo descentralizado de creación originada en el Acuerdo número 24 de 1960 expedida por el Concejo de la misma ciudad, hacían parte de la administración municipal, ya que tal es el criterio adoptado por la Ley 151 de 1959 al definir los establecimientos públicos; ni erró tampoco al entender que los servidores de las empresas es bajo contrato laboral continuaban siendo "trabajadores municipales" lo mismo cuando laboraban antes de la constitución de las Empresas que después de ella, para aplicarles como tales, sin solución de continuidad alguna, el beneficio extralegal de una pensión equivalente al monto total del salario promedio devengado en el último año de servicio, tal como lo dispuso el artículo 12 del Acuerdo número 10 de 1958, disposición esta que no podía dejar de favorecer a los trabajadores municipales por el solo hecho y circunstancia del surgimiento posterior de las Empresas como organismo descentralizado de la administración local, y que el sentenciador, de consiguiente, también supo interpretar en su recto sentido.

3. Sobre estos supuestos de correcta interpretación y aplicación de normas legales —el Acuerdo 10 de 1958 y la Ley 151 de 1959— suficientes en sí mismas para servir de premisas de su decisión, el Tribunal bien podía deducir el derecho reclamado por el actor sobre reajuste de su pensión al monto total del último salario devengado. Si apeló entonces al artículo 7º del Acuerdo número 24 de 1960, norma que se denuncia también como erróneamente interpretada, lo hizo en busca de un argumento adicional, en sí mismo innecesario para la debida sustentación del fallo, ya que allí se dice que "las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla se harán cargo de todas las obligaciones que gravan al Municipio de Barranquilla por razón de los servicios públicos que ellas administran; por lo tanto se subrogarán al municipio en todos los derechos y lo sustituirán en todas las obligaciones contratadas por él en lo tocante a los servicios que las Empresas administran". Esta disposición viene consagrando de modo palmar, como lo entendió el Tribunal, la subrogación entre el municipio y sus Empresas de todos los derechos y obligaciones contratados y pendientes por razón de los servicios públicos encargados al nuevo establecimiento, de los cuales no podrían excluírse, como es obvio, los derechos y obligaciones nacidos de los contratos laborales, desde luego que el proceso mediante el cual se opera la descentralización, en el caso sub-lite, no modifica la naturaleza jurídica del vínculo que une a la administración con sus trabajadores. La estipulación que consigna el Acuerdo en este sentido no hizo entonces nada distinto de reconocer y aplicar el fenómeno de la sustitución patronal contemplado en los artículos 67 y 68 del CST, conforme al cual el solo cambio de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Por lo demás, las personas de derecho público, en cuanto les sean aplicables las normas laborales, no pueden eludir las referentes a la sustitución patronal, que han sido creadas en interés primordial de los trabajadores, a menos de dar un mal ejemplo de desprotección social; como tampoco pueden, en la prestación de los servicios públicos a su cargo, es decir, cuando ejercen sus funciones por medio de actos administrativos en virtud de los cuales crean situaciones jurídicas individuales que corresponden a la categoría de los llamados actos subjetivos, modificarlos unilateralmente para atacar en sustancia el contenido mismo del derecho ya reconocido.

En conclusión: no se demuestra que el ad quem haya incurrido en interpretación errónea de las normas examinadas, conforme a las cuales reconoció al demandante su derecho a una pensión de jubilación equivalente al total del sueldo promedio devengado en el último año de servicio; ni en aplicación indebida de las mismas o de otras distintas; ni en falta de aplicación consecuencial de las que consagran la pensión de jubilación equivalente a las tres cuartas partes del mismo sueldo.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

PRIMAS DE SERVICIO

Artículo 306 del C. S. del T. El despido justificado exonera al patrono de pagar la prima proporcional cuando se ha trabajado más de tres meses en el semestre en el que se produce la terminación del contrato, pero no lo exonera de la obligación de satisfacer las primas correspondientes al tiempo servido en los semestres completos, las cuales, por razón de dicho servicio, constituyen un derecho del trabajador que no se pierde por ningún motivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 31).

Carlos Mendoza B., mayor, vecino de Pamplona, demandó por medio de apoderado a la Compañía Aerovías Nacionales de Colombia, Sociedad Anónima, Avianca, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condene a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas durante su tiempo de servicios; prima de servicios; la indemnización prevista en el artículo 65 del C. S. del T.; la indemnización derivada del incumplimiento del término presuntivo del contrato de trabajo; la cantidad que se le resulte a deber por concepto de reajustes legales de salarios, y, además, "que se condene a la empresa demandada de conformidad con las normas vigentes sobre protección de los trabajadores despedidos luego de quince años de servicio, con expectativa de jubilación".

Relatan los hechos de la demanda que Carlos Mendoza fue contratado por el Gerente General de Avianca para prestar sus servicios como subagente de dicha empresa en Pamplona, desde el día 18 de octubre de 1945, consistiendo su labor en vender pasajes, y también como administrador del Correo Aéreo, cuyas funciones consistían en la venta de estampillas, envío de cartas, factura de planillas, rendición de cuentas a la empresa, cobro de fletes de aeroexpresos, excesos de equipaje, envío mensual de extractos y remesas en dinero por concepto de recaudos a la demandada, actuando además como representante de Avianca en Pamplona; como retribución de sus servicios devengaba el 10% sobre el valor de aeroexpresos nacionales, el 5% sobre el valor de los pasajes vendidos y cobrados y sobre los excesos de equipaje y el 2% sobre los pasajes vendidos a viajeros del exterior. Como administrador del Correo devengaba el 20% de los recaudos por venta de estampillas, más una suma fija de ciento diez pesos mensuales, discriminada así: por reparto de correspondencia cien pesos mensuales y por expedición de certificados diez pesos mensuales; durante el último año devengó en promedio un mil cuatrocientos veintinueve pesos. Fue despedido por decisión unilateral de la empresa demandada y prestó sus servicios hasta el cuatro de noviembre de 1963, fecha en la cual entregó la oficina a los representantes de Avianca. Carlos Mendoza no constituía una empresa independiente y desempeñaba personalmente su labor, conformándose a las instrucciones que le eran impartidas por la demandada. Durante el tiempo de servicios no disfrutó vacaciones, y al terminar el

contrato no le fueron pagadas las prestaciones e indemnización a que tenía derecho, y no obstante tener más de quince años de servicios fue despedido con violación de las normas protectoras de los trabajadores que tienen una expectativa para obtener su jubilación.

Como fundamentos de derecho citó las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo en el Título I, Cap. I a IV y en lo pertinente de los Títulos III, V, VIII, especialmente los arts. 22, 23 y 24 en relación con el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demanda el apoderado de Aerovías Nacionales de Colombia negó los hechos, haciendo algunas aclaraciones; se opuso a las peticiones invocadas y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, con base en que entre Avianca y el demandante no existió un contrato de trabajo, sino uno de mandato, como se desprende del documento firmado por las partes y que acompañó a la contestación de la demanda; la de inepta demanda, con fundamento en que el demandante no señaló la cuantía de las diversas condenas que solicita y porque no tuvo en cuenta la legitimatio ad procesum, por haberse señalado como representante legal de Avianca a quien no lo era.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado Civil Municipal de Pamplona, que conoció del juicio, dictó sentencia por medio de la cual condenó a la Compañía Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca, a pagar a Carlos Mendoza Bautista lo siguiente:

Primero.—Reajuste de salarios por la suma de un mil ochocientos sesenta pesos ($ 1.860,00) M/Cte. Segundo.—Por indemnización por el término presuntivo del Contrato de Trabajo por la suma de ocho mil ochocientos veinte pesos con noventa centavos ($ 8.820,90) .M/Cte. Tercero.—Por auxilio de cesantía, la suma de: veintiocho mil trescientos setenta y tres pesos con treinta y cinco centavos ($ 28.373.35) M/Cte. Cuarto.—Por concepto de vacaciones catorce mil setecientos tres pesos con treinta centavos ($ 14.703,30) M/Cte. Quinto.—En razón a Primas de Servicio la suma de: veintiocho mil trescientos setenta y trece pesos con treinta y cinco centavos ($ 28.373.35) M/Cte. Sexto.—Indemnización por falta de pago por prestaciones a razón de: cincuenta y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 54,45) M/Cte. diarios a partir del cinco de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963) hasta que se verifique el pago total de la condena. Séptimo.— No condena este Juzgado a suma alguna por concepto de protección del trabajador con más de quince años de servicio, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Octavo.— Condénase a la empresa demandada, a las costas y costos del presente juicio".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Sala Civil Laboral, resolvió la alzada así: "a) Reformar la sentencia apelada en su ordinal primero en el sentido de que ese reajuste de salario queda computado en las sumas liquidadas por cesantía y vacaciones. b) Revocar la sentencia apelada en su ordinal segundo por cuanto no hay lugar a esa indemnización en razón de justo despido. c) Reformar la sentencia apelada en su ordinal tercero en el sentido de condenar a la parte demandada, Compañía Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca a pagar al actor por derecho de auxilio de cesantía la suma total de veintiséis mil doscientos cuarenta pesos con cuarenta y un centavos ($ 26.240.41). ch) Reformar la sentencia apelada en su ordinal cuarto en en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar al actor por su derecho de vacaciones a partir del primero de enero de 1959 hasta el cinco (5) de noviembre de 1963, la suma total de tres mil ochocientos doce pesos con noventa centavos ($ 3.812,-90), declarando prescrita la acción por cuanto hace a las vacaciones por servicios anteriores al año de 1959. d) Revocar la sentencia apelada en su ordinal quinto por cuanto el actor no tiene derecho a prima de servicios. e) Revocar la sentencia apelada en su ordinal sexto por cuanto el actor no tiene derecho a indemnización por falta de pago oportuno de salarios y prestaciones.

f). Revocar la sentencia apelada en su ordinal séptimo por cuanto el actor no tiene derecho a jubilación. g) Revocar la sentencia apelada en su ordinal octavo absolviendo en su lugar a la parte demandada del pago de costas y costos. h) Igualmente se absuelve a la parte actora del pago de costas."

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por ambas partes. El doble recurso se decidirá previo el estudio de las demandas presentadas oportunamente. Se estudiará en primer lugar el recurso de la parte demandada, pues pretende la casación de la sentencia recurrida, para que en función de instancia se la absuelva de todos los cargos de la demanda, lo que implicaría, en caso de prosperar, que habría de desecharse el recurso de la contraparte.

Recurso del patrón demandado.

Alcance de la impugnación.—Pretende que se case parcialmente la sentencia acusada en lo desfavorable a la parte demandada, y que en función de instancia se revoque el fallo de primer grado y en su lugar se la absuelva de todos los cargos contenidos en la demanda inicial y se condene en costas al demandante. Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden:

Primer cargo.—Impugna la sentencia por infracción directa de los artículos 22, 23, 98 (artículo 3º del Decreto 3129 de 1956), 186, 249, 253, del C.S.T.; 1º de la ley 1ª de 1963 y 1ª del Decreto 236 de 1963.

Transcribe el impugnador dos párrafos de la sentencia recurrida y dice que las afirmaciones del sentenciador dan por establecido que de conformidad con el contrato celebrado entre las partes, el actor tenía la facultad de "desempeñar su compromiso por intermedio de otras personas" y que las labores principales siempre fueron desempeñadas por el demandante "y también por medio de sus parientes, particularmente de su hermana Lucía"; para el recurrente el ad-quem aplicó improcedentemente el art. 23 del C. S. del T. al hecho de que el actor tenía la facultad de desempeñar sus funciones por intermedio de otras personas y que hacía uso de tal facultad, dándose así una flagrante oposición o contrariedad entre el hecho previsto abtractamente en la norma y el hecho demostrado procesalmente, y sin embargo de tal incompatibilidad el fallador decidió aplicar tal norma, violándola ostensiblemente en forma directa.

Agrega que donde se manifiesta con mayor nitidez la infracción denunciada es en el examen que se hace en el fallo sobre la forma como terminó el contrato celebrado entre las partes, pues las irregularidades cometidas por empleados del demandante y que fueron objeto de reparos por la sociedad demandada, le permitieron al Tribunal concluír en que el despido fue justificado, pero le impidieron negar la calificación de contrato laboral individual a la relación que rigió entre las partes. También el juzgador de segunda instancia —continúa el recurrente— luego de aceptar que terceras personas desempeñaban las funciones del actor, o sea que no concurrió el elemento esencial de "La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo", aplicó indebidamente el art. 98 del C.S.T., modificado por el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956, concerniente a los agentes vendedores, representantes y agentes viajeros y que exige, para que haya contrato de trabajo, que "se dediquen personalmente al ejercicio de la profesión".

Por último el impugnador se refiere a la infracción de las normas sustanciales señaladas en la formulación del cargo, como consecuencia de la violación de los artículos 23 y 98 del C. S. del T., éste último modificado por el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956.

Se considera:

El Tribunal Superior, al referirse a la prestación personal de servicios por parte de Carlos Mendoza B. dijo que según las pruebas, particularmente el contrato entre las partes y los testimonios de personas notables, "el actor podía desempeñar su compromiso por intermedio de otras personas según la cláusula novena de aquél; y

conforme a esos testigos, las labores principales, siempre fueron desempeñadas por el actor" y que "aún cuando en la cláusula novena se facultó al demandante para desempeñar sus 'actos subalternos' 'por intermedio de sus dependientes', en la cláusula siguiente se le quitó a esta autonomía toda trascendencia jurídica al estipular que está expresamente convenido que el subagente (o sea el actor) es el único y exclusivo responsable de las resultas de todo error, negligencia u omisión. Hay pruebas abundantes a todo lo largo del proceso —continúa el ad-quem— de ese desempeño personal en los asuntos principales por parte del demandado y también por medio de sus parientes, particularmente de su hermana Lucía. En las audiencias de trámite muchos testigos lo declaran así, fuera de que estaba facultado para tener empleados."

Como puede verse de lo transcrito, el Tribunal dio por demostrado que el demandante en el juicio prestó sus servicios personales a Avianca desempeñando por sí mismo las labores principales a cuya realización se había obligado, siendo ayudado por su hermana Lucía y en ocasiones por una empleada. Ahora bien: de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho de que el trabajador se valga de ayudantes para ejecutar su labor no desvirtúa por sí mismo la existencia del contrato de trabajo, para cuya configuración basta que el trabajador preste personalmente su trabajo, hecho que encontró demostrado el adquem. Y como la entidad demandada aceptó expresamente, como lo dice el Tribunal, que el actor podía desempeñar su compromiso valiéndose de otras personas, este asentimiento del patrono hace que el trabajo conjunto no desnaturalice el contrato de trabajo, pues él subsiste "a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo" (Casación de 12 de febrero de 1962, Gabriel Casas Hernández contra Industrias Roca Limitada).

De manera que si el fallador de segunda instancia encontró demostrado en el proceso la actividad personal del trabajador demandante, el trabajo realizado conjuntamente por éste con ayudantes, y la aceptación del patrono de dicha modalidad, no aplicó indebidamente el artículo 23 del C. S. del T., de acuerdo con la jurisprudencia a que se ha hecho referencia.

Cuanto al artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 3º del Decreto 3129 de 1956, tampoco puede decirse que fue aplicado indebidamente por el hecho de que el agente vendedor haya tenido ayudantes para desempeñar su labor, pues como lo dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, el hecho de que un agente vendedor esté facultado para buscar subalternos, no implica que dicho trabajador deje de prestar su concurso personal ni excluye necesariamente que se encuentre vinculado por un contrato de trabajo. (Sentencia de 30 de septiembre de 1955, juicio de Alejandro Sánchez contra Chocolates La Especial).

El Tribunal, en consecuencia, aplicó debidamente el artículo 23 del C. S. del T., pues encontró configurados en el juicio los tres elementos esenciales del contrato de trabajo a que se refiere dicha norma, y el 98 ibídem, pues, además, no encontró demostrado que el demandante no se dedicase personalmente al ejercicio de su profesión ni constituyera por sí mismo una empresa comercial. Por esta razón no prospera la acusación.

Segundo cargo. "El fallo impugnado, violó indirectamente los artículos 22, 23, 98, 186, 249 y 253 del C. S. T., 1º de la Ley 1ª de 1963 y 1º del Decreto 236 de 1963, por aplicación indebida, a consecuencia de notorios errores de hecho.

"Tales errores son:

"a) Haber dado por demostrado que el demandante prestó personalmente su actividad, es decir que éste fue realizada por sí mismo.

"b) No haber dado por demostrado, estándolo, que personas distintas del actor, realizaron las actividades que le fueron encomendadas a Carlos Mendoza Bautista.

"c) No haber dado por demostrado, estándolo, que el actor, como sub-agente de la demandada, estaba facultado para contratar personal dependiente, remunerarlo, pagarle prestaciones y que a cargo del subagente corrían las gastos de administración.

"d) No haber dado por demostrado, estándolo, que el actor era y siguió siéndolo, propietario de una empresa, a la cual se dedicó libremente.

"e) No haber dado por demostrado, estándolo, que el demandante estipuló con la demandada, su autonomía y que tal estipulación siempre tuvo cumplimiento.

"A los errores ya enunciados, llegó el juzgador de segundo grado, por equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

"1. - "El contrato escrito, acompañado a la contestación a la demanda —fols. 9 y 10; c. 1., suscrito entre los contendientes, sobre administración de la sub-agencia de la demandada en la ciudad de Pamplona.

"2.—Los documentos visibles a folios 16, 17, c. 1., 1098 del c. 5. y 207, 209, 211, 215, 222, 226, 250, 293, 309, 1108, 1111, 1112, 1114, 1118, 1121, 1125, 1129, 1123, del C. 5., y 61 y 63; c. 1.

"3.—El acta de inspección ocular, visible a folios 1.022 a 1.053 del C.5.

"4.—Testimonios de Jaime Villamizar Villa (fols. 989; c. 5 y 990 ib.); Eladio Mantilla (fols. 991 y 992á c. 5); Carlos Julio Maldonado Nieto (fols. 993 a 995; c. 5); Miguel Angel Maldonado (fol. 999; c. 5); Miguel Santafé (fol. 1000; c. 5); Celina Valderrama Díaz (fol. 1001; c. 5.); Francisco Quiroga (fol. 1014 a 1016; c. 5); Rafael Gil (fols. 1016 a 1018 c. 5); Alfonso Madiedo y Luis Aldana (fols. 1056 a 1060; c. 5).

"En los mismos errores, ya enunciados, incurrió el Tribunal de Pamplona, por falta de apreciación de las siguientes pruebas;

"1.—Las posiciones absueltas por el actor (fols. 16 a 19; c. 3).

'2.—Los documentos visibles a folios 228, 288, 330, 359, 660, (C. B), 1013, 1070 a 1152 (c. 5).

"3.—La inspección ocular practicada en el establecimiento del actor (fols. 1063 a 1069; c. 5.).

"4.—La correspondencia cruzada entre los contendientes (c. 1, B. y 5 y Biz)". fls. 30 y 31 Cdo. Nº 1.

Transcribe el recurrente las cláusulas primera, segunda y novena del contrato celebrado entre las partes y dice que pese a la claridad de esas estipulaciones, donde se consagra la no subordinación del demandante y la facultad de contratar empleados suyos para la gestión encomendada, tal hecho no se dio por demostrado, restándole importancia jurídica por la responsabilidad que asumió el agente por los actos de sus subalternos, valorando equivocadamente la prueba en referencia, pero tomándola como demostrativa de que las irregularidades de los subalternos justificaron la terminación del contrato por parte de la sociedad demandada, y consecuencialmente, agrega el impugnador, resultaron también mal apreciados los documentos visibles a folios 16, 211, 215, 222, 226, 250, 293, 309, 1108, 1111, 1112, 1114, 1118, 1121, 1125, 1129, 1123, 61 a 63, con los cuales también se demuestra que la gestión encomendada al actor la desarrollaba por intermedio de sus empleados.

Refiriéndose a la inspección ocular (f. 1022 a 1053), dice que ella es prueba de que el actor sufragaba gastos de administración en el local donde funcionaba la sub-agencia, por lo cual no fue apreciada debidamente, y en cuanto a los testimonios, afirma que fueron irregularmente apreciados por el fallador, por cuanto éste admite que los empleados subalternos del actor cometieron iirregularidades que justificaron la terminación del contrato por la demandada, pero se abstuvo de fijar el verdadero sentido de las declaraciones, o sea que el demandante no realizaba por sí mismo la labor encomendada.

Transcribe el impugnador apartes de las comunicaciones enviadas por Mendoza Bautista a la entidad demandada, fechadas el 25 de abril de 1961, (folio 228), 27 de marzo de 1962 (folio 330), junio 5 de 1963 (folio 330), y 10 de octubre de 1963 (fl. 660), y dice que estos documentos, así como el que obra a folios 1013, demuestran a cabalidad que el demandante tenía empleados a su servicio para el manejo de la sub-agencia de la demandada en Pamplona y que al mismo tiempo era Distribuidor de la Empresa Phillips Colombiana S. A., pruebas que no fueron valcradas por el ad-quem, así como los documentos de folios 359, 1013, 1070 y 1152, que conciernen al mismo hecho.

Alude el recurrente a las respuestas dadas por Mendoza Bautista al absolver las posiciones 5ª, 6ª, 8ª, 14ª, y 16ª, que transcribe, confesión que a su juicio demuestra que el demandante no prestaba personalmente su actividad en el manejo de la subagencia, sino por intermedio de otras personas, empleadas suyas, y que el actor era empresario, simultáneamente, en distribución comercial, hecho que también se acredita con la inspección ocular, pruebas cuya valoración se omitió, así como la de la correspondencia entre las partes. "La valoración correcta, conforme a los principios imperantes en la crítica probatoria, —agrega el casacionista—habría conducido al fallador a otorgar fuerza demostrativa a las pruebas ya enunciadas. En tal virtud, habría dado por demostrado que el actor, no estaba obligado a prestar su actividad personal en la administración de la sub-agencia de la sociedad demandada en Pamplona. Que éste era empresario de distribución comercial, en el mismo local donde funcionó la sub-agencia, cuyo arrendamiento no pagó la demandada. Y, que el actor no se subordinó a la demandada, pues, conservó y ejercitó su libertad para dedicarse a otras actividades."

Por último, para el recurrente el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 22, 23 y 98 del C. S. del T. ante tales hechos, pues estas normas exigen la actividad personal y la subordinación del trabajador como elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo, y quebrantando en consecuencia las normas sustanciales enunciadas al formular el cargo.

Se Considera:

Atribuye el impugnador al sentenciador de segunda instancia haber incurrido en cinco errores de hecho, que se estudiarán, para mejor comprensión, en el orden fijado en la formulación del cargo.

a) En relación con la prestación personal de servicios por parte del demandante, el Tribunal dijo en el proceso que había pruebas abundantes de ese desempeño personal, punto sobre el cual declararon muchos testigos. El recurrente, al atacar este aspecto del fallo, se limita a decir que los testimonios fueron irregularmente apreciados por el fallador, "por cuanto éste admite que los empleados subalternos del actor cometieron irregularidades que justificaron la terminación del contrato por la demandada, pero se abstiene de fijar el verdadero sentido de la demostración testimonial, o sea que el demandante no realizaba por sí mismo la labor encomendada". Como puede verse el impugnador no expresa claramente en que consistió la apreciación errónea del fallador que lo llevó a incurrir en el error de hecho de haber dado por demostrada la prestación personal de servicios por parte de Mendoza Bautista. Si la errónea apreciación se hace depender, como parece que es el argumento del casacionsita, de que no era posible dar por demostrada la actividad personal del demandante debido a la circunstancia de que las labores eran desempeñadas por empleados subalternos, tal situación no es suficiente para descartar la prestación personal de servicios, como se dijo al estudiar el cargo anterior, máxime cuando algunos testigos de los mencionados por el recurrente se refieren expresamente a la actividad personal del demandante. Así, el doctor Jaime Villamizar Lamus declaró que Carlos Mendoza Bautista le vendió personalmente pasajes de Avianca, y que además desempeñaba en forma personal el cargo de Administrador del Correo Aéreo, ayudado ocasionalmente por sus hermanas y personas de la familia,

(fl. 889); y Eladio Mantilla también dice que el demandante vendía pasajes de la empresa Avianca y administraba el Correo Aéreo, labor que desempeñaba en forma personal y ayudado ocasionalmente por sus hermanas y personas de la familia. Estos testimonios dan respaldo a la afirmación del Tribunal sobre la actividad personal del demandante, por lo cual no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente demandado.

b) No es cierto que el Tribunal no hubiera dado por demostrado que el actor estaba facultado para contratar personal dependiente. En el fallo acusado expresamente se reconoció este hecho, como se desprende de lo transcrito en el aparte anterior, lo cual supone el pago por parte de Mendoza Bautista de los salarios y prestaciones correspondientes. Solo que el sentenciador no consideró que estos hechos desvirtuaran la existencia del contrato de trabajo, lo que está conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, como ya se dijo al estudiar el cargo primero.

c). El Tribunal reconoció expresamente que personas distintas al demandante realizaron algunas actividades de las que le fueron encomendadas. Así dijo: "Hay pruebas abundantes a todo lo largo del proceso de ese desempeño personal en los asuntos principales por parte del demandado y también por medio de sus parientes, particularmente de su hermana Lucía. En las audiencias de trámite muchos testigos lo declaran así, fuera de que estaba facultado para tener emplados". En consecuencia, no pudo incurrir en el error de hecho que se le atribuye. Respecto al pago de los gastos de administración por parte del demandante, este hecho se demuestra, según el impugnador, con la inspección ocular practicada en las oficinas de Avianca, que señala como no apreciada debidamente. Sin embargo, lo relacionado con este punto fue expuesto dentro de la diligencia de inspección ocular por el señor Amilcar Vergel, quien, además de haber sido designado como representante de la sociedad demandada y en tal carácter se le notificó la demanda, se refirió en términos generales a la modalidad en que trabajan los agentes de Avianca, y concretamente en lo relacionado con Pamplona, manifestó que la empresa aceptó ayudar al demandante con $ 100.00 mensuales para el salario del repartidor de correspondencia. hecho que por sí sólo no es suficiente para desvirtuar la inexistencia del contrato de trabajo, pues únicamente indica que los ayudantes del sub-agente eran remunerados parcialmente por la sociedad demandada.

d) En relación con el hecho de que el demandante era propietario de una empresa, el recurrente señala como demostrativos de su existencia el documento que obra a folios 1.013 y la absolución de posiciones de Mendoza Bautista. Respecto al documento, hizo bien el ad-quem en no valorarlo, pues se trata de un oficio dirigido al Juez del conocimiento por B. Cortés O., a nombre de Philips Colombiana, escrito que por proceder de un tercero carece de mérito probatorio, según lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, mérito que no adquiere por la circunstancia de haber sido solicitada por el Juez la certificación allí contenida, pues quien lo suscribe no es funcionario público. Cuanto a las posiciones absueltas por el demandante, éste afirma en ellas que "Avianca directamente no pagaba arrendamiento por el local de la calle Real, donde funcionaba mi negocio de la Philips, se vendían pasajes de Avianca, se recibían las cartas" y que "Si es cierto que el local donde funcionaba la sub-agencia tenía empleados para atender a la venta de radios". Esos hechos confesados por Mendoza Bautista además de los que se desprenden de la inspección ocular (folios 1063 a 1069) son indicativos de que él, además de desempeñar la Sub-agencia de Avianca, era Distribuidor o vendedor de la empresa Philips Colombiana S. A., o sea que tenía una empresa comercial para estas últimas actividades, distintas a las que debía realizar en favor de la demandada. Pero la demostración de este hecho no es suficiente por sí sola para desvirtuar la existencia del contrato de trabajo pues como lo ha dicho esta Sala "Nada se opone a que el representante, agente viajero o agente vendedor, al mismo tiempo que presta sus servicios a una empresa o patrono, sea, por ejemplo,

dueño o socio de una empresa de distinto giro o que su objeto no tenga conexión con las operaciones que realiza por cuenta de la empresa o patrono a la cual presta su actividad personal como trabajador dependiente". (Casación de 20 de julio de 1960, juicio de Luis Mendoza Escalante contra Compañía Molinera de Herrán S. A.). No se ha demostrado, por lo tanto, el error de hecho.

e) El Tribunal, en relación a la continuada dependencia del demandante respecto del demandado, dijo que ella "resulta de lo acordado en la cláusula tercera, según la cual, '... se conformará rigurosamente a las instrucciones que reciba de la Presidencia, Gerente, etc...', y de la misma cláusula décima donde se impuso al demandante total responsabilidad". Esta decisión del ad-quem no fue atacada por el recurrente, quien al sustentar el cargo argumenta que la no dependencia se deriva de las cláusulas Primera, Segunda y Novena del mismo contrato. Es decir, que no impugnó la apreciación de las cláusulas tercera y décima que condujo al fallador a dar por demostrada la subordinación. Además, el ad-quem estimó que la cláusula novena no tuvo operancia alguna en la ejecución del contrato celebrado entre las partes, porque del análisis que hizo del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y Avianca sobre la prestación del servicio del Correo Aéreo llegó a la conclusión de que la última estaba subordinada al primero y que en consecuencia el sub-agente de Avianca obraba subordinado a la demandada, por cuanto ella tenía que estar pendiente del buen desempeño del sub-agente para no incurrir en responsabilidad ante el Gobierno. "El Sub-agente —continúa el Tribunal— no podía a su arbitrio variar las tarifas, horarios y demás asuntos relacionados con el reglamento y control del correo aéreo de la misma manera que puede variar el precio y las condiciones de venta de mercancías un comisionista mercantil cuando esto no le está prohibido. Si el actor no era libre para actuar es porque estaba bajo la dependencia continua del demandado por más que en la cláusula novena del contrato celebrado se hubiera dicho que no existía esa dependencia, ni horario ni reglamentación o control. Lo así estipulado va contra los hechos cumplidos, la razón y la misma ley".

Los argumentos anteriores, que constituyen soporte principal del fallo, no fueron impugnados por el recurrente, pues no se refirió a ellos. De manera que por este otro aspecto tampoco se demuestra la existencia del error de hecho que el casacionista le atribuye al ad-quem, o sea el haber dado por demostrado que el demandante estuvo subordinado a la demandada.

No habiéndose demostrado los errores de hecho imputados, el cargo no prospera.

Recurso del trabajador demandante:

Precisa así el recurrente el alcance de la impugnación: "Aspiro con el presente recurso a que la sentencia acusada, sea casada parcialmente y que la Honorable Sala como falladora de Instancia, haga las siguientes condenaciones contra la demandada; a). Que se condene a la demandada al pago del reajuste de ciento veinte pesos mensuales a que tiene derecho a partir del primero de enero de 1963 hasta el cuatro (4) de noviembre del mismo año, fecha esta última de la terminación del contrato, —por despido que le fue hecho por la demandada—. b) Que se case la sentencia acusada en cuanto revocó la de primera Instancia que condenó a la demandada al pago del monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para el cumplimiento del plazo presuntivo, y se condene a la demandada al pago de dicha indemnización, por haber despedido sin justa causa a mi representado. c) Que se case la sentencia acusada, en cuanto revocó la de primera instancia, y absolvió a la Empresa demandada del pago de las Primas de Servicio debidas a mi representado, y se condene al pago de ellas. d) Que se case la sentencia acusada, en cuanto revocó la de primera Instancia que ordenó el pago de la indemnización prevista en el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo y se condene a la demandada al pago de dicha indemnización. e) Que se case la sentencia acusada, en cuanto absolvió a la Em-

presa demandada del pago de la Pensión de jubilación a que tiene derecho mi representado, y en su lugar se condene al pago de dicha Pensión".

Con base en la causal primera formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo.

"La sentencia acusada del Tribunal Superior de Pamplona, es violatoria por infracción directa del artículo 1º, de la Ley 1ª, de 1963, y del artículo 2º, del Decreto 236 de 1963, reglamentario de la misma, por falta de aplicación de las citadas normas, ya que independientemente de toda cuestión de hecho, el Tribunal consideró erróneamente que el reajuste del sueldo de mi representado estaba comprendido o computado 'en las sumas liquidadas por Cesantía y vacaciones".

"Demostración del Cargo.

"No obstante que el fallador de Segunda Instancia dió por demostrado que mi representado estuvo laborando en la Empresa Avianca, en el tiempo comprendido entre el Primero de enero de 1963 y el cuatro (4) de noviembre del mismo año, y que el sueldo devengado por el mismo, era inferior a Tres mil pesos mensuales, no aplicó debiendo hacerlo, el artículo 1º, de la Ley 1ª, de 1963, en concordancia con el artículo 2º, del Decreto 236 de 1963, absteniéndose de condenar a la Empresa al pago del reajuste del salario ordenado en dichas disposiciones. Fundamentó su decisión el fallador de Segunda Instancia, diciendo que el reajuste ordenado en la ley, quedaba computado en las sumas liquidadas por Cesantía y vacaciones, error de derecho derivado de confundir el salario como factor de la liquidación de prestaciones y de compensación en dinero de las vacaciones, con el reajuste de salario ordenado por la disposición violada. No obstante que el Tribunal computó el reajuste de Ciento veinte pesos ($ 120.00), para efectos de liquidar el auxilio de Cesantía y la suma debida por compensación de vacaciones, dicha computación, como es evidente, nó equivale en forma alguna, al reconocimiento del derecho de mi representado, al pago del reajuste. Al nó condenar al pago de dicho reajuste a la demandada, dejó de aplicar debiendo hacerlo, las disposiciones citadas y violó las mismas por falta de aplicación".

Se Considera:

Sobre reajuste de salarios dijo el Tribunal en la parte motiva: "ya se computó ese reajuste al determinar la suma que debe pagar Avianca por concepto de cesantía y también de vacaciones". Y en la resolutiva se pronunció así: "Reformar la sentencia apelada en su ordinal primero en el sentido de que ese reajuste de salario queda computado en las sumas liquidadas por cesantía y vacaciones". Además, al determinar el salario que debía servir de base para liquidar las prestaciones, el ad-quem agregó al promedio mensual obtenido "los ciento veinte pesos ($ 120.00) mensuales que la Ley 1ª de 1963 ordenó aumentar a partir del primero de enero de 1963, conforme al art. 1º de dicha ley, inciso segundo, y del art. 1º de su decreto reglamentario 236/63, literal b) del ordinal 1º y que se extiende a tres años anteriores conforme al art. 253 C. S. T.".

De lo anterior se deduce que el ad-quem no ignoró las normas contenidas en los artículos 1º de la Ley 1ª de 1963 y 1º del Decreto 236 de 1963, ni se rebeló contra su contenido, sino que estimó que lo pedido por el demandante se satisfacía al incluír el aumento decretado por dichas normas en el salario básico para liquidar las prestaciones sociales. En consecuencia si la pretendida violación de la ley se produjo, debió serlo por un concepto distinto al señalado por el recurrente. La equivocación al escoger la vía para impugnar la sentencia es suficiente para que se rechace la acusación.

Segundo cargo. Acusa la sentencia de ser violatoria por aplicación indebida de los artículos 61, 62, 63, 64, 66, 160 del C. S. del T., del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y 306 del Código Sustantivo del Tra-

bajo, a consecuencia de error evidente de hecho consistente en dar por establecido sin estarlo que el demandante fue despedido con justa causa por la empresa demandada, hecho ni siquiera alegado por ella como causa de la terminación del contrato al contestar la demanda, error derivado de la mala apreciación de las siguientes pruebas: a). Respuesta dada por el apoderado de la demandada al hecho 4º de la demanda; b). Documento de fecha octubre 18 de 1953, folio 16; c). Carta que obra al folio 17; d). Carta que obra a folio 21; e). Carta de octubre 5 de 1963, folio 20; f). Carta de octubre 11 de 1963, folio 21; g). Carta de septiembre 9 de 1957, folio 207; h). Cartas de septiembre 5 de 1957, fl. 209; agosto 29 de 1957, fl. 211; julio 18 de 1957, fl. 215; mayo 7 de 1957, fl. 222; abril 17 de 1957, fl. 226; agosto 11 de 1961, fl. 250; diciembre 13 de 1962, fl. 293; julio 16 de 1962, fl. 309; i). Minuta de instrucciones suscrita por el Visitador del Correo Aéreo, fls. 1097 a 1098; j). Circular dirigida a las oficinas y agencias del Correo Aéreo, fl. 1.108; carta de diciembre 6 de 1960, fl. 1111; Mensaje de noviembre 29 de 1960, fl. 1114; carta de octubre 31 de 1960, fl. 1118; carta de octubre 15 de 1960, fl. 1121; carta de agosto 6 de 1960, fl. 1125; carta de julio 13 de 1960, fl. 1129, y formulario de reclamación, fl. 1123.

Analiza el impugnador las pruebas que señala como mal apreciadas por el sentenciador de segunda instancia, terminando la sustentación del cargo en lo referente a la demostración del error de hecho, en la siguiente forma: "Como puede observarse de la lectura de las pruebas en que el fallador de Segunda Instancia, fundamentó su conclusión, según la cual el despido de mi representado fue hecho por justa causa, dichas pruebas fueron evidentemente mal apreciadas. Al dar por demostrada la justificación del despido, sin estarlo, se incurrió en un error de hecho, a consecuencia del cual se violaron por vía indirecta las disposiciones citadas en la formulación del cargo. No señaló el fallador de instancia, cuál de las causales señaladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, justificó el despido de mi representado, y nó obstante, no haber probado la Empresa demandada, la justa causa del despido alegado por ella, dió por demostrado, sin estarlo, este hecho. El error del fallador de Segunda Instancia, consistió en haber apreciado como pruebas de la justificación del despido, hechos anotados en la correspondencia cruzada entre mi representado y la demandada, sin ninguna relación de causalidad con el despido. Dichos hechos en efecto tuvieron ocurrencia, en el pretérito y no fueron en forma alguna la causa inmediata del despido, pues ocurrieron mucho antes del despido. Además, como del examen de la correspondencia se vió, ninguno de ellos tuvo la gravedad suficiente para que mi representado fuera intempestivamente despedido, luego de haber prestado en forma honorable y por más de dieciocho (18) años sus servicios a la demandada".

Por último se refiere a la incidencia del error de hecho en la violación de las normas sustanciales señaladas en la formulación del cargo.

Se considera:

El Tribunal Superior no comparte la tesis del Juez de primera instancia sobre el despido injustificado del demandante, "por cuanto sí está comprobado que la administración del Correo Aéreo en esta ciudad era bastante deficiente". Afirma que desde años atrás al despido se venían haciendo reparos al actor, y transcribe las observaciones hechas por un visitador instructor en 1953, folio 16 del primer cuaderno, en donde se hace referencia a las muchas irregularidades que se han encontrado sobre el manejo del correo aéreo debido al poco control que ejerce la señorita que se ha destinado para ese fin; también transcribe una nota de la oficina del Correo Aéreo de Cúcuta en 1958, folio 17, en la cual se habla del mal trato que se le da al público por una de las empleadas encargadas del manejo de correspondencia; del cierre de la sub-agencia desde el viernes a las tres de la tarde hasta las ocho de la mañana del día en que se hacen las observaciones, y de la colocación de un aviso en la puerta de entrada a las oficinas donde funciona la agencia que dice: "No se atiende a nadie. No molesten".

Luego hace alusión a los reparos que hizo otro visitador en 1960, fl. 1098 del cuaderno Nº 5, y a los contenidos en los documentos que obran a folios 207, 209, 211, 215, 222, 226, 250, 293, 309, 1.108, 1111, 1112, 1114, 1118, 1121, 1125, 1129, 1123 y otras muchas reclamaciones en los últimos años, "todas las cuales vienen a justificar el despido hecho por carta fechada en octubre 5 de 1963". Las notas contenidas en los documentos relacionados se refieren a observaciones hechas en los años de 1957, 1960, 1961 y 1962.

Para el recurrente, por el tiempo transcurrido, estos hechos no pueden haber sido causa del despido. Además, anota que el Tribunal no dice en cual de las causales justificativas de despido incurrió el trabajador. Respecto a este último punto, el ad-quem aceptó como motivos para la terminación del contrato los comunicados por el Gerente Regional de Avianca al demandante en carta de 5 de octubre de 1963, folio 20 del cuaderno 1º, en donde le dice: "Frecuentes reclamos del comercio y de la clientela en general nos han obligado a intentar una reorganización definitiva de la Sub-agencia en Pamplona. Usted conoce el descontento que allí existe en los servicios del Correo Aéreo. Tales reclamos han llegado frecuentemente a la Administración del mismo. La responsabilidad ante el Estado, por esta función delegada, para la eficaz prestación de este servicio es para nosotros fundamental. La acción de ventas y la atención al ramo de Pasajes deja también mucho que desear. Nuestras solicitudes para su mejoramiento y preocupación han sido siempre desatendidos. Todas estas circunstancias nos han obligado a atender las solicitudes de la Dirección de la Empresa en el sentido de eximirlo a usted de esta responsabilidad, dadas sus múltiples ocupaciones de otro orden. Por consiguiente, de acuerdo con las cláusulas del contrato suscrito, hemos dispuesto cancelar el existente con usted, como Sub-Agente de Avianca en Pamplona, a partir del 21 de octubre del presente año".

Aún cuando no se dice expresamente, de la lectura de la carta se desprende que la causal invocada fue la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del demandante, de las obligaciones convencionales o legales, prevista en el ordinal 2º de la Sección A. del artículo 63 del C. S. del T.. No era dable exigirle a la empresa que se refiriera estrictamente a las causales laborales, pues mediaba un contrato escrito que siempre consideró como de naturaleza distinta al de trabajo.

Respecto a la fecha en que sucedieron los hechos que ocasionaron las observaciones al trabajador demandante y a que se refiere el Tribunal, es cierto que el último de ellos acaeció en octubre de 1962, un año antes de que la empresa demandada diera por terminado el contrato. Pero el argumento expuesto por el impugnador no es aceptable, porque tratándose de la inejecución sistemática de las obligaciones no es forzosamente necesario que el último acto coincida con la terminación del contrato, pues el incumplimiento sistemático por lo general se produce en un largo período de tiempo. Además, en el expediente existen observaciones hechas en 1963, año del despido, que no fueron mencionadas por el Tribunal, pero que indican que la empresa demandada tuvo conocimiento de ellas en ese año, como se desprende de la nota que le dirigió el demandante en junio 5 de 1963, folio 359, en donde refiriéndose a una observación manifiesta: "La semana pasada contestamos por tercera vez esta reclamación, pues ya habíamos contestado la primera en diciembre o enero del presente año, la segunda en abril y la tercera hace unos ocho días. Siempre hemos contestado que el recomendado Alemán No. 899— destinado al señor. Herman Manasse fue sustraído por una empleada que teníamos, la cual fue llevada ante las autoridades no solo por este motivo sino por robo de dinero y no se pudo conseguir la devolución de tal carta". Aunque este hecho no es imputable directamente al demandante, sí implica un descuido en el manejo de los giros enviados por el Correo Aéreo.

Si las pruebas mencionadas indican una serie de irregularidades cometidas durante varios años, no puede afirmarse que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por

demostrado que el trabajador estuvo incurso en la justa causa de despido invocada por Avianca para dar por terminado el contrato que en el juicio se calificó como de trabajo. En consecuencia, no prospera el cargo.

Tercer cargo. — Lo enuncia así: "La sentencia acusada es violatoria, independientemente de la cuestión de hecho derivada de dar por demostrado sin estarlo que mi representado fue despedido sin justa causa, por violación directa del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo por errónea interpretación de dicha disposición".

Dice el impugnador que siendo la prima una obligación exigible cada seis meses por el trabajador, la condición consistente en no haber sido despedido sin justa causa se refiere a la exigible en el último semestre en que el trabajador fue despedido y no a las anteriormente devengadas por el trabajador y no pagadas a la terminación del contrato, pues en cada semestre el derecho a la prima se consolida, de manera que el trabajador retirado con justa causa sólo pierde la correspondiente al semestre en que el despido se produjo. Cita en su apoyo la jurisprudencia de esta Corporación contenida en los fallos de 16 de diciembre de 1959 y 10 de noviembre de 1960.

Se Considera:

Al estudiar la petición sobre prima de servicios dijo el Tribunal: "Tienen derecho a ella todos los trabajadores que hayan trabajado, siempre que hubieran servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa." Al tratar anteriormente sobre las causas del despido se admitió que era justificado dadas las numerosas quejas del público, las observaciones de varios Visitadores del Correo Aéreo y las reclamaciones de la Avianca. Por manera que, remitiéndose la Sala a lo expuesto sobre el particular, tiene que rechazar el reconocimiento de la prima de servicios, sin entrar a considerar, por sustracción de materia, lo referente a la prescripción".

Es decir, que el sentenciador interpretó el artículo 306 C. S. del T. en el sentido de que el derecho a las primas de servicio se pierde cuando el trabajador ha sido despedido por justa causa. Sin embargo, la correcta interpretación es que el despido justificado exonera al patrono de pagar la prima proporcional cuando se ha trabajado más tres meses en el semestre en el que se produce la terminación del contrato, pero no lo exonera de la obligación de satisfacer las primas correspondientes al tiempo servido en los semestres completos, las cuales, por razón de dicho servicio, constituyen un derecho del trabajador que no pierde por ningún motivo. En consecuencia, habiendo interpretado erróneamente el Tribunal el artículo 306 del C. S. T., prospera el cargo y la sentencia se casará de acuerdo con las consideraciones que se hagan al tomar la decisión de instancia.

Cuarto cargo.—"La sentencia acusada es violatoria por infracción directa derivada por la falta de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Transcribe el impugnador las consideraciones del ad-quem para no condenar a la entidad demandada al pago de la indemnización por mora y dice que de esa argumentación se deduce que se fundó para la absolución en el hecho de haber debatido el patrono la existencia del contrato de trabajo y esforzarse en demostrar su inexistencia, argumento que a su juicio carece de validez, pues no es la simple discusión o alegación sobre este aspecto la que libera al patrono de la indemnización prevista en el art. 65 del Código del Trabajo, sino la buena fe, la duda razonable sobre la existencia de la consecuencia laboral y las pruebas aportadas al proceso por el patrón en el sentido de que la renuncia al pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador al terminar el contrato fue justificada. Agrega que si el sentenciador acogió la tesis de la defensa, esa sola circunstancia no amerita la buena fe, porque el concepto del fallador de instancia no tiene en su apoyo argumentos valederos, pues los elementos de convicción allegados por la demanda al juicio no abonan su creencia de que el contrato debatido no fue de trabajo, por cuanto la realidad procesal demuestra la existencia de éste.

Se considera:

Dijo el Tribunal sobre la indemnización por mora: "La establece el art. 65 C.S.T. para todos los casos y aun cuando el trabajador haya sido destituído por justa causa, si el "patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos" a razón de "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo"... Claro está que por justa que sea la causa de la interrupción del contrato de trabajo, el patrón no puede negarse al pago de los salarios devengados ni a las prestaciones debidas pues semejante proceder resulta arbitrario y contrario en un todo al derecho ajeno. Pero sucede que al examinar la situación jurídica de las partes se observa, de una parte, que Avianca pagó al actor todas las participaciones a que éste tenía derecho, y de otra parte, que no pagó prestaciones dado que, se esforzó cuanto pudo en quitar al contrato celebrado todo carácter de relación de trabajo, hasta punto tal que el actor se abstuvo durante toda la vigencia de ese contrato, de cobrar vacaciones, prima y demás. Esta circunstancia hizo creer a la Avianca que el actor aceptaba esa situación. En todo caso, la verdadera situación jurídica entre las partes solo quedará definida al decidirse definitivamente este proceso. Hay controversia y los criterios de los mismos juzgadores varía. La arbitrariedad no aparece evidenciada en autos por cuanto el contrato celebrado meramente por vía de interpretación se puede considerar como contrato de trabajo. Sobre el particular abundan las jurisprudencias y doctrinas".

Es decir que el Tribunal no ignoró el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se rebeló contra su contenido, sino que se abstuvo de condenar a la empresa demandada por estimar que no había obrado arbitrariamente al no pagar las prestaciones sociales, con lo cual implícitamente estaba reconociendo su buena fe, y como esto es lo que ha sostenido la jurisprudencia, no se ha producido la infración directa de la norma. Si esa buena fe existió o no es cuestión de hecho, ajena a la violación por infracción directa, como reiteradamente lo ha dicho esta Corporación. En consecuencia no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia.

Habiendo prosperado el cargo tercero, se estudiará el derecho del demandante al pago de las primas de servicios reclamadas. El Juez de primera instancia condenó por este concepto al pago de las primas de servicio causadas durante toda la relación laboral. Sin embargo, como el demandado propuso la excepción de prescripción, es necesario estudiar previamente si está prescrita la acción para pedir todas las primas de servicio o algunas de ellas.

La demanda fue notificada a Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca, el 14 de octubre de 1964. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 488 del C.S.T. está prescrita la acción para pedir las primas de servicios exigibles con anterioridad a tres años, o sea antes del 14 de octubre de 1961. En consecuencia, solo subsiste la acción en lo referente a las primas exigibles en diciembre de 1961, junio de 1962, diciembre de 1962, junio de 1963 y en la fecha del retiro del trabajador, o sea 4 de noviembre de 1963.

En la inspección ocular practicada en las oficinas de Avianca solo se constató el valor de las comisiones recibidas por el demandante a partir de noviembre de 1962. Como no existe prueba del salario en relación con los meses anteriores, las primas del segundo semestre de 1961 y del primero de 1962 se liquidarán con base en el salario mínimo, o sea que por cada semestre tiene derecho a $ 210.00. Respecto al segundo semestre de 1962, en la inspección ocular aparece que devengó en diciembre de ese año, según el informe del perito, la suma de $ 938.69, más $ 120.00 de la ley 1ª de 1963, o sea $ 1.058.69. En consecuencia la prima de servicio asciende a $ 529.34. En el primer semestre de 1963, según los mismos datos, el promedio de lo devengado fue de $ 1.081.51, más $ 120.00 da un salario de $ 1.201.51. La prima de servicios asciende, por lo tanto, a $ 600.75.

Respecto a la prima proporcional correspondiente al tiempo de servicios del 1º de julio al 4 de noviembre de 1963, el demandante no tiene derecho a ella por haber sido despedido con justa causa. El valor total de las primas debidas por la sociedad demandada asciende a $ 1.550.09. En este sentido se reformará la sentencia de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa parcialmente la sentencia recurrida en cuanto revocó el ordinal quinto del fallo de primer grado, y en función, de instancia modifica dicho ordinal en el sentido de que la condena por prima de servicios asciende a un mil quinientos cincuenta pesos con 09/100 ($ 1.550.009); se declara prescrita la acción por las primas anteriores al 14 de octubre de 1961 y se absuelve a la entidad demandada de la prima proporcional correspondiente al período comprendido entre el 1º de julio de 1963 y el 4 de noviembre del mismo año. No la casa en lo demás. Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA CAUSA INVOCADA PARA EL DESPIDO NO EXIGE LA CITACION DE LA NORMA LEGAL.

No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada. Artículo 66 del C. S. del T., hoy sustituído por el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965:

Expediente 3747. Ordinario laboral de Guillermo Quintero c/1. el Banco Cafetero.

(No se casa la sentencia recurrida).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, ocho (8) de junio de mil novecientos setenta (1970).

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

(Acta Nº 19).

El señor **Guillermo Quintero Cobo**, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral de mayor cuantía, ante el Juzgado del Trabajo (Reparto) de Bogotá, contra el **Banco Cafetero** "establecimiento público u oficial" con domicilio en Bogotá, con la finalidad de que, se produjesen a favor de la parte actora las declaraciones y condenas siguientes:

El reintegro del trabajador Guillermo Quintero Cobo, en las mismas condiciones de empleo de que gozaba cuando fue despedido por el Banco, con el consiguiente reconocimiento de los salarios dejados de percibir, hasta cuando se cumpla su reincorporación al empleo de ayudante de Radicación del Departamento de Correspondencia del Banco Cafetero, Casa Principal.

Subsidiariamente que:

El Banco está obligado a pagar al actor "una pensión ordinaria de jubilación oficial" en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del sueldo mensual promedio devengado por éste en el último año de servicio, "subordinado el goce o disfrute de esta prestación, cuando el beneficiario cumpla 50 años de edad;"

Que el Banco está obligado a pagar a Guillermo Quintero Cobo la cantidad de veintiséis mil trescientos ochenta y cuatro pesos ($ 26.384.00) m/cte., como indemnización por despido ilegal;

Que el Banco está obligado a pagar al demandante salarios caídos a razón de setenta y nueve pesos con 87/100 ($ 79.87) m/cte. diarios a partir del 15 de diciembre de 1967 hasta la fecha en que el Banco pague o consigne la indemnización que adeuda.

Que el Banco debe pagar las costas judiciales, en caso de oposición.

Como fundamentos de hecho sustentatorios de la demanda expuso que:

Laboró al servicio del Banco Cafetero desde el 12 de marzo de 1957 al 15 de septiembre de 1967, o sea 10 años y 132 días, mediante un contrato de trabajo; que desempeñó el cargo de ayudante de Radicación del Departamento de Correspondencia del Banco Cafetero, Casa Principal, con una remuneración mensual de dos mil trescientos noventa y seis pesos con 13/100 ($2.396.13) m/cte. y fue despedido de manera unilate-

ral e ilegal el 14 de septiembre de 1967, cuando se discutía el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios (ACEB).

Que el Banco omitió el procedimiento señalado en el art.. 32 de la convención colectiva de trabajo celebrada 14 de febrero de 1966 que le era aplicable.

Que el Banco incurrió en violación de los arts. 25 del decreto 2351 de 1965 y 10 del decreto reglamentario 1373 de 1966 al despedir a Guillermo Quintero.

Que el Banco Cafetero, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es "un establecimiento público u oficial, y como tal forma parte de la administración pública general", y aplica a sus servidores el Decreto Legislativo 2351 de 1965 por mandato de la Convención Colectiva de Trabajo antecitada.

Que el demandante prestó además sus servicios en la Concesión de Salinas del Banco de la República durante 3.780 días o sean 10,5, comprendidos entre el once de febrero de 1944 y el 10 de agosto de 1954.

Que el actor nació en Popayán el 19 de diciembre de 1925.

Que el Banco está en mora de solucionar al demandante la indemnización por despido ilegal por el transcurso de los 90 días de gracia a que se refiere el parágrafo 2. del art. 1. del decreto 797 de 1949 y que está agotado el procedimiento gubernativo.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos y negó otros, y estimó que el despido se efectuó por causa justa.

Trabada en tales términos la relación jurídico procesal y agotado el trámite de la primera instancia, terminó esta con la sentencia de fecha once de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Juzgado Primero Laboral de Bogotá, mediante la que condena al Banco Cafetero al pago de la cantidad de $ 26.384.00 por concepto de despido ilegal; a la suma de setenta y nueve pesos con ochenta y siete centavos ($ 79.87) m/cte. diarios a partir del 15 de diciembre de 1967 hasta cuando se cancele o consigne al demandante la indemnización precitada, absuelve al Banco en cuanto a la jubilación y niega el reintegro del trabajador.

Las dos partes interpusieron el recurso de alzada contra esa providencia y remitidos los autos al **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, éste por medio de sentencia de tres (3) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) revocó en todas sus partes la de primer grado y en su lugar declaró probada de oficio la excepción perentoria de petición antes de tiempo en lo atinente a la súplica sobre pensión de jubilación, absolvió a la parte demandada de los restantes cargos de la demanda y condenó en costas al actor.

La parte actora interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda y con réplica formulada dentro del término por el procurador judicial del Banco, se procede a decidir.

La Demanda de Casación.

Se propone el recurrente que se case totalmente la sentencia del ad quem, con la finalidad de que la Corte en función de instancia revoque la de primer grado y en su lugar se condene al Banco Cafetero a reintegrar al señor Guillermo Quintero Cobo en las mismas condiciones de empleo de que gozaba cuando fue despedido, con el consiguiente reconocimiento de los salarios dejados de percibir y hasta cuando se cumpla la reincorporación al cargo de Ayudante de Radicación del Departamento de Correspondencia del Banco Cafetero, Casa Principal.

Subsidiariamente que se case totalmente la sentencia acusada para que la Corte en función de instancia confirme el fallo de primer grado en su ordinal primero, que condena al Banco Cafetero a pagar a Guillermo Quintero Cobo la indemnización por despido ilegal y la indemnización por mo-

ra, se revoque el ordinal segundo que absuelve al Banco Cafetero de la pensión de jubilación oficial en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento del sueldo mensual promedio devengado por el actor en el último año de servicio, subordinado el goce o disfrute de esta prestación cuando el beneficiario cumpla 50 años de edad, se revoque el ordinal cuarto y en su lugar se condene al Banco en las costas del juicio.

Alega la primera causal de casación, relacionada con el artículo 7º de la ley 16 de 1969, y con fundamento en ella formula dos cargos así:

Primer Cargo.

"La sentencia recurrida viola indirectamente, por aplicación indebida, los numerales 5, 6, 10 inciso segundo numeral 15, todos del aparte o sección A) del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; ordinal o literal h) del artículo 6. del Decreto 2351 de 1965; artículo 8. del Decreto 2351 de 1965; artículo 25 del Decreto 2351 de 1965; artículo 10 del Decreto 1373 de 1966; artículo 23 de la ley 48 de 1968, que dio carácter de ley al Decreto 2351 de 1965; artículo 58 y 60 y artículos 467 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo; parágrafo del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; artículos 8 y 11 de la ley 6 de 1945 y artículo 1. de su Decreto reglamentario número 797 de 1949, artículo 61 del CPL, violación a que llegó el Tribunal por haber incurido en error de hecho manifiesto proveniente de la errónea apreciación de unas pruebas.

"El error de hecho consistió en haber dado por demostrado el sentenciador de segunda instancia, sin estarlo, que el contrato de trabajo que rigió las relaciones entre Guillermo Quintero Cobo y el Banco Cafetero, fue terminado por el patrono con justa causa y mediante el cumplimiento de los procedimientos legales y convencionales, y en no haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo fue terminado por el Banco Cafetero injustificadamente y sin el lleno de los requisitos legales y convencionales. A este error de hecho manifiesto llegó el Tribunal Superior por haber incurrido también y además en estos otros errores de hecho: a) Haber dado por demostrado que el patrono invocó como causal de despido el ordinal 5. de la Sección o aparte A) del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; b) Haber dado por demostrado que el demandante incurrió en la causal 6ª de la sección A) del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; c) Haber dado por demostrado que el demandante incurrió en la causal 10ª de la sección A) del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; d) No haber dado por demostrado que el Banco no dio al trabajador el aviso de quince días de que trata el inciso segundo del numeral 15 de la sección A) del artículo 7. del Decreto 2351 de 1965; c) Haber dado por demostrado que el Banco Cafetero dio cumplimiento al artículo 32 de la Convención Colectiva de Trabajo de 14 de febrero de 1966.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: a) documento que obra a folios 117 y 118; b) absolución de posiciones de Guillermo Quintero Cobo, folios 179 a 184; c) documentos que obran a folios 19 a 23 inclusive, 27, 35, 37 y 38; convención colectiva, folios 120 a 143. Los folios citados corresponden al cuaderno principal".

En desarrollo del cargo el recurrente expresa que:

"En el documento que obra a folios 117 a 118, el Banco Cafetero comunica al demandante que ha resuelto dar por terminado el contrato de trabajo 'de conformidad con l artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ordinales 6 y 10'. Sin embargo el ad quem afirma que Guillermo Quintero incurrió en acto inmoral, con lo cual transgredió el numeral 5 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, siendo así que el Banco no comunicó al trabajador este numeral como causal de despido. El parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 es muy claro cuando exige que la causal o motivo de despido debe manifestarse en el momento de la extinción del contrato, y que posteriormente no puede alegarse válidamente causal o motivos distintos. Y si esto no puede hacerlo la parte que rescinde el contrato, menos le es dable al juzgador cambiar la causal alegada para hacerla coincidir con el hecho que encontró demostrado, como lo hizo el Tri-

bunal Superior al afirmar que el trabajador incurrió en la causal contemplada en el numeral 5 del artículo 7º del Decreto citado, que no fue invocada por el patrono para despedir a Quintero Cobo según claramente se desprende del documento que obra a folios 117 y 118 que por consiguientemente fue erróneamente apreciado, llevando al sentenciador a dar por demostrado que dicha causal o motivo había sido invocado por el patrono para terminar el contrato de trabajo. Este error de hecho, entre otros, indujo al ad quem a dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante había sido despedido con justa causa, error de hecho este último que ocasionó la violación de las normas sustanciales enunciadas en la formulación del cargo."

Se extiende luego en consideraciones sobre este mismo tópico señalado que: "(...) el Tribunal hace referencia a las respuestas dadas por el trabajador demandante a las posiciones 4ª, 5ª y 6ª, del pliego que le fue sometido para absolver. Pero examinando estas respuestas se llega a la conclusión de que lo único que puede tomarse como demostrado es que Guillermo Quintero Cobo utilizó 'sobres de la correspondencia del Banco para distribuír un boletín informativo del Sindicato en el cual se hacía saber que el Banco nos hacía un contrapliego de peticiones, siendo al contrario que era el Sindicato que presentaba el pliego de peticiones'. Pero el sentenciador de segunda instancia infiere, y aquí es donde se produce la errónea apreciación de la prueba, el error en el juicio, la falta de crítica racional, que ese acto constituye una violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que le incumbían al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del C.S. del T. o una falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos (...) etc."

Señala luego que, cuando se invoca el numeral 6 de la Sección A) del art. 7º del D. 2351, no basta con citar la norma escuetamente sino que es necesario expresar cuál es la obligación o prohibición señaladas taxativamente en los artículos 58 y 60 del C. S. del T., o la grave falta indicada en el pacto o convención colectivos, o reglamentos etc.

En lo que corresponde a la causal 10 del art. 7º del D. 2351 de 1965, hace una extensa crítica de la sentencia recurrida, destacando en sustentación del cargo, cómo el Tribunal, apreció los memorandos cuyas copias obran a los folios 19 a 23, 27, 35, 37 y 38, la suspensión del trabajador y su reintegro por intervención del Sindicato, las sanciones disciplinarias, amonestaciones etc. , como inejecución sistemática de las labores del trabajador y causa justificativa de despido.

Estima que dado el tiempo de servicio prestado por el trabajador al Banco, las ausencias fueron pocas, y que de ellas, como de la suspención y de las amonestaciones no puede sacarse la conclusión a que llegó el ad quem, con violación tanto de las disposiciones legales que cita como de la convención colectiva en su artículo 32.

Finalmente y en resumen dice: "No estando demostrado que el patrono invocó como causal de despido la contemplada en el numeral 5º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, Sección A); que el trabajador incurrió en las causales 6ª y 10ª del mismo artículo; ni que dio el preaviso de que trata el numeral 15 en su inciso segundo, del mismo artículo, ni que se cumplió el procedimiento señalado en la convencción colectiva de trabajo para despedir, el Tribunal Superior incurrió en notario error de hecho al dar por demostrado que el trabajador fue despedido con justa causa y previo el cumplimiento de los requisitos legales y convencionales, pues si no se invocó una determinada causal y las otras no se comprobaron, no hubo justa causa para despedir; y en el supuesto de que una de ellas, la contemplada en el numeral 10 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 estuviese demostrada, no se le dio al trabajador el aviso legal de quince días; y aún estando comprobadas las causales de despido, este es injustificado al no cumplirse el artículo 32 de la convención colectiva vigente."

La Réplica.

La parte demandada por medio de su apoderado, presenta una crítica del planteamiento de la demanda, el cual encuentra defectuoso y se extiende luego en consideraciones tendientes a sostener la legalidad del fallo del ad quem, mediante un análisis pormenorizado de los diferentes apartes que comprenden los argumentos de sustentación de este primer cargo, de donde no puede deducirse, según el impugnante de la demanda de casación errores de hecho evidentes.

Consideraciones de la Corte.

El casacionista arguye que, en el documento que obra a los folios 117 y 118 el Banco Cafetero comunica al demandante que ha resuelto dar por terminado el contrato de trabajo 'de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 ordinales 6 y 10' y que, sin embargo el ad quem afirma que Guillermo Quintero incurrió en acto inmoral, con lo cual trasgredió el numeral 5 del art. 7º del Decreto 2351 de 1965, siendo así que el Banco no comunicó al trabajador este numeral como causal de despido.

En la prueba mencionada aparece la siguiente motivación expuesta por el Banco: "(...) El día 12 de los corrientes usted, en forma abusiva entregó al Oficial de Despacho, señor Héctor Valencia, papeles o correspondencia de extraños del Banco, para ser distribuída como correspondencia del Banco.

"Llamado a oír sus explicaciones, en presencia del Presidente del Sindicato al cual está afiliado, señor Eduardo Perdomo, reconoció su acto y como justificación dijo que no sabía que eso estaba prohibido.

"Como sus explicaciones no justifican su falta, ya que usted tiene de ser empleado del Banco más de 10 años y casi todos ellos laborados en la Sección de Correspondencia, se ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2351/65, ordinales 6 y 10.

"Esta terminación del contrato es contada a partir de mañana 15 de los corrientes. (...)."

El actor del juicio, refiriéndose a este preciso particular dijo en posiciones como respuesta a la pregunta correspondiente: "Es cierto y aclaro, que fue la primera vez que utilicé sobres de la correspondencia del Banco para distribuír un boletín informativo del Sindicato en el cual se hacía saber que el Banco nos hacía un contrapliego de peticiones, siendo al contrario que era el Sindicato que presentaba el pliego de peticiones al Banco; esto con el fin de que se dieran cuenta todos los empleados del Banco en el país, pero no creí que esto fuera muy grave para la empresa, toda vez que no iba nada subversivo ni en contra personal de ningún empleado, sino más bien como una información por lo que era del Banco a nosotros."

Y la sentencia acusada frente a estas probaciones se expresa de la siguiente manera: "Tampoco cabe dudar de la ocurrencia del hecho que hizo rebosar la copa y sirvió de antecedente inmediato al despido: en síntesis, consistió en que el trabajador demandante, aprovechándose de sus funciones en el departamento de correspondencia hizo incluír dentro de los sobres de la correspondencia del Banco boletines del Sindicato en los que se denunciaba la posición de la Empresa en torno a un pliego de peticiones. Es claro que semejante actuación es grave porque va contra la lealtad y la buena fe que debe presidir la relación patrono-trabajador porque implica un abuso de la confianza depositada por el primero en el segundo al utilizar en perjuicio de la Empresa las funciones que en su beneficio le asignara ésta. Y no se diga que por tratarse de un trabajador sindicalizado se justificaba la acción en beneficio de los trabajadores y del Sindicato, porque ni la lucha sindical ni la defensa de los trabajadores, causas nobles en sí mismo consideradas, pueden servir para cohonestar ni mucho menos justificar el uso de armas innobles, las actividades de mala fe, la violación de la confianza de que se es depositario.

"Queda pues demostrado que el demandante violó en forma que se puede denomi-

nar sistemática, por las frecuentes ausencias, sus obligaciones contractuales (numeral 10, aparte A), artículo 7º Decreto 2351 de 1965); y que igualmente incurrió en falta grave y aún en acto inmoral, con lo cual al propio tiempo transgredió los numerales 5 y 6 del precepto invocado, al utilizar indebidamente su cargo en el Banco.

"Cuanto al procedimiento para el despido, punto de capital importancia dentro del enjuiciamiento de la demanda, estima la Sala que se ajustó a derecho y que en particular no se violó el art. 32 de la Convención Colectiva de 14 de febrero de 1966 (fs. 120 a 143).

"Ciertamente es incontrovertible la legalidad y la vigencia de ese pacto, traído a los autos en copia auténtica y con constancia de su depósito, pero, en primer lugar de la lectura de las diferentes piezas que se han analizado se sigue que la Empresa dio oportunidad al trabajador para ser oído en presencia del Presidente del Sindicato. Tal cosa se desprende de la forma como el interesado absolvió la pregunta sexta que se dejó transcrita. En segundo término, la misma cláusula reza, in fine 'No habrá lugar a este procedimiento cuando se aduzcan actos delictivos, inmorales o de violencia' y ya se vio que el cuestionado fue un acto inmoral."

Es objetivo que, el Banco en el oficio por medio del cual consignó las motivaciones de despido inmediato, citó como de conformidad con aquellas causales el artículo 7º del decreto 2351 en sus ordinales 6º y 10º, y es evidente como lo anota el casacionista que, esa institución no hizo referencia al ordinal 5º de esa norma. Empero, repetidamente la Corte ha expresado que "No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necsario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada, pues de lo contrario no serían claros los motivos dados a conocer al trabajador para la terminación del contrato, y éste tendría dificultades para defenderse en caso de un juicio, porque no sabría a qué atenerse respecto a los verdaderos motivos del patrono para prescindir de sus servicios, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy sustituído por el parágrafo del art. 7º del Decreto 2351 de 1965".

No puede desconocerse que, el Banco señaló el ordinal 6 de la norma precitada, que también invoca el ad quem en su sentencia como fundamento legal justificativo del despido, considerando que aquellas motivaciones expuestas por el Banco concordaban con el contenido de ese numeral, que dice:

"Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

Esta disposición es compleja, pues la violación grave de las obligaciones o prohibiciones por parte del trabajador se remite al alcance de las disposiciones sustantivas en ella misma enunciadas y además a los pactos, convenciones, fallos arbitrales, contratos y reglamentos.

Para el caso concreto de estudio se tiene que, entre las obligaciones impuestas al trabajador por el artículo 58 del C.S.T. antecitado, en el ordinal 4º dice: "Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros."

Y entre las prohibiciones el reglamento de trabajo del Banco Cafetero, agregado a los autos, en su capítulo XVIII dice:

"Terminación unilateral del contrato de trabajo sin previo aviso:

(...) 2º: Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias malos tratamientos o grave indisciplina, en que incurra el trabajador durante sus labores, contra el personal directivo, contra sus superiores jerárquicos y familiares de éstos o de aquéllos, contra el público con el cual tenga que tratar por razón de sus funciones, o contra los demás trabajadores del Banco."

Y a su turno el artículo 32 de la convención colectiva vigente a que han aludido el fallador y el impugnador, expresa:

"Antes de dar por terminado un contrato por justa causa, por aplicación del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el Banco dará al trabajador la oportunidad de ser oído, asistido por dos representantes del Sindicato al cual perteneciere.

"No habrá lugar a este procedimiento cuando se aduzcan actos delictivos, inmorales o de violencia (...) etc."

De forma que, al estimar el ad quem el hecho demostrado de que el señor Guillermo Quintero Cobo, utilizó indebidamente la correspondencia bancaria para distribuír a los empleados del Banco Cafetero en el país un boletín informativo del Sindicato, como falta grave y causa de justificado despido inmediato, no hizo otra cosa que ajustar la providencia que desató la litis en segundo grado, a los ordenamientos legales y convencionales precitados, así como al reglamento de trabajo del Banco, por cuanto el empleado bancario demandante, con esa conducta, es claro que quebrantó la obligación de "guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores (...)" de que trata el ordinal 4º del artículo 58 del C. S. T.; de ahí que la sentencia acusada habla de acto inmoral, aun cuando equivocadamente cita el ordinal 5. del art. 7º del decreto 2351 de 1965, si bien igualmente invoca el ordinal 6, que como se ve, es el aplicable directamente al caso concreto de autos.

Además, si con esa sola ocurrencia de violación de la moral, de la buena fe, en las relaciones del trabajador con el Banco, actuación de indubitable gravedad en un empleado bancario, y aun de cualquiera otro que así abusara de la confianza en él depositada por el empleador, se fundamenta legalmente la sentencia recurrida, con respecto al despido justificado en inmediato por el Banco, con más abundamiento de razón se sostiene esa providencia, con las consideraciones alusivas a la "mala fe", al analizar aquellas ejecuciones abusivas del trabajador, que implican necesariamente la apreciación del juzgador de que el empleado violó también el reglamento de trabajo, que sanciona con despido sin previo aviso, "cualquier falta de honradez", es decir, cualquier falta de probidad o de rectitud.

Abarca pues el fundamento de la sentencia dos aspectos: el de quebrantamiento de las obligaciones a su cargo por parte del empleado, y el de violación de prohibiciones contempladas en el reglamento, ambas comprendidas como queda advertido en el ordinal 6º del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, conformes con los ordenamientos sustantivos y convencionales mencionados.

En lo atinente a la sistemática inejecución de las obligaciones por parte del trabajador, a que se refieren la nota de despido y la sentencia recurrida, con fundamento en el ordinal 10º de la antecitada disposición, se tiene que, aquellos memorandos aducidos como prueba por la parte demandada, no contradichos por el trabajador, en el curso del juicio, y cuya autenticidad por tanto tiene el vigor probatorio que les da la ley, corresponden no a esporádicas ausencias y manifestaciones de contumacia del empleado, sino a repetidas situaciones de esa naturaleza, que en ocasión pretérita llegaron a motivar suspensión y sanción disciplinaria, acontecimientos de hecho que sí vendrían a conformar esa sistemática inejecución de obligaciones a que alude el ordinal 10º nombrado, cuya consideración sirvió para estimar la sobrada razón del Banco en su proceder, ante el acontecimiento de aquella otra conducta que fue el verdadero motivo justificativo del despido inmediato.

Si pues, en verdad la parte patronal no dio anticipado aviso al despedido en razón de la aducida causal contemplada en el varias veces referido ordinal 10º del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, ello no enerva la viabilidad jurídica de la sentencia acusada, toda vez que el sustento principal de ésta, estriba en las consideraciones supradichas que corresponden al ordinal 6º del mismo artículo.

No incurrió pues el ad quem en error evidente en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a la conclusión tomada, y por tanto el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Expresa el casacionista que:

"La sentencia recurrida viola, por aplicación indebida, el ordinal b) del artículo 17 de la ley sexta de 1945; artículo 29 de la la Ley sexta de 1945; sustituído por el artículo 1º de la ley 24 de 1947; art. 21 de la ley 72 de 1947; ley 171 de 1961 y artículo 22 de su decreto reglamentario número 1611 de 1962; artículo 4º de la ley 4ª, de 1966, en relación con los artículos 205, 239 y 343 del Código Judicial."

Se persigue con este cargo la casación total del fallo de segundo grado, para que en función de instancia se revoque el del juzgado en cuanto absolvió de la petición primera de jubilación y en su lugar se haga la declaración contenida en el literal a) de las peticiones subsidiarias del libelo inicial, cargo éste a su turno subsidiario del anterior.

Argumenta el recurrente para sustentarlo que:

"El Tribunal dio por demostrado que el trabajador demandante había prestado sus servicios en la Concesión de Salinas del Banco de la República y el Banco Cafetero por más de veinte años, y sin embargo no declaró el derecho de éste a gozar de la pensión de jubilación en los términos de las normas sustantivas enunciadas, por considerar que la edad del trabajador era una condición, y declaró por lo tanto la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

"Sin embargo, la acción intentada no es de condena, sino declarativa. El demandante no pide que se condene al Banco Cafetero a pagar la pensión de jubilación cuando cumpla los cincuenta años de edad, sino que se declare el derecho a disfrutarla cuando llegue a los cincuenta años, petición que hace para mayor certidumbre de su derecho."

Se extiende en consideraciones sobre la acción declarativa y cita el concepto de W. Kisch sobre el particular, e informa que, estos planteamientos comprendidos en su obra Elementos de Derecho Procesal Civil, fueron acogidos por la Corte en Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de abril de 1936, y luego agrega:

"En el momento en que se instauró el juicio existían dudas sobre la naturaleza, oficial o particular, de los trabajadores del Banco Cafetero, duda que fue despejada por normas legales posteriores. Pero lo importante es que existía cuando se inició el juicio. Ante esta incertidumbre, el demandante debía despejar la duda de si el tiempo trabajado en una entidad oficial era acumulable al trabajador en el Banco Cafetero para efectos de la pensión de jubilación. La acción intentada era la adecuada y necesaria, pues la incertidumbre de la naturaleza de los trabajadores del Banco Cafetero, su liquidación posterior y posible sin definir este aspecto, era importante para el trabajador demandante asegurar su derecho, quien además no disponía de otra clase de acción para la consecución de sus fines, pues la condena de futuro no ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia sino en determinados casos. Quiero aclarar, pues parece que esto entendió el Tribunal, que el trabajador precisamente no intentó una acción de condena para el futuro, a la cual era posible ponerle la excepción de condición no cumplida o petición antes de tiempo, sino una declarativa, que reunía todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia".

La réplica contradice las pretensiones del casacionista y considera ajustada a derecho la sentencia recurrida, sobre este aspecto de la jubilación, no decretable para cumplimiento futuro.

Se estudia el cargo.

En primer lugar y desde el punto de vista de la técnica ha dicho la Corte con frecuente ocurrencia que, no hay cargos subsidiarios, puesto que ellos deben presentarse en forma autónoma e independiente. Así se ha hecho en la demanda que se estudia, mas el casacionista bautizó el segundo al final de su presentación, como cargo subsidiario.

Ahora bien, en cuanto corresponde a la acusación formulada en este cargo, por la que el impugnante estima indebidamente aplicadas las disposiciones que cita, considerando que el ad-quem ha debido disponer o decretar la jubilación ordinaria del empleado demandante, como declaratoria, para efectividad supeditada al cumplimiento del actor de la edad de cincuenta años, es pertinente la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"a) En los casos previstos por el artículo 8 de la ley 171 de 1961, que subrogó los arts. 262 y 267 del C. S. T., es posible la condena de futuro cuando se trata de despido sin justa causa, pues en este caso la edad requerida es simplemente condición para la exigibilidad del pago de la prima y en cuanto el derecho a ella se causa por el despido injustificado después de diez años de servicio a la misma empresa.

"b) En el evento de pensión ordinaria o plena del art. 260 no cabe condena de futuro, por regla general, ya que el derecho a ella nace a la vida jurídica al cumplirse estos requisitos: cincuenta y cinco años de edad para varones y cincuenta para las mujeres y veinte de servicios a la misma empresa. Estos requisitos no son meramente condiciones para la exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente.

"c) Por excepción, cabe condena de futuro en el mismo evento anterior, cuando el trabajador ha cumplido la edad y el tiempo de servicio indicados; pero continúa laborando para la misma empresa, solo que el pago correspondiente no podrá exigirse sino desde la fecha del retiro del mismo".

(Casación de 20 de abril de 1968).

El artículo 22 del decreto 2218 de 1966, que modificó el 22 del decreto 1611 de 1962 dice:

"Para los efectos de la ley 171 de 1961, se entiende que una pensión de jubilación se ha causado cuando se reunen los siguientes requisitos:

"a) Tiempo de servicio exigido por las normas legales, convencionales, reglamentarias o voluntarias, y

"b) Edad señalada por las normas legales, convencionales reglamentarias o voluntarias.

"2) Sin embargo, decretada la pensión, el beneficiario deberá acreditar la separación del servicio para poder disfrutar de la prestación.

"3) Para efectos de esa misma ley, se entiende que una pensión de invalidez se ha causado desde la fecha en que se adquirió el derecho a ella".

En el caso de estudio pues el ad-quem declaró la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, con lo que no aplicó indebidamente las normas legales invocadas por el recurrente, toda vez que el pedimento original de la demanda se refiere: a pensión ordinaria de jubilación, para cuando el demandante cumpla cincuenta años, y por otra parte, el despido, como quedó anotado antes fue justificado.

No prospera por tanto el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., J. Crótatas Londoño.

Vicente Mejia O., Secretario.

SUSTITUCION PATRONAL

El antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados a favor de los trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio diez de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 32).

Para obtener el pago de pensión de jubilación, de las mesadas atrasadas de esta prestación y las costas del juicio, demandó el doctor Carlos Martín Leyes, por conducto de apoderado, a la sociedad anónima "Laboratorios Picot de Colombia", en estado de liquidación, y en forma subsidiaria y con el mismo fin, dirigió también su acción contra la empresa "Vick Chemical Inc., Colombia, representada por el doctor Bernardo Zuleta, para el caso de que la demandada principal alegare que sus activos y pasivos los adquirió la compañía norteamericana "Richardson Merrel Inc., de Nueva York", cuya subsidiaria opera en Colombia bajo la razón social "ya mencionada de Vick Chemical Inc., Colombia".

Como hechos fundamentales del libelo se expusieron los siguientes:

1º—Que el demandante prestó servicios a Laboratorios Picot de Colombia, S. A., hoy en liquidación, durante 24 años, 2 meses y 4 días, desde el 4 de octubre de 1937 hasta el 8 de diciembre de 1961, devengando en el último año, como sueldo promedio la cantidad de $ 7.466-86;

2º—Que el actor nació el 10 de diciembre de 1910 y por tanto cumplió la edad de 55 años en la misma fecha de diciembre de 1965;

3º—Que el 9 de marzo de 1966 solicitó al liquidador de Labratorios Picot, por medio de carta aérea certificada, el reconocimiento y pago de pensión, pero que el doctor Bernardo Zuleta quien desempeña el cargo mencionado, no tomó ninguna determinación al respecto, por lo cual el demandante tiene derecho a que se le pague la prestación reclamada, desde la fecha indicada antes, lo mismo que los salarios caídos previstos como sanción por el C. S. del T.; y,

4º—Que la sociedad norteamericana Richardson Merrel de Nueva York, la cual opera en el país por medio de una empresa subsidiaria la Vick Chemical Inc. Colombia, adquirió en 1965 las acciones y activos de Picot Laboratorios. Inc., de Mount Vernon Estado de Nueva York y por consiguiente los de "Laboratorios Picot de Colombia, S. A."

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral Municipal de Barranquilla, al cual correspondió en reparto, se ordenó correr el traslado de ley a los demandados que, para el caso del juicio, estaban representados en una misma persona.

Cumplido este acto procesal, el liquidador de "Laboratorios Picot de Colombia, S. A." confirió poder para la representación judicial de la sociedad y el apoderado descorrió el traslado aceptando la fecha de in-

greso del actor y el que hubiera nacido el 10 de diciembre de 1910; negó los demás hechos y a su vez expuso la defensa de la demandada principal que fundamentó así:

a) El contrato de trabajo que la ligó con el demandante solo duró hasta el 30 de octubre de 1945, fecha ésta en que se suscribió entre las partes un contrato de asociación o cuentas en participación; y, b) el actor pasó a ser empleado de Cosmoquímica Ltda., sociedad constituída el 9 de diciembre de 1961, por escritura pública Nº 3.454 de la Notaría 4ª de Barranquilla, la cual adquirió de Laboratorios Picot de Colombia S. A. todos los enseres de oficina, materia prima, maquinaria, etc., y continuó el mismo negocio de la sociedad, por lo cual se operó el fenómeno de la sustitución de patronos. Como consecuencia propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Tramitada la primera instancia el Juzgado del conocimiento profirió sentencia el 26 de octubre de 1968, en la cual no consideró que el demandante hubiera estado ligado durante un tiempo con la demandada por contrato distinto al de trabajo, ni que entre aquella y Cosmoquímica Ltda. se hubiera producido sustitución patronal de ninguna especie ya que no existía la identidad del establecimiento en donde el actor sirviera 20 años y aquél en donde cumplió la edad de 55 años. Con estas tesis condenó el Juzgado a Laboratorios Picot de Colombia S. A., en liquidación, a pagar al doctor Carlos Martín Leyes la suma de $ 5.399,54, "por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966)".

Contra la providencia anterior la parte demandada interpuso recurso de apelación y en razón de él conoció del juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el que por medio de su Sala Laboral y en fallo de 20 de febrero de 1969 confirmó el de primer grado, pero "en razón de la solidaridad de las obligaciones contraídas por la demandada con el trabajador".

En ninguna de las instancias se condenó en costas a la demandada.

Contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla interpuso el apoderado de Laboratorios Picot S. A., recurso extraordinario de casación que, concedido por el ad-quem y admitido por la La Sala de la Corte, se procede a decidir teniendo en cuenta los escritos de demanda sustentatoria y su réplica, presentados en tiempo.

El recurso.

La empresa demandada por conducto del apoderado que constituyó dentro del trámite del recurso, pretende que la Corte case totalmente la sentencia de segundo grado y en sede de instancia revoque la del a-quo, declare probada la excepción perentoria de falta de legitimación en causa pasiva para obrar de "Laboratorios Picot de Colombia, S. A.", y, por tanto, la absuelva de la pretensión elevada en su contra por Carlos Martín Leyes.

Para fundar su pretensión propone un cargo único dentro del numeral 1º del artículo 60 del Decreto Nº 528 de 1964, y dice que "la sentencia impugnada aplicó indebidamente los ordinales 1º del artículo 260 y 1º del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo y dejó de aplicar los ordinales 2º y 3º de este artículo 69, en relación con el ordinal 2º del mismo 260 y con el artículo 70 ibídem".

La sentencia acusada, dice el impugnador en la demostración del cargo, acepta que el demandante suministró sus servicios a Laboratorios Picot de Colombia S. A., por más de veinte (20) años, desde el 4 de octubre de 1937 hasta el 8 de diciembre de 1961; que al día siguiente por virtud de una sustitución de patronos, continuó prestándolos a la sociedad "Cosmoquímica Ltda."; y que estando a órdenes de este último patrono cumplió 55 años de edad.

Prosigue diciendo que a esta situación de hecho, el ad-quem aplicó fundamentalmente el ordinal 1º del artículo 260 del C. S. del T., previa su interpretación correcta del

mismo que hizo a través de una doctrina acertada de la Corte, pero que regulaba un caso distinto al sub-lite, ya que, al trabajador al cual se aplicó se retiró definitivamente de la empresa sin haber cumplido 55 años de edad y que en el interregno la entidad cambió de dueño y el trabajador al cumplir el requisito de la edad, reclamó su pensión al antiguo propietario, quien fue obligado a pagarla.

Valiéndose de esta misma doctrina, dice el casacionista que en casos como el del pleito, de sustitución de patronos y nacimiento del derecho a la pensión al servicio del sustituto, es éste y nadie más que éste, quien debe responder de tal prestación, porque entonces esta solución, si bien igualmente contenida en el mismo ordinal 1º del artículo 260, está contemplada de manera expresa en los ordinales 2º y 3º del artículo 69, en concordancia con el 2º de aquella norma.

Agrega el acusador que según las voces del ordinal 2º del artículo 69, es el nuevo patrono el único responsable de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución y dice que en varios pasos de su providencia el Tribunal admite que el derecho a pensión del actor nació en el momento en que éste, estando ya al servicio de "Cosmoquímica Ltda." cumplió 55 años de edad.

Que lo anterior es así, comenta, lo confirma a contrario sensu, el ordinal 3º del propio artículo 69, que pone en cabeza del antiguo patrono la carga de la pensión de jubilación causada con anterioridad a la sustitución, aún tratándose de las mesadas que se hagan exigibles con posterioridad a la ocurrencia de este fenómeno, pues, en definitiva, si por razones de protección al trabajador, ellas deben ser cubiertas por el nuevo patrono, éste tiene derecho a repetir su valor contra el antiguo.

Ya para finalizar la demanda, afirma el recurrente que el sentenciador prescinde de la sustitución patronal como fundamento de su decisión, la que asegura apoyar en el solo concepto de unidad de empresa, pero tiene que acudir al primer fenómeno para señalar la existencia de una responsabilidad solidaria entre "Laboratorios Picot de Colombia S. A.", patrono sustituído, y "Cosmoquímica Ltda.", patrono sustituto, por la circunstancia de haber cumplido el demandante los 55 años de edad al servicio de este último.

Como conclusión de lo anterior, dice el impugnante, que el ad-quem aplicó indebidamente, sin duda, el ordinal 1º del artículo 69 del CST., que estatuye la responsabilidad solidaria tan solo de obligaciones exigibles al patrono sustituído a la fecha de la sustitución, ya que, la prestación reclamada no había nacido, ni era exigible el 9 de diciembre de 1961 cuando se operó tal fenómeno entre las dos empresas con respecto al demandante, y finaliza, antes de hacer algunas consideraciones de instancia, diciendo: "Con lo hasta aquí expuesto creo haber demostrado que el sentenciador no solo violó la ley —lo cual es de toda evidencia —sino que la infringió de la manera planteada en el cargo. Porque ni ignoró ni se rebeló contra ninguna de las normas que se han dejado singularizadas, lo que descarta la infracción directa de las mismas. Porque, aparte el ordinal 1º del artículo 260 —que se interpretó correctamente según quedó visto— tanto los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 69 como el 2º del propio 260 son de tal manera claros, y terminantes que no admiten equivocación acerca de su contenido y alcance, lo que descarta, asimismo, su errónea interpretación. Y porque en definitiva, lo que hizo fue dejar de aplicar los ordinales 2º y 3º del artículo 69 en los que necesariamente queda subsumida la situación fáctica que dio origen a este negocio, y en cambio aplicar desacertadamente el ordinal 1º del artículo 260, por no haberlo concordado con aquellos dos".

El opositor en este juicio estima por su parte que la sentencia acusada no solo no violó las normas indicadas por el censor por aplicación indebida sino que las aplicó correctamente, con alcance que implica un hondo sentido social, y que, de haber violado la ley, "ésta se habría violado por una interpretación errónea que no fue planteada por el recurrente en su acusación y por

lo cual, también debe desestimarse el cargo".

La Corte considera:

La sentencia materia del recurso es imprecisa en sus términos, confusa y contradictoria, pero su parte esencial indica que el Tribunal de Barranquilla, aceptó por último que debía mantenerse la condena del a-quo, en virtud del fenómeno de la solidaridad que en el sub-lite solo es el resultado de aceptar que entre Laboratorios Picot de Colombia S. A. y Cosmoquímica Ltda. sí se efectuó el fenómeno de la sustitución de patronos, pero que la pensión debía pagarla la primera, en virtud del acuerdo a que llegaron las dos empresas, contenido en la escritura pública Nº 1.574 de 1967, que obra a los folios 27 y 28 del cuaderno Nº 1.

El fallo acusado para llegar a esta conclusión reprodujo un aparte de una sentencia pronunciada en caso similar al subjúdice, diciendo:

"En el caso que nos ocupa se ha visto que el trabajador había cumplido los 20 años de servicio a Laboratorios Picot S. A. y que solo le faltaba cumplir los 55 años de edad. Ello quiere decir que el derecho del trabajador le nacía con o sin sustitución patronal. De ahí que las empresas sustitutas y sustituídas habían convenido en la cláusula tercera de que trata la Escritura Nº 1574 de 1967 obrante a folios 92 y 93 lo siguiente: 'Cosmoquímica se hará cargo de todos los empleados, viajeros, científicos e inspectores del extinguido Departamento Científico de Picot, habiendo Picot liquidado las prestaciones correspondientes a todo este personal a excepción de la parte que pueda corresponderle en las pensiones de jubilación a que eventualmente tengan derecho esos colaboradores'.

'Indudablemente que los patronos en este caso hicieron uso del art. 70 del CST. el cual expresa "el antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados en favor de los trabajadores en el artículo anterior".

'Tenemos por consiguiente que el derecho del trabajador en el caso de autos en verdad no nace en relación a la sustitución patronal ya que Reyes Galvis cumplió todo el tiempo de servicio dentro de la vigencia del contrato de trabajo habido con la empresa demandada. Pero como la edad la vino a cumplir dentro del contrato habido con el patrono sustituto, el derecho que nació en ese momento al trabajador deben responderlo las dos empresas existiendo por consiguiente la solidaridad de las obligaciones, pero como el actor solo demandó a una de dichas empresas solidarias y la responsabilidad en esta sentencia no cabe sino condenar a la que el trabajador escogió para responderle por la jubilación.'

La Corte al examinar la sentencia a que alude el aparte transcrito, se pronunció así:

"El juzgamiento del ad-quem se exhibe impreciso en aspecto principal de la litis y en el de la voluntad de ley que la resuelve, pues en algunos pasos atiende a la sustitución patronal entre Laboratorios Picot de Colombia S. A. y Cosmoquímica Ltda. y en otros afirma el derecho jubilatorio con prescindencia de dicho fenómeno. Y es claro que, en este último caso, la decisión sería incuestionable, conforme al artículo 260 CST, en razón de los veinte años y más de servicios de Reyes Galvis para la demandada y de sus 55 años de edad, aunque éstos los hubiese cumplido fuera de la empresa. Mas en el otro supuesto, que parece afirmado por el fallador en citas de los artículos 67, 69 y 70 del mismo estatuto, en la aceptación de las partes y en documento apreciado como prueba, asiste razón al recurrente al acusar la aplicación indebida del ordinal 1º del texto 69 y la falta de aplicación de sus ordinales 2º y 3º, pues si la jubilación se causó, como lo entiende el Tribunal, cuando el trabajador cumplió la la edad pensionable 'dentro del contrato habido con el patrono sustituto' (f. 36 del cuaderno 2) el derecho no podía gobernarse por la regla primeramente indicada, que de modo expreso se refiere a las obligaciones exigibles a la fecha de la sustitución, sino por la segunda de ellas, que fija en el nuevo patrono la responsabilidad de las

que surjan con posterioridad. Decisión que corrobora la regla tercera del mismo precepto, en la exégesis a contrario sensu que aduce el cargo, pues para el fallador no hubo derecho nacido anteriormente.

"En estas condiciones el ataque es fundado, sin que el asunto se muestre como de interpretación errónea, según dice el opositor, pues no se trata de equivocado entendimiento de las normas referidas sino de aplicación de la primera de ellas a una situación no regulada por ella y falta de aplicación de las otras dos a la que las reclamaban. Tampoco se atiende a la definición que procura el opositor sobre el vocablo 'empresa' porque este tema importa el artículo 260 CST, y no a los preceptos considerados sobre sustitución patronal que definieron la litis. Sin que, por último, para la mayoría de la Sala su solución se halle en una doble acción contra las empresas sustituída y sustituta porque ni el legislador la consagra ni ella resulta de la solidaridad que establecen los textos referidos.

"Con todo, el cargo no destruirá la condena pronunciada contra la sociedad recurrente. Porque en el juicio se probó que entre ella y Cosmoquímica Limitada se convino, en documento cuya apreciación por el ad-quem no ha sido objeto de ataque, que Laboratorios Picot asumiría la obligación de pagar las jubilaciones que eventualmente le correspondieran por servicios prestados a ella. Así aparece de la cláusula suscrita por los representantes de las sociedades mencionadas el 22 de diciembre de 1961 y de la escritura del folio 92. Y si bien el liquidador Zuleta al absolver posiciones manifestó no conocer tal convenio y su apoderado en el juicio no acepta la versión que quienes la suscribieron consagraron en el instrumento público que obra a los folios 90 y vuelto, a más de que atribuyen interés al declarante Leyes, también es cierto que con la contestación de la demanda se acompañó pieza que indica su existencia, y que ella tuvo para el ad-quem el sentido con que la recibe la Sala, por lo cual es concluyente su apreciación sobre este punto. Picot asumió, pues, por ese denominado convenio entre patronos la obligación de responder por el tiempo de servicios que le correspondiera, para los efectos jubilatorios, como lo revela también el documento que adujo como prueba respecto de otro ex-trabajador suyo, y habiéndose cumplido el evento de la edad pensionable en el caso de Reyes Galvis, ella es la persona obligada conforme al texto 260-CST en relación con el artículo 70 de la misma obra que autoriza tales convenios. La decisión, en últimas, se ajusta a derecho, en la forma explicada, y el fallo condenatorio debe mantenerse."

Teniendo en cuenta que en el caso de autos, se presentan las mismas circunstancias anotadas, es el caso de declarar que la sentencia acusada se ajusta en últimas a derecho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EDMUNDO HARKER PUYANA.

Para sustentar mi discrepancia con el fallo anterior me permitió reproducir a continuación las razones expuestas en la salvedad al fallo de casación laboral en el juicio ordinario de Juan Reyes Galvis contra Laboratorios Picot de Colombia S. A. y Cosmoquímica Limitada, cuyos fundamentos son los mismos de la presente decisión.

"La sentencia olvida que el caso sub-lite registra una situación peculiar, **sui géneris**, cual es una sustitución patronal que se operó apenas de manera **parcial**, subsistiendo la vida jurídica de las dos empresas, frente a un trabajador que habiendo prestado la totalidad del tiempo de servicio necesario para disfrutar de pensión jubilatoria a la empresa sustituída ¡Labortorios Picot— vino a cumplir la edad indispensable para exigir la prestación efectiva del beneficio hallándose a las órdenes de la empresa sustituta, Cosmoquímica Limitada.

En tal caso, no en virtud de una doble acción solidaria que el legislador no consagra, por innecesaria, sino por la subsistencia de la acción emanada del artículo 260 CST, a la que viene a sumarse la acción nacida de la sustitución patronal, el trabajador puede reclamar la pensión a cualquiera de las dos empresas.

La causalidad del derecho jubilatorio depende de estos requisitos: a) la prestación de servicios a la empresa del capital legalmente señalado; b) que los servicios, continuos o discontinuos, tengan duración mínima de veinte años; c) que el trabajador cumpla la edad necesaria para hacer efectivo su derecho. Este último requisito, más que un factor axiológico, aparece como condición suspensiva, si así puede ser llamada, de la cual pende el momento vital en que la prestación se hace efectiva. Porque la etiología del derecho jubilatorio no remite a duda que su base jurídica fundamental la constituye la prestación personal del servicio a una misma empresa por el lapso legalmente indicado de veinte años. Tal el sustentáculo generador de la prestación, su raíz cardinal. Cumplido este requisito esencial, el factor edad no aparece sino como la circunstancia vital, dependiente tan solo de un proceso biológico inexorable que discurre con el transcurso de los años, que sirve para poner en marcha o acción el derecho a la jubilación, ganado ya por el servicio de veinte años a una misma empresa. De esta suerte, al trabajador que haya cumplido el tiempo de servicios, sin tener la edad de vejez, le basta, para tener derecho a reclamar su derecho pensional, sobrevivir el interregno necesario para cumplir la edad, pudiendo continuar vinculado a la misma empresa, a otra que puede ser distinta o sustituta de la anterior, o encontrarse también en estado de cesantía. El derecho, como se ha dicho, tiene en todo caso por sujeto pasivo a la empresa en que el trabajador prestó el servicio, en tanto que la obligada se halle viva y actuante, como persona natural o jurídica. Por esta razón, sin duda, la jurisprudencia laboral ha dicho con pertinacia que "para efectos de la pensión jubilatoria, lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa por veinte años, siendo indiferente que durante ese tiempo haya cambiado de dueño y que el cambio dé lugar a una sustitución patronal, o que dicho fenómeno no se produzca" y que "su base jurídica (de la pensión jubilatoria) es el servicio a una misma empresa, continuo o discontinuo, por veinte años".

En el caso que los autos registran, el demandante sirvió a la misma empresa durante veinte años continuos; la empresa tiene el capital necesario para soportar la prestación, superviviendo con existencia jurídica indiscutible, así sea en estado de liquidación; y el trabajador, finalmente, ha llegado a la edad necesaria para demandar el pago de la pensión plena de jubilación. Se han llenado, pues, todas las condiciones para que Laboratorios Picot, con base en la acción consagrada en el artículo 260 CST, sea obligada a pagar al actor Reyes Galvis la pensión que éste le demanda, y que el Tribunal le reconoció con justicia y legalidad.

La propia sentencia, de cuya fundamentación me aparto, lo reconoce así cuando expresa que "la decisión sería incuestionable, conforme al artículo 260 CST, en razón de los veinte años y más de servicios de Reyes Galvis para la demandada y de sus 55 de edad, aunque éstos los hubiese cumplido fuera de la empresa" (subrayo). Empero, la circunstancia de la sustitución parcial de patronos efectuada entre Laboratorios Picot y Cosmoquímica Limitada desvía el fallo de su conclusión lógica ante la sola consideración de que la sustitución parcial fijó en el nuevo patrono la responsabilidad de las obligaciones surgidas con posterioridad, como si esa responsabilidad pudiera ser exclusiva del sustituto por el solo hecho de que el trabajador cumpliera la edad por fuera de la empresa.

La sustitución parcial no puede tener, sin embargo, la consecuencia aberrante de privar al trabajador de la acción consustancial que tiene contra la empresa a la cual sirvió durante veinte años. El fallo desatiende en este punto la razón de ser de la sustitución patronal, figura jurídica que la doctrina y la legislación laboral moderna, inspiradas en el principio de la comunidad de la relación de trabajo, concibieron en interés exclusivo de los trabajadores, con el fin de evitar que por medio de sustituciones o enajenaciones reales o simuladas pudieran defraudarse sus derechos sociales. Al respecto, nuestro derecho positivo regula diversos casos de sustitución de empresas a través de los artículos 67 a 70 CST; mas ha de entenderse que en un caso peculiar de sustitución parcial como el contemplado en esta litis, ningún fenómeno de responsabilidad solidaria ni de responsabilidad exclusiva puede eliminar la acción del trabajador con origen en el artículo 260 CST, dentro de los perfiles y lineamientos de la sustitución litigiosa que se examina, pues no debe descuidarse que la responsabilidad derivada de la sustitución patronal se instituyó en beneficio del trabajador, en garantía y protección contra insolvencias o defraudaciones del patrono sustituído. Ha de admitirse, por tanto, que en la hipótesis fáctica del litigio el trabajador bien podía accionar contra el patrono sustituto, mediante la acción emanada del fenómeno de la sustitución, o dirigir la acción contra el antiguo patrono, pues lo que es un derecho, o mejor, una facultad instaurada en favor del trabajador no debe convertirse en obligación en su contra, que pueda lesionar sus intereses en determinado momento, con menoscabo de los propósitos que persigue el derecho social.

Fecha ut supra.

Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., Junio diez de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.)

(Acta No. 35)

Inés Uribe Serrano de Schmitz demandó por medio de apoderado al "Gimnasio Antonio Nariño —Escuela Comunal Autónoma"—' para que se le condenara a pagarle cesantía, vacaciones, primas de servicios semestrales omitidas durante el tiempo de trabajo; salarios hasta la terminación de la licencia prematernal, dejados de pagar por el patrono, y sanción por falta de pago; salarios hasta la terminación del período de lactancia; sanción por suspención ilegal dentro del período de lactancia; salarios correspondientes al término para vencerse el contrato de trabajo, "salarios caídos" hasta que se efectúe la cancelación total de los salarios, prestaciones, sanciones e indemnizaciones que el patrono está obligado a pagar.

Según los hechos de la demanda, Inés Uribe Serrano de Schmitz comenzó a prestar sus servicios como Directora de la Escuela Comunal Autónoma Gimnasio Antonio Nariño, el 1º de julio de 1959, habiendo suscrito un contrato de trabajo el 20 de septiembre del mismo año; estuvo en servicio activo hasta el 25 de septiembre de 1961, fecha en que inició el disfrute de licencia prematernal, que vencía el 10 de noviembre del mismo año, habiéndosele pagado los salarios únicamente hasta el 3 de noviembre. Por medio del oficio Nº 103 de esta última fecha, fue informada por el Presidente del Consejo de Administración de la entidad demandada que se había acordado prescindir de sus servicios a partir del 4 de noviembre; la terminación del contrato fue ilegal, antes del vencimiento de la licencia por maternidad, y sin la autorización correspondiente; numerosos padres de familia solicitaron del Consejo Administrativo que la demandante fuera restituída al cargo; la petición no fue acatada y los dignatarios del Consejo adujeron públicamente motivos falsos y calumniosos que le causaron perjuicios profesionales, morales y materiales. El último salario devengado fue de $ 720^{00} mensuales.

El apoderado de la Escuela Comunal Gimnasio Antonio Nariño, al contestar la demanda, no aceptó los hechos y se opuso a las peticiones, por cuanto el contrato de trabajo terminó legalmente y su poderdante consignó en el Juzgado Sexto Laboral lo que creyó adeudarle a la demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral de Bogotá, condenó a la entidad demandada a pagarle a la señora Inés Uribe Serrano de Schmitz, setecientos veinte pesos ($720.00) por vacaciones causadas y no disfrutadas; un mil trescientos veinticuatro pesos ($ 1.324.00) por prima de servicios; ciento sesenta y ocho pesos (168.00) por salarios hasta la terminación de la licencia prematernal y un mil trescientos sesenta y ocho pesos (1.368.00) por lucro cesante; declaró probada la excepción de pago total en relación con el auxilio de cesantía y con la sanción por terminación ilegal del contrato dentro del período de lactancia, y parcialmente hasta por la suma de trescientos sesenta pesos ($ 360.00), en relación con las primas de servicio, absolvió del cargo relacionado con la indemnización por mora y

condenó a la demandada en el setenta por ciento (70%) de las costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, modificó la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la entidad demandada a pagar a la demandante ciento sesenta y ocho pesos ($ 168^00) por concepto de licencia prematernal y seiscientos cuarenta y ocho pesos ($648^00) por lucro cesante; declaró probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía e indemnización de que trata el artículo 239 del C. S. del T.; declaró no probadas las demás excepciones propuestas y absolvió a la parte demandada de las restantes peticiones, condenándola en el 40% de las costas de la primera instancia; no hizo condena por las de la segunda instancia.

El apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación. Concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la correspondiente demanda presentada oportunamente.

Alcance de la Impugnación.

Aspira el recurrente, "que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto en su parte resolutiva, confirmó con modificación a rebaja la condena afectuada! por el ad-quo por concepto de lucro cesante; absolvió sin revocatoria lo relacionado con la condena efectuada por el juzgador de primer grado en lo atinente a vacaciones; confirmó la declaración de estar probada totalmente la excepción perentoria de pago relacionada con el Auxilio de cesantía; confirmó la condena de costas de primera instancia, pero, rebajándola a un 40%, y sin imponer las de segundo grado; declaró no probada la excepción de pago y absolvió sin revocar la condenación hecha por el juzgador de primera instancia en lo relacionado con la prima de servicios, y confirmó la absolución por los salarios caídos; para que, en su lugar y obrando como Tribunal de instancia, verifique o efectúe las condenas solicitadas en la demanda inicial, en su proporción legal y lo que exceda de ésta, por los consiguientes conceptos y en la siguiente forma: Cesantía: $ 1.686.00; prima de servicio: $ 1.686.00; vacaciones: $720.00; Lucro Cesante: $ 1.368.00; confirme las costas de la primera instancia, imponga las costas de la segunda y las de este recurso (Decreto 0243 de 1951); e igualmente, profiera la condenación respectiva por el concepto de los comúnmente llamados "Salarios Caídos" o indemnización moratoria, a razón de un día de salario por cada día de retardo o mora en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, de conformidad con el art. 65 del C. S. T. Que no se case en lo demás".

Con base en la causal primera del art. 60 del Decreto 528 de 1964, formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo. — Acusa la sentencia recurrida de haber violado, por vía indirecta, los arts. 64, 63, 67 y 48 (artículo 1º del Decreto 617 de 1954) del C. S. T., violación a la cual llegó el Tribunal Superior a través de evidentes errores de hecho provenientes de la defectuosa o errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras. Acusa también, como infracción de medio, la violación de los artículos 13, 21 40 y 101 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala el recurrente las siguientes: a) El contrato de trabajo suscrito entre las partes, folio 5, y b) comunicación de noviembre 3 de 1961, o sea la carta de despido, que obra al folio 7 del expediente. Como pruebas no estimadas indica: 1ª) Comunicación de los padres de familia dirigida a la Junta Directiva de la Escuela Gimnasio Antonio Nariño, folios 9 a 15; 2ª) comunicación de Julio Castillo, Revisor Fiscal de la mencionada entidad, folios 23 y 24; 3ª) las copias del pago por consignación, folios 36 a 43; 4ª) declaraciones de los testigos María Antonia Botía, folios 46 a 48; Ofelia Granada de Sarmiento folios 48 a 50; y Carmencita de Jesús Cabral Santos, folios 59 a 61; y 5ª) copia impresa del Decreto No. 45 de 1962 que obra a folios 87 a 96.

Para el recurrente la entidad demandada tuvo en cuenta el artículo 101 del C. S. T. para celebrar el contrato con la demandante, y en consecuencia se estipuló en la cláusula tercera que la duración del año lectivo sería hasta el 31 de diciembre. Pero en el mismo contrato, y en forma contradictoria a juicio del impugnador, se pactó en la cláusula quinta que el tiempo de servicio sería

el estipulado por el Ministerio del ramo, contradicción que fue observada por el ad-quem, pero dándole una interpretación restringida y desfavorable para la parte actora. Dice que del acervo probatorio que obra en el expediente, ambos falladores de instancia dedujeron un rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, pero al paso que el de primera instancia profirió condena por 57 días de salario como lucro cesante, o sea $ 1.368,00, el ad-quem, de modo desfavorable para la trabajadora condenó por suma menor, pues tuvo en cuenta la copia de un decreto allegado por vía informativa a los autos en la audiencia pública de alegación, siendo así que no fue relacionado como medio exceptivo de defensa en la contestación de la demanda, ni fue ordenada la práctica de su prueba oportunamente, fuera de que la copia carece de autenticidad. Ante el hecho de que en un mismo contrato de trabajo se estipuló lo concerniente al término fijo o definido, con validez hasta el 31 de diciembre de cada año, y al indefinido, cuya regulación se entiende celebrada presuntivamente de seis en seis meses, el fallador de primer grado resolvió en forma más acorde con la realidad legal y procesal, aplicando tácitamente los artículos 21 y 40 del C. S. T., que hablan de que en caso de duda en los contratos de trabajo deben aplicarse las normas más favorables para el trabajador, y en cambio el ad-quem resolvió desacertadamente, pues ha debido efectuar un análisis de las cláusulas de dicho contrato para buscar en su armonía una síntesis o conjunto de principios equitativos con el fin de no restringir los derechos de la trabajadora, máxime cuando de las reglas de interpretación de los contratos consignadas en el Código Civil, lo ambiguo queda excluído por considerarse no escrito y lo contradictorio se estima ilícitamente estipulado, por lo cual, lo que mejore al trabajador en la contradicción debe entenderse en su favor, pues el Código Sustantivo del Trabajo establece un mínimo de derecho y prerrogativas en favor de los trabajadores, cuya renuncia no se permite.

Se refiere luego a las pruebas sobre rompimiento unilateral del contrato que demuestran que éste fue injusto y en consecuencia se produjo la violación del artículo 64 al no condenar a la suma de $ 1.368.00 por lucro cesante.

Se considera:

Aún cuando el impugnador no señala claramente en qué consiste el error de hecho, de la sustentación del cargo se desprende que le atribuye al Tribunal haber dado por demostrado que el contrato de trabajo tenía como término la duración del año escolar, y no haber dado por demostrado que se vencía el 31 de diciembre.

Ahora bien: en relación con el término del contrato, el ad-quem parte de la base de que en los celebrados con profesores de establecimientos particulares no se aplica la presunción general de que todo contrato de trabajo que no tenga término fijo se entiende celebrado por seis meses, pues de acuerdo con el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo se presumen celebrados por el año escolar, a menos que se establezca un término menor. Sin embargo, anota que en la cláusula tercera del contrato firmado por las partes se observa una contradicción, pues se pacta el término por la duración del año lectivo, pero se agrega: "o sea hasta el día treinta y uno de diciembre". Esta antinomia desaparece, a juicio del Tribunal, al leer la cláusula quinta, en donde se prescribe que el tiempo de servicio será el estipulado por el Ministerio del Ramo para el año escolar, que de conformidad con el Decreto 1329 de 1958, vigente en esa época, comienza el día 1º de febrero y puede terminar a partir del 15 de noviembre según lo que determine cada establecimiento educativo. Agrega que como en cada año escolar se celebra un contrato diferente, se debería haber allegado a los autos la prueba que indicara la fecha en la cual el Gimnasio Antonio Nariño terminó labores, pero que ante su ausencia debe aceptarse lo conceptuado por el Ministerio de Educación en el sentido de que el año escolar comprendió un lapso de diez meses, por lo cual el contrato debería haber terminado el día 30 de noviembre para completar los diez meses contados a partir del 1º de febrero.

A juicio de la Sala el ad-quem no incurrió en el error de hecho que se le atribu-

ye, pues la intención de las partes, claramente expresadas en las cláusulas tercera y quinta, es la de que el contrato tendría la duración del año escolar. Y si en la tercera se agregó que el año lectivo duraría hasta el 31 de diciembre, en la quinta se aclara que el tiempo de servicios sería el estipulado por el Ministerio del Ramo. Ese período del año escolar es, de acuerdo con el Decreto 1329 de 1958, que invoca el Tribunal, el comprendido entre el 1º de febrero y el 15 de noviembre. Pero en el supuesto de que al contrato celebrado entre las partes éstas hubieran querido señalarle un término fijo, que venció el 31 de diciembre de 1959, la renovación del contrato no se regiría por el término presuntivo contemplado por los contratos comunes y corrientes, sino que habría que dar aplicación a la presunción especial establecida por el artículo 101 del C. S. del T. para los contratos celebrados por profesores de establecimientos particulares de enseñanza, como lo hizo el Tribunal, que en consecuencia no incurrió en error de hecho al dar por demostrado que el contrato vencía a la terminación del año escolar señalado por el Ministerio de Educación.

Cuanto al argumento expuesto por el acusador de que el Tribunal tuvo en cuenta para su decisión la copia impresa del Decreto Nº 45 de 1962 que obra a los folios 87 a 96, es conveniente aclarar que el ad-quem determinó la duración del año escolar con fundamento en el Decreto 1329 de 1958, que no necesitaba ser probado, por tratarse de una norma general de carácter nacional, como lo es también el Decreto Nº 45 de 1962, que mal podía ser apreciado erróneamente como prueba.

No habiéndose demostrado el error de hecho que se le atribuye al Tribunal, la acusación no prospera.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia recurrida de haber violado, por vía indirecta los artículos 186, 249, 250 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, violación a la cual llegó el sentenciador de segunda instancia por errónea o defectuosa apreciación de ciertas pruebas y la no estimación de otras.

Las pruebas erróneamente apreciadas son: a) La demanda inicial, fls. 2 a 4; b) contestación a la demanda inicial, folios 20 y 21; c) copias del pago por consignación, folios 36 a 43; d) Testimonios de Ofelia Granada de Sarmiento, folios 48 a 50; María Antonia Botía, folios 46 a 48, y Carmen de Jesús Cabral Santos folios 59 a 61; e) comunicación del I.C.S.S., folio 56.

Divide el impugnador el desarrollo del cargo en tres secciones, referentes a la cesantía, vacaciones y primas de servicio.

En la sección dedicada a la cesantía, manifiesta que ambos falladores condenaron por la suma de un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos ($ 1.684.00), liquidación efectuada sobre la base de un contrato de trabajo ejecutado por dos años, cuatro mesese y tres días, y del último sueldo devengado de $ 720.00 mensuales. Pero agrega, al verificarse una nueva liquidación se observa que la suma a que ha debido condenarse es la cantidad de $ 1.686.00, o sea que la entidad demandada ha dejado de cubrir dos pesos ($ 2.00).

Respecto a las vacaciones, dice que el Tribunal, entre los argumentos para la absolución, considera que en los hechos de la demanda inicial nada se dijo sobre esta prestación, por lo cual encontró acertada la argumentación del apoderado de la demandada sobre que no suministró las pruebas sobre el pago de las vacaciones por cuanto no se mencionó el no pago de las mismas por parte del patrono, y que aún cuando en la parte petitoria de la demanda se reclama su valor, en los hechos no se detallaron cuáles fueron disfrutadas, cuáles se debían compensar, ni a qué períodos correspondían. Expresa el recurrente que el concepto del ad-quem se rebate con el argumento de que en la demanda para iniciar un juicio laboral los hechos se refieren al contrato de trabajo, a la prestación del servicio, a la remuneración y a la terminación ilegal o no del contrato, y que de éstos se desprenden las peticiones, que de-

ben tener respaldo no en los hechos de la demanda, sino en los hechos probados que obren legalmente dentro del proceso; que en el libelo que dio origen a este juicio en las peticiones se pide claramente el reconocimiento y condena al pago de las vacaciones a que legalmente tiene derecho la demandante, por lo cual obró acertadamente el juzgador de primer grado al analizar las pruebas enunciadas en la formulación del cargo, especialmente las que se refieren a la nota de despido y las copias de pago por consignación.

Refiriéndose a las primas de servicio, el acusador expresa que el Juzgado condenó por la cantidad de $ 1.684.00 por todo el tiempo trabajado, aunque declaró probada parcialmente la excepción de pago hasta por la suma de $ 360.00 que la trabajadora recibió. Afirma que esta decisión, aún cuando más favorable que la del Tribunal, también es violatoria del art. 306 por vía indirecta, pues el valor correcto de las primas es de $ 1.686.00. Respecto a lo resuelto por el Tribunal, manifiesta que sobre esta petición tuvo en cuenta los mismos argumentos expuestos al resolver la petición de vacaciones, agregando que por haberse efectuado un pago por consignación de la cantidad de $ 360.00 se presumía el pago de las anteriores primas. Anota que el adquem incurre en contradicción, pues con el mismo fundamento que le sirvió de base para no acceder a la condena de vacaciones y primas de servicio, ha debido denegar las otras peticiones, que no se consignaron en los hechos de la demanda, y que invirtió la lógica deducible de las pruebas del proceso al presumir el pago de las sumas correspondientes a otros períodos semestrales, del hecho de haberse consignado la suma de $ 360.00, cuando lo que debe resultar de ello es todo lo contrario, pues del pago por consignación y demás elementos probatorios se colige que no se ha cubierto la totalidad de las primas de servicio causados.

Se considera:

El recurrente no señala con precisión los errores de hecho que le atribuye al adquem, ni la incidencia de la errónea apreciación de las pruebas en la comisión de dichos errores. Se limita a combatir las razones del fallador de segunda instancia, con argumentaciones propias y del juzgador de primer grado, aún cuando también acusa las decisiones de este último como violatorias de la ley. Es decir, enfrenta su criterio sobre las consecuencias jurídicas de algunos hechos, al del Tribunal, sin que haga una clara y expresa demostración del error o errores de hecho en que haya incurrido este último.

Además, respecto a la cesantía, acusa un error aritmético, para el cual la ley ha señalado trámite especial para corregirlo, que debe surtirse ante el fallador que incurrió en la equivocación numérica, como lo dispone el artículo 483 del C. J. Habiendo tenido en cuenta el fallador los mismos factores que el recurrente para liquidar la prestación, no puede hablarse de un error de hecho, sino simplemente de un error aritmético, que no se corrige a través del recurso de casación.

Cuanto a las vacaciones y primas de servicios el Tribunal estimó que en los hechos de la demanda no se mencionan detalladamente cuáles fueron disfrutadas, ni cuáles se deben compensar, ni a qué períodos corresponde, y que es necesario evitar la costumbre inveterada de efectuar peticiones ambiguas sin respaldo en los hechos. No demostró el recurrente que el ad-quem hubiese incurrido en error de hecho evidente al considerar como ambiguas las peticiones y sin respaldo en los hechos relacionados. Para la prosperidad del recurso por la vía indirecta, no basta que se impute al fallador la comisión del error de hecho, sino que es necesario demostrar que aparece de modo evidente en los autos, lo que no ha hecho el acusador en este recurso.

En relación con la prima de servicios, el Tribunal también consideró que la controversia no había versado sobre las causas durante el contrato de trabajo, aplicando los mismos argumentos expuestos sobre la petición de vacaciones. Además, presumió el pago de las primas anteriores a la correspondiente al año de 1961, con fundamento en la consignación que del valor de esta última hizo la entidad demandada y

en que en la demanda no se concretaron los períodos que se consideran adeudados en lo relativo a esta prestación, por lo cual no era necesario que la entidad demandada entrara a demostrar el pago de las primas de servicios durante el contrato de trabajo, ni podía colegirse que dicho pago no se efectuó. Tampoco demostró el recurrente el error de hecho en que hubiera podido incurir el ad-quem, pues se limita a decir que el Tribunal invirtió la lógica de las pruebas en el proceso, y que la consignación del valor de la última prima no hace presumir el pago de las primas anteriores, sino todo lo contrario, o sea que no se ha cubierto la totalidad de las primas de servicio, enfrentando así su personal criterio al del fallador, pero sin demostrar que la deducción del Tribunal constituya objetiva, notoriamente, un error de hecho.

No sobra advertir que el acusador impugna también la sentencia de primer grado, como si esta fuera objeto del recurso, incurriendo así en un error de técnica. No habiéndose demostrado la acusación, esta no prospera.

Tercer cargo.

Acusa el fallo recurrido de haber violado por vía indirecta, por haber dejado de aplicar la norma consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, violación a que llegó por haber infringido por la misma vía los artículos 64, 186, 236, 249 y 306 del mismo Código a través de errores de hecho efectuados en la defectuosa aplicación de ciertas pruebas y en la no estimación de otras, error que también fue realizado por el juzgado de primera instancia.

Señala como pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal la consignación de pago efectuada por el Gimnasio Antonio Nariño a favor de la demandante por la cantidad de $ 3.484.00 para cancelar el auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización de que trata el artículo 239 del C. S. del T., Y como no apreciadas, a) la demanda inicial, literal f) del petitum, folio 3; b) certificado del I.C.S.S., folio 56, sobre desvinculación de la trabajadora el 4 de noviembre de 1961; y contestación de la demanda, folio 20.

Al sustentar el cargo dice el recurrente que ambos falladores de instancia coinciden en que habiendo consignado la parte demandada lo que creía deber cinco días después de la expiración del vínculo contractual, no habría lugar a despachar favorablemente la petición sobre indemnización moratoria; que al analizar los cargos anteriores se vio cómo dicho juzgadores declararon probada la excepción perentoria de pago por auxilio de cesantía en la cantidad de $ 1.684.00, cuando han debido hacerlo por $ 1.686.00; que el Tribunal solamente consideró el pago de la prima de servicios hasta $ 360.00, absolviendo por el resto de lo que realmente le corresponde por dicho concepto, cuando ha debido condenar por $ 1.324.00 hasta completar $ 1.684.00 a que condenó el juzgado, más dos pesos para llegar a $ 1.686.00; que el Tribunal y el juzgado condenaron a la cantidad de $ 68.00 correspondientes a 7 días de salario por concepto de licencia y prematernal causada dentro del 4 y el 10 de noviembre; que el ad-quem revocó la condena por vacaciones impartida por el a-quo, y que condenó a $ 648.00 como indemnización por lucro cesante, cuando ha debido hacerlo como el a-quo, por $ 1.368.00. De esto se desprende —continúa el impugnador— que el Tribunal Superior consideró que la entidad demandada únicamente estaba obligada a pagar la cantidad de $ 4.300.00, pero que de acuerdo con liquidación ajustada, precisa y exacta, con pleno respaldo probatorio, la demandante tiene derecho a lo siguiente: $ 168.00 por licencia prematernal; $ 1.440.00, según el art. 239 del C. S. del T.; $ 1.368.00 por lucro cesante; $ 1.686.00 para cada uno de los conceptos de cesantía y prima de servicios y $ 720.00 por vacaciones, lo que da un total de $ 7.068.00; que habiendo consignado $ 3.484.00, esta cantidad ni siquiera alcanza a $ 3.534.00 que es la mitad de $ 7.068.00, suma que realmente le corresponde a la demandante por lo cual lo consignado es una cantidad irrita, de por sí insuficiente para satisfacer las exigencias de la ley, incurriendo de esta manera el patrono en mala fé, como lo ha sostenido tanto la jurisprudencia del

extinguido Tribunal Supremo, como la de esta Corporación.

Se considera:

El impugnador parte del supuesto de la prosperidad de los cargos primero y segundo, que aumentarían el valor de las condenas a las sumas a que se refiere en la sustentación de este cargo. Pero no habiendo prosperado dichas acusaciones, no se ve que el Tribunal haya incurrido en evidente error de hecho al afirmar que lo consignado guarda proporción con las sumas adeudadas, pues únicamente condenó a $ 168.00 por la licencia a. que se refiere el artículo 239 del C. S. del T., y a $ 648.00 por lucro cesante, indemnización cuya mora en el pago no origina la sanción consagrada en el artículo 65 del C. S. del T. No prospera el cargo.

Cuarto cargo.

Acusa la sentencia impugnada de haber violado directamente, por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, los artículos 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, independientemente de toda cuestión de hecho. Sustenta así el cargo: "El sentenciador de segundo grado, en plenario de este caso, en donde no hubo controversia acerca de la existencia del contrato de trabajo, los extremos del tiempo de servicios, el reconocimiento del salario devengado y la consecuente subordinación o dependencia, hizo caso omiso o se demostró en franca rebeldía con la aplicación de las normas pertinentes y ya relacionadas en el encabezamiento de este cargo, aspecto que jurisprudencialmente y a través de la Técnica de Casación produce la violación por la vía anotada, es decir, en forma directa por que dejaron de aplicarse siendo el caso de hacerlo, tal como ocurrió en el caso de las vacaciones, o sea, el Art. 186".

Se considera:

Dejó de aplicar el fallador de segunda instancia las normas señaladas en la enunciación del cargo, no porque hubiese estimado que eran inaplicables a hechos debidamente demostrados, que sería el caso de la violación directa de la ley, sino por haber considerado respecto a vacaciones y primas de servicios que no habían sido solicitadas con claridad y precisión en la demanda, lo cual implica una cuestión de hecho. Y en relación al auxilio de cesantía, no condenó por haber encontrado demostrada la excepción de pago; si esta excepción no estaba demostrada a juicio del recurrente, es un planteamiento de hecho, y como las cuestiones fácticas son ajenas a la violación directa de la ley, el cargo debe rechazarse, por no ajustarse a las exigencias del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Hernando Franco Idarraga, Conjuez.

Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio once de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente doctor Mario Barrios M.).

(Acta Nº 16).

El señor Jorge Fernando Díaz Díaz, por medio de apoderado, demandó ante la Justicia del Trabajo a la sociedad "Cervecería Colombo-Alemana, Limitada", representada por su Gerente, para que previos los trámites de un juicio ordinario sea condenada a pagarle varias sumas de dinero por los conceptos de lucro cesante, salarios insolutos, diferencia de salarios por desmejoramiento en el cargo, el valor de la última quincena trabajada, cesantía, primas de servicios por diez meses y medio, indemnización moratoria y las costas del juicio, de conformidad con los hechos que a continuación se resumen:

Que el actor ingresó al servicio de la demandada el día 14 de marzo de 1958, en virtud de contrato verbal celebrado con su gerente; que la contratación tuvo por objeto que el actor prestara sus servicios como Sub-Gerente; que en estas condiciones laboró hasta el día 1º de noviembre del año citado, fecha en la cual se le hizo firmar un contrato con desmejoramiento de su categoría y sueldo; que en éste se fijó un sueldo: $ 3.000.00 por mes, remuneración que recibió hasta la primera quincena de enero de 1959; que por culpa de la Empresa la relación laboral concluyó el último día del citado mes de enero; que al terminar el contrato de trabajo la sociedad demandada le debía la remuneración total del tiempo servicio como Sub-Gerente o sea, el período comprendido entre el 14 de marzo y el 31 de octubre de 1958; que mientras cumplió las funciones de Sub-Gerente ejecutó y realizó para la sociedad trabajos de enorme importancia para élla; que estas labores las cumplió no solamente dentro del ámbito interno de la Sociedad sino también en relación con personas extrañas en el campo de las relaciones públicas.

Agotados los trámites de rigor, el Juzgado Segundo del Trabajo de esta ciudad, que lo fue del conocimiento, dictó con fecha 26 de junio de 1961 sentencia en cuya parte resolutiva dispuso: Condenar a la sociedad demandada a pagar en favor del señor Díaz Díaz, $ 33.900.00 por concepto de salarios insolutos; $ 3.575.00, por concepto de auxilio de cesantía, $ 3.325.00 por concepto de primas de servicio y $ 100.00 diarios desde el 1º de febrero de 1959 a título de indemnización moratoria y hasta cuando el pago de las cantidades atrás relacionadas se verifique. Además determinó lo siguiente: Que de las cantidades anteriores se descuente la suma de $ 750.00 de conformidad con lo expresado en la parte motiva; declarar probada la excepción perentoria de pago en relación con el sueldo correspondiente a la segunda quincena de enero de 1959; absolver a la demandada de los demás cargos de la demanda; declarar no probadas las excepciones perentorias en élla propuestas y por último condenar en costas a la parte demandada en un setenta (70) por ciento.

Contra la anterior providencia las partes interpusieron recurso de apelación el que fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 30 de abril de 1962, en la cual resolvió: revocar en todas sus partes el fallo recurrido y en su lugar determinó:

Declarar que entre las partes no existió contrato de trabajo por el tiempo comprendido entre el 14 de marzo de 1958 y el 31 de octubre del mismo año y absolver en consecuencia a la demandada de todos los cargos que le fueron formulados en cuanto cobijan dicho lapso "por falta de legitimación en causa para obrar por parte del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia". Y, de otro lado, toma las siguientes resoluciones: Condena a la Sociedad demandada a pagar al actor por los conceptos que se enuncian: a) $ 750.00 por cesantía y $ 11.600.00 como indemnización moratoria. Autoriza a la demandada a deducir de las anteriores condenas $ 750.00, suma que fue recibida por el actor. Declara probada la excepción perentoria de pago, en relación con el sueldo correspondiente a la segunda quincena del mes de enero de 1959. Absuelve a la demandada de los demás cargos formulados en el libelo inicial. Declara no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada. Y la condena al pago de las costas del juicio en un 30% y por último declara que no hay lugar a costas en el recurso.

Las partes interpusieron recurso de casación el que concedió y admitió, previa la formulación de los cargos, se procede a estudiar.

El apoderado de la parte actora expresa con las siguientes palabras el alcance de la impugnación: "Procuro la casación de la sentencia y, contando con su quebrantamiento, aspiro a condena por los sueldos pendientes a la tarifa establecida parcialmente, a la cesantía reajustada, a la prima correspondiente al total del tiempo servido, a indemnización moratoria que contemple el fenómeno en su conjunto y a indemnización por despido injustificado del trabajador". Y a continuación el recurrente formula el primer cargo en los siguientes términos:

"Interpretación errónea de los arts. 22, 23 y 24 del C. S. T. Error de hecho en la interpretación de las pruebas y consecuencial transgresión de los arts. 23, 24, 27, 55 -4ª 144, 249, 306, 65 del mismo C. S. T. ...".

La acusación que se formula en este cargo hace especial relación a la conclusión sacada por el ad-quem respecto del tiempo transcurrido entre el 14 de marzo y el 31 de octubre de 1958, según la cual no existió por entonces entre la demandada y el señor Díaz Díaz contrato de trabajo, conclusión que se estima por el recurrente violatoria de las disposiciones que relaciona, por cuanto tales textos fueron mal interpretados por el sentenciador en lo tocante a la contratación laboral y por mala apreciación de los elementos de prueba puestos a su consideración, por evidentes errores de hecho y de derecho. Dice el casacionista que de acuerdo con la presunción que consagra el artículo 24 del C. S. del Trabajo y la evolución jurisprudencial sobre la materia, al trabajador solamente corresponde demostrar el hecho de la prestación del servicio, mas no los demás elementos esenciales de la relación laboral, por lo que considera que el sentenciador al pretender su demostración por el demandante violó la disposición en referencia, por ignorarla, y por haber apreciado con error de derecho las posiciones absueltas por los gerentes de la empresa y por el promotor de la litis, así como los testimonios de los señores Régulo Ariza y José M. Granados. Considera además que hubo error de hecho en la apreciación de tales pruebas, por lo que se transgredieron las normas que señalan el concepto y los efectos del contrato de trabajo, en sus obligaciones inmediatas, y mediatas, como el pago de sueldos y prima e indemnización por el retardo en la cancelación de aquél y de éstas, respectivamente. Y afirma el casacionista, como consecuencia de lo dicho, que el sentenciador incurrió "en aplicación indebida —defecto de aplicación— violación directa, según los diferentes pareceres que cursan dentro de la técnica de casación". Tal en síntesis la orientación que se da al cargo formulado y cuyo estudio se procede a realizar por la Sala.

Se Estudia.

El cargo como está formulado adolece de errores de técnica de casación que lo hacen inestimable, como pasa la Sala a establecerlo. Agrupa el recurrente conceptos que se han reputado incompatibles, como

de manera exahustiva lo ha explicado la jurisprudencia con reiteración, como son la violación directa y la indirecta, como quiera que por el primer concepto el ataque se cumple por la sola aplicación de la regla jurídica a una situación de hecho respecto de la cual se hallan de acuerdo el impugnante y el sentenciador con abstracción de toda cuestión probatoria, mientras que por el segundo, la violación resulta de la aplicación o inaplicación de la norma a una situación de hecho que no es precisamente la configurada en los autos por los medios de prueba. Esto indica que la acusación así formulada es contradictoria porque conlleva como presupuesto inadmisible que los hechos son igualmente ciertos y falsos. En efecto: Tiene definido la constante jurisprudencia de la Corte que la impugnación de una sentencia por interpretación errónea de disposiciones legales, configura una violación directa de la ley, lo que quiere significar que los hechos son admitidos por el recurrente tales como los encontró probados el Tribunal, correspondiéndole en consecuencia a la Sala considerar una cuestión puramente legal, consistente en saber si en presencia de escs hechos hubo o no, por parte del sentenciador, quebrantamiento de uno o varios textos legales, en el caso de autos, los señalados por el impugnante en el cargo formulado. Y como el casacionista involucra en el mismo cargo la comisión de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, es por lo que considera la Sala que la acusación como ha sido presentada es contradictoria, circunstancia en la cual se apoya para indicar, como lo hizo, que el cargo es inestimable, porque, se repite, este aspecto implica desacuerdo con el sentenciador en lo tocante al supuesto fáctico.

Pero hay más: Al referirse el acusador a algunas de las pruebas que estima fueron mal apreciadas por el Tribunal, tales como las posiciones absueltas por los Gerentes de la empresa demandada y las que fueron sometidas al actor en el juicio, y a los testimonios rendidos por los señores Régulo Ariza y José M. Granados, señala que el sentenciador incurrió en error de derecho, pasado por alto que en materia laboral y al tenor de lo que dispone el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral esta clase de error, invocado por el recurrente, se da respecto de las pruebas solemnes exclusivamente. En efecto, la parte pertinente del texto citado dice así: "... Solo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, 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". Esta otra circunstancia indica cómo, ni aún procediendo la Corte con amplitud, no le es dable analizar la cuestión probatoria que se ha querido someter a su consideración, ya que las pruebas indicadas como mal apreciadas, no tienen el carácter de solemnes.

Lo anterior, en opinión de la Sala, sería suficiente para desestimar el cargo, más encuentra otras razones que la asisten igualmente para tomar tal decisión, a saber: La manifestación que además formula el recurrente según la cual el sentenciador incurrió en "aplicación indebida —defecto de aplicación violación directa", con la cual confunde todos los conceptos de la violación de la ley, error en la técnica del recurso "ampliamente descalificado por la jurisprudencia" que impide la confrontación base del estudio sobre legalidad de la sentencia recurrida. Y cabe aquí anotar, con las palabras del opositor, que la acusación no indica "en qué forma la infración de los textos sillares de la contratación laboral incidió sobre la falta de aplicacion de los relativos a cesantía y primas, y muchísimo menos sobre la indemnización moratoria, que es actuación que requiere otros elementos no aludidos siquiera", habiendo quedado por consiguiente la acusación a mitad del camino, según clásica expresión en casación, que constituye motivo de desestimación. De otro lado, no se acusan todos los cimientos de la sentencia del Tribunal, ya que el empeño del recurrente se hace patente en demostrar que habiéndose establecido la prestación personal de los servicios del señor Díaz Díaz durante el lapso en el cual el ad-quem consideró la

inexistencia del contrato de trabajo, debían presumirse los otros elementos tipificantes de la relación como son la subordinación y el salario, dejando a un lado las consideraciones del sentenciador que lo llevaron a prohijar su determinación con apoyo en que no hubo subordinación por su condición de socio con facultad de administración que el actor tuvo respecto de la demandada, situaciones con las cuales estimó destruída la presunción consagrada por el artículo 24 del C. S. del Trabajo, todo lo cual significa que estas consideraciones constituyen fundamentos no atacados de la sentencia recurrida.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a desestimar el cargo formulado.

El segundo cargo ha sido concebido en los siguientes términos: "Error de derecho en la apreciación de la prueba, error de hecho manifiesto en la misma tarea, violación de los arts. 23, 24, 27, 55, 57/4ª, 144, 249, 306 y 65 C. S. T. por falta de aplicación". Y concluye el recurrente presentando como conceptos de violación de la ley, los siguientes: "Aplicación indebida, defecto de aplicación, infracción directa, según las distintas versiones de un mismo tema, violación indirecta por errores de apreciación probatoria".

En la sustentación del cargo expresa el casacionista que el Tribunal incurrió en "una sarta de errores de toda índole" que lo llevaron a decidir sobre caso distinto del formulado y dice a la letra: "Díaz entró como Sub-Gerente el día 14 de marzo de 1958; para entonces no era acreedor ni socio de la cervecería; meses después se hizo acreedor de la sociedad y en asamblea de accionistas o junta de socios de 5 de julio siguiente se le aceptó como socio por el valor de su acreencia; para 1º de octubre firma contrato de trabajo como administrador; solo en 26 de diciembre opera su ingreso como socio, al otorgarse la escritura 4994. Esa es la realidad contenida en ese instrumento, en las posiciones absueltas por las partes y en las distintas afirmaciones suyas a lo largo del juicio". Que contra lo anterior el sentenciador entendió y sostuvo que Díaz era acreedor de la empresa cuando inició la prestación de sus servicios, juicio apoyado en un error de hecho evidente, "sin consecuencias", porque dice el impugnador "nadie ha sostenido que el acreedor no pueda ser trabajador del obligado".

De suerte que, continúa el recurrente, al apreciar el sentenciador la condición de socio de Díaz de la escritura de constitución de la sociedad, que fija la ocurrencia de tal hecho en 26 de diciembre de 1958 y en la que se dice que la administración fue delegada en el señor Wersin, incurrió en el error de apreciación y además dió validez, para sacar su conclusión, a un instrumento que para su validez requiera, por mandato legal, inscripción. Incurrió también en error de hecho el Tribunal al apreciar el Certificado de la Cámara de Comercio, que expresa la delegación de funciones administrativas llevada a cabo por los socios y que debido a estos errores negó la existencia de la relación laboral, negativa que lo llevó a dejar de aplicar los preceptos que describen y reglamentan tal figura, así como también las que consagran las obligaciones patronales sobre sueldo, cesantía, prima o indemnización moratoria.

Y expresa luego que considera oportuno aclarar aun más que: "...La declaración de los socios en su junta de 5 de julio de 1958, fuera de ser posterior al comienzo de la actividad de Díaz (iniciada desde el 14 de marzo), no significa que Díaz se hiciera socio desde aquella fecha; lo primero, por que ese dato consta en instrumento inane; segundo porque la condición de socio de sociedad comercial de responsabilidad limitada se prueba por escritura pública registrada y la escritura se otorgó solo en diciembre de 1958, cuando Díaz trabajaba bajo contrato escrito cuya condición de laboral nadie discute". Y como un último argumento dice el acusador: "No está demás insistir en la contradicción y falta de lógica que ostenta la sentencia: El socio no puede ser administrador y trabajador de la sociedad a un mismo tiempo. Y Díaz Díaz es reconocido como trabajador dependiente en época en que era socio y en imposibilidad de serlo cuando no era socio... por ser socio".

Se considera.

Este cargo al igual que el anterior no consulta los principios que rigen el recurso

de casación y su no acomodación a ellos lleva a la Corte a tomar la misma decisión que adoptó respecto de aquel. En efecto, no pueden incluírse, ha dicho con reiteración la jurisprudencia, acusaciones incompatibles en un mismo cargo, como son en el caso de autos la violación directa y la indirecta de la ley, todo porque, la primera se cumple por la sola aplicación o inaplicación de una disposición jurídica a un supuesto fáctico en el cual se hallan de acuerdo el recurrente y el sentenciador, con prescindencia total de toda cuestión probatoria, mientras que la segunda obedece a la aplicación o inaplicación de una regla jurídica a una situación de hecho que no es la que se encuentra configurada por los elementos de prueba que obran en los autos. La involucración de estos dos conceptos en un mismo cargo es contradictoria, porque implica afirmar que los hechos son igualmente ciertos y falsos, como se expresó en el cargo anterior. Y así se desprende de la adición al cargo, en el cual en concreto se habla de la falta de aplicación de las normas relacionadas como consecuencia de los errores de hecho y de derecho y en aquella, se menciona "aplicación indebida, defecto de aplicación, infracción directa, según las distintas versiones de un mismo tema, violación indirecta por errores de apreciación probatoria".

Vale argüir también, que el acusador en la sustentación del cargo pasó por alto que en tratándose de errores de hecho se impone demostrar su incidencia sobre las conclusiones absolutorias sacadas por el adquem, y de ahí por qué se limitara a perfilar los errores que denuncia sin precisar por parte alguna los razonamientos tendientes a establecer que las disposiciones sobre cesantía, primas o indemnización moratoria dejaron de aplicarse por el sentenciador.

La impugnación, de otro lado, se limita a descalificar uno de los soportes de la decisión judicial, la que hace relación a la calidad de socio del señor Díaz Díaz, para desvirtuar así el concepto plasmado en la sentencia recurrida, que indica que no existió contrato de trabajo entre el actor y la demandada en el lapso comprendido entre el 14 de marzo y el 31 de octubre de 1958, pero no amplía su ataque al otro de los soportes de la decisión acusada referente a la inexistencia del salario, el cual se afianza en la propia confesión del promotor de la litis, de donde, aún en el supuesto de que el cargo se analizara por la Sala en lo tocante a la cuestión de fondo, se tendría que llegar a la conclusión de que ha sido presentado de manera incompleta lo que constituye un nuevo motivo de desestimación.

Y por último, son igualmente incompatibles los conceptos de violación directa y de indebida aplicación, porque cada uno de ellos tiene una motivación distinta y excluyente del otro: La infracción directa proviene del desconocimiento de la voluntad abstracta de un precepto claro, pero que el sentenciador no aplica por ignorarlo o no reconocerle validez, mientras que la aplicación indebida hace suponer la solución del litigio por medio de la norma que se indica como violada, a la vez esta última forma de infracción de la ley conlleva acuerdo entre el sentenciador y el recurrente sobre la cuestión probatoria, de donde es a su turno incompatible con la violación indirecta.

Bastan las anteriores consideraciones para desestimar el cargo.

El tercero y último cargo lo formula el acusador en los siguientes términos: "Error de hecho evidente en la apreciación de prueba documental. Violación consecuencial del art. 64 C.S.T. que fue dejado de aplicar".

Dice en la demostración del cargo el recurrente, que tanto el fallador de primera instancia como el ad-quem repudiaron la súplica por lucro cesante, porque se dice que no se acreditó el despido del trabajador por parte de la empresa demandada. Agrega que el Juzgador de segunda instancia no menciona medio probatorio alguno y se reduce a afirmar: No se probó el hecho. Pero sucede, agrega, que el contrato terminó el 31 de enero de 1959 y que la razón del despido o terminación la da la comunica-

ción pasada al actor por el gerente de la sociedad señor Ernesto Wersin el día 21 de enero citado y en la cual se le solicita, exige u ordena, hacer entrega de la administración con todos sus efectos e implicaciones al señor Mario Archila, su reemplazo. Y concluye el impugnador indicando "esa nota no es mencionada siquiera en los fallos".

El concepto de la violación debe invocarse con exactitud y precisión, condiciones contra las que peca el cargo que se analiza. En efecto, el casacionista lo orienta a establecer que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de una prueba documental, precisamente la carta pasada al actor por el Gerente Wersin, que considera implica la terminación del contrato de trabajo, y en la demostración del cargo sostiene mala apreciación de dicho documento, faltando en esta forma a la precisión y exactitud como debe invocarse los conceptos de la violación acusada. Y es que si hubo equivocada apreciación por parte del ad-quem de una prueba, esta fue apreciada desde luego, auncuando pudo serlo de manera equivocada. Pero no puede decirse que hubo errónea interpretación de una prueba que no fue, como lo expresa en otra parte de la sustentación el impugnador, ni siquiera mencionada como medio probatorio. Y ya con referencia a la prueba en concreto, dice: "esa nota no es mencionada siquiera en los fallos". Esto quiere decir que la acusación ha debido hacerse por falta de apreciación de dicho documento. Por lo dicho el cargo no prospera.

Recurso de la parte demandada.

El apoderado de "Cervecería Colombo Alemana Limitada" luego de dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 87 del C. de P. L., expresa así el alcance de la impugnación:

"Con la presente demanda pretendo que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, el treinta de abril de mil novecientos sesenta y dos, en el juicio de Jorge Fernando Díaz contra Cervecería Colombo-Alemana Limitada, en cuanto dicho fallo por el literal b) del numeral segundo y por el numeral sexto de la parte resolutiva de esa providencia, condenó a la parte demandada a pagar $ 11.600.00 como indemnización por mora y el 30% de las costas del juicio; que se revoquen las condenaciones que por los mismos motivos contiene la sentencia de primera instancia, y que en su lugar se absuelva a la demandada de tales cargos".

Y luego de invocar por estimar el fallo violatorio de ley sustantiva, la causal primera del art. 87 del C.P.L., formula el cargo único contra él en los siguientes términos:

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo". Y luego procede a señalar el error y a indicar la prueba que estima indebidamente apreciada por el ad-quem, así:

"El error de hecho en que incurrió el sentenciador, fue el de haber dado por establecido que la demandada solamente consignó lo que confesaba deber, el 27 de mayo de 1959, cuando es evidente que la empresa consignó el valor de la cesantía el 17 de febrero de 1959". Y agrega: "La prueba indebidamente apreciada fue la copia de las diligencias de pago por consignación que aparece a los folios 116 a 118 del primer cuaderno".

Y en la demostración del cargo comienza el recurrente por transcribir el siguiente aparte de la sentencia acusada: "Es evidente que, —dice el sentenciador— conforme lo dispuesto en el artículo 65 del C. S. del T. el patrono, esto es, la parte demandada en el presente juicio, ha debido consignar el valor de las prestaciones sociales y de los salarios debidos al trabajador al día siguiente de la terminación del contrato de trabajo, o sea, el día 1º de febrero de 1959, y no lo hizo, pues, en autos aparece acreditado que la empresa puso a disposición del trabajador el valor de la segunda quincena de Enero debida como sueldo, el 27 de mayo del mismo año; por lo cual según la misma disposición citada, se hizo acreedora a la sanción moratoria, a la cual habrá de condenarse a la sociedad "Cervecería Colombo-Alemana, Ltda.", desde el 1º de febrero de 1959, hasta el 26 de mayo del

mismo año, a razón de $ 100.00 diarios lo que da un total de $ 11.600.00 M/cte.".

Del párrafo anterior, —dice el acusador— se colige que el sentenciador tomó como fecha de consignación el 27 de mayo de 1959, cuando según la copia que aparece a fls. 116 a 118 del cuaderno principal, indica claramente que la demandada consignó $750.00 en el Banco de la República y a órdenes del Juzgado Séptimo del Trabajo y a favor del demandante Díaz Díaz, hecho al cual reconoce validez el ad-quem, cuando expresa:

"Como a folios 116 a 118 del expediente, aparecen las copias debidamente autenticadas de las diligencias de pago por consignación, emanadas del Juzgado Séptimo del Trabajo de este Circuito, en donde consta que el actor recibió la cantidad de $ 750,00, que fue consignada por la sociedad demandada en el Banco de la República a favor del doctor Jorge Fernando Díaz Díaz, mediante el título de consignación Nº A-0373-31 de fecha 17 de febrero de 1959, se ordenará deducir del monto de las anteriores condenas la cantidad antes anotada".

Manifiesta el recurrente que la prueba citada fue apreciada por el fallador, mas no correctamente en cuanto a ella demuestra que la demandada consignó el 17 de febrero de 1959 la suma indicada, es decir, antes de fecha admitida por la sentencia. Y de ahí que hubiera incurrido en el error evidente de hecho que denuncia en el cargo. Y agrega que, como la suma consignada el 17 de febrero era la que la demandada confesaba deber, lo que equivale a decir, que ella produjo los efectos liberadores de la mora de que trata el ya citado artículo 65.

Se estudia.

El artículo 65 del C. S. del T. dice muy claramente que si a la terminación del contrato de trabajo, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos, deberá pagarle como indemnización por cada día de retardo una suma igual al último salario diario devengado. Es decir, que la norma abarca dos conceptos, que élla misma se encarga de definir: Los salarios y prestaciones sociales causadas, conceptos que bien pueden mirarse aisladamente para los efectos indicados en la norma.

Efectivamente como lo dice el recurrente, el 17 de febrero de 1959 la empresa consignó en la forma prevenida en la ley el valor de la cesantía, pero omitió consignar, sin que tal omisión se encuentre justificada, el valor de la segunda quincena del mes anterior, el que fue puesto a disposición del demandante el día 27 de mayo del año citado. Esto quiere decir, que no pagó la totalidad de la suma debida al actor, sueldo y prestaciones sociales (cesantía) en la misma oportunidad y no puede decirse, que la empresa al consignar el valor de la cesantía, considerara no deber el de la quincena segunda del mes de enero, pero sí el del primer concepto, como quiera que se trataba de dos sumas de tan clara liquidez que su olvido no puede tener justificación ninguna. Habiendo pagado, como está demostrado el sueldo del demandante Díaz Díaz el 27 de mayo, hasta entonces debe aplicarse la sanción moratoria. Esto significa que el cargo fomulado no puede tener prosperidad en este aspecto, por que no aparece como manifiesto el error que se imputa al adquem el que, sobre las bases presentadas a su consideración hizo una fiel interpretación de la prueba señalada por el casacionista como mal apreciada como quiera que se ciñó estrictamente a su contenido, dándole el exacto valor que le corresponde, y que en estricta crítica probatoria tiene.

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.

Las costas en el recurso se dividirán por partes iguales entre ambas partes.

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

Guillermo Camacho H., Conjuez, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

FINIQUITOS EXPEDIDOS POR EL TRABAJADOR

El valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de "paz y salvo" no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana.

(Acta Nº 38).

Virgilio Torres Sáenz demandó en juicio ordinario laboral a la sociedad "**Importaciones y distribuciones Sanpac S. A.**" para que se la condenara al pago del valor del lucro cesante consecuencial a la terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo que existió entre las partes.

Alegó el actor que sirvió a la firma demandada, como Revisor Fiscal, del 1º de febrero de 1958 al 20 de mayo de 1959, con un sueldo mensual de $ 1.500.00; que sus servicios se contrataron por un año correspondiente al período estatutario, prorrogable en sucesivas anualidades; y que la demandada puso fin al contrato laboral "en vista de que el período de Revisor Fiscal estaba vencido", esto es, en forma unilateral e ilegal, sin que hasta la fecha le hayan pagado suma alguna en concepto de lucro cesante.

La demandada, mediante apoderado judicial, aceptó el primer hecho y rechazó los dos restantes, afirmando que el trabajador no tenía contrato de duración anual y que su terminación había sido legal. Propuso además la excepción de prescripción de la obligación reclamada.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia condenando a la sociedad demandada al pago de la suma de $ 1.250.00 por concepto de lucro cesante; declarando probada la excepción perentoria de compensación hasta el límite de $ 2.250.00 y no probada en el resto que fue motivo de la condena; e imponiendo las costas a la demandada en cuantía del cincuenta por ciento (50%).

Instado en apelación este fallo por la parte demandada, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, por sentencia del 4 de diciembre de 1963, lo confirmó en todos sus puntos.

Contra la decisión del **ad-quem** interpuso la misma parte vencida el recurso extraordinario de casación que la Sala procede a examinar, junto con el escrito de oposición formulado por la parte actora.

Pretende el recurrente en la demanda sustentatoria, que tiene apoyo en la causal primera de casación laboral, mediante un solo cargo, que la Corte case parcialmente el fallo del Tribunal, en cuanto confirmó el de primer grado, para que convertida en Tribunal de instancia revoque los numerales 1º y 3º del mismo y en vez de dichas condenas, se absuelva a la parte demandada.

El cargo único se formula por aplicación indebida, a través de errores de hecho, de los artículos 58, 62 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los errores de hecho consistieron: 1º) En dar por establecido que la causa del despido fue el vencimiento del período del auditor, cuando está plenamente establecido que el despido se produjo porque el trabajador no cumplió la obligación de presentar el informe que le competía como auditor; y 2º) En dar por no establecido el incumplimiento del contrato, cuando está evidentemente demostrado que el trabajador incumplió gravemente su obligación.

Las pruebas indebidamente apreciadas fueron la copia de la liquidación de prestaciones (folio 10), la diligencia de absolución de posiciones del actor (folios 19 a 21), la carta del folio 39 dirigida por la empresa al trabajador y el certificado de folios 51 a 56.

Después de transcribir la parte conducente del fallo del Tribunal, el recurrente precisa los errores del ad-quem consistentes en expresar que el contrato de trabajo terminó por vencimiento del período y que no se demostró la inasistencia del revisor a la asamblea de la empresa. Agrega luego que la carta enviada al trabajador sirve para comunicar la determinación tomada por la asamblea general, pero que de ella no se desprende que el despido ocurriera por causa del vencimiento del período, sino que teniendo en cuenta ese vencimiento y por no haberle presentado el actor a la asamblea de accionistas el informe correspondiente al período de sus labores. Así pues, la apreciación de esta prueba por el fallador es errónea en cuanto toma como causa lo que en la carta se expresa como circunstancia y aprecia como insinuación lo que es el verdadero motivo del despido, lo cual constituye un evidente error de hecho.

Prosigue el recurrente advirtiendo que el sentenciador habla de la falta de pruebas del incumplimiento por parte del trabajador, aunque la demandada sí estableció plenamente la inasistencia de Torres a la asamblea de accionistas, que está demostrada con la respuesta del demandante a la pregunta segunda del pliego de posiciones, donde admitió haber sido citado por el gerente para que concurriera a tal asamblea, como también no haber asistido a la reunión efectuada el 20 de mayo de 1959, alegando para justificar su incumplimiento que en tal fecha no ocurrió la asamblea; y donde admitió finalmente no haber presentado el informe correspondiente a sus labores.

El censor afirma que con esta confesión del actor se demostraron tres hechos: que el revisor fue citado para la asamblea, que no asistió a ella y que no presentó el informe correspondiente de sus labores.

Manifiesta además que "cuando el sentenciador dice que la inasistencia no fue probada debidamente por la parte demandada, comete un error de hecho evidente, porque esa inasistencia se desprende de la absolución de posiciones, prueba que fue indebidamente apreciada para llegar al error señalado", pues Virgilio Torres afirmó al absolver posiciones que el hecho de no haberse reunido la asamblea en la fecha indicada, era conocido por los empleados de la empresa, mas a pesar de conocer la prueba, no logró establecer el hecho que le sirve de excusa, luego la confesión de que incumplió sus deberes o la obligación de rendir el informe de sus labores, está en firme y no ha sido desvirtuada, ya que la circunstacia álegada por Torres no fue establecida, pudiéndose demostrar, por ser un hecho, aunque negativo, concreto y no indefinido.

A consecuencia de los errores de hecho expresados, el sentenciador aplicó indebidamente las normas contenidas en los artículos 58, 62 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al condenar a la parte demandada a la indemnización por lucro cesante.

Se Considera:

La Sala falladora, al enjuiciar la prueba del despido, se expresó así: "La nota visible al folio 39 de los autos expresa el motivo tenido en cuenta por la empresa para dar por terminada la relación laboral, vale decir, el vencimiento de período del Revi-

sor Fiscal. Se insinúa también como causa determinante del retiro la inasistencia del demandante a la Asamblea de la empresa. Pero es lo cierto que esta inasistencia no fue probada debidamente por la demandada . Ahora bien, de las copias expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 51 a 56) se desprende que el Revisor Fiscal de la empresa demandada es elegido por la Asamblea General por períodos de un año, pudiendo ser reelegido indefinidamente. Resulta entonces, que, conforme a lo anterior, el período para el cual fue nombrado el demandante, de acuerdo a los estatutos de la empresa, fue el de un año contado a partir de la iniciación de labores. Mas como no aparece constancia en el expediente de que vencido este primer año de servicios el actor hubiera sido reelegido, debe aceptarse que sus relaciones con la empresa se siguieron rigiendo por el plazo presuncional de que trata el artículo 47 del C. S. del T. Esta es la interpretación más racional y fue la que tuvo en cuenta el a-quo en el fallo recurrido. La Sala encuentra acertado su planteamiento.

"Según lo anterior, a partir del primero de febrero de 1959 la relación contractual empezó a regirse por un período presuntivo que debía vencer el 31 de julio del mismo año, mas como antes de esta fecha el actor fue despedido, deberá la empresa cubrir los salarios correspondientes al tiempo faltante. Hechas las operaciones del caso resulta la suma de $ 3.500,00 por concepto de lucro cesante. El fallador de primer grado, habida cuenta de que el demandante había recibido la suma de $ 2.250,00 por preaviso, declaró probada la excepción de compensación por esta cantidad y condenó a la suma líquida de $1.250,00 por este pedimento. Se confirmará este punto".

Como puede observarse, el Tribunal se limitó a precisar, como pruebas básicas de su decisión, las copias expedidas por la Cámara de Comercio de folios 51 a 56 y la nota enviada por la empresa a su empleado en que daba por extinguida la relación laboral. Nada dijo, en cambio, sobre las posiciones absueltas por el demandante ni sobre la copia de la liquidación de prestaciones, probanzas estas que el impugnador señala como erróneamente estimadas cuando es patente su falta de estimación, concepto último en que ha debido fundamentarse el cargo.

Mas este defecto formal no habrá de exonerar a la Corte de su tarea de investigar los errores de hecho denunciados por el recurrente con la categoría de evidentes. Al efecto se toma en cuenta:

a) Los certificados otorgados por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 51 a 56), en la parte pertinente apreciada por el Tribunal, expresan literalmente que "el Revisor Fiscal y sus dos suplentes serán elegidos por la Asamblea General para períodos de un año, pudiendo ser reelegidos indefinidamente". El censor no se preocupó, en lo mas mínimo, de indicar, ni menos de demostrar, en este punto, cuál pudo ser el yerro de valoración cometido por el ad-quem y lo que se manifiesta evidente es, de modo contrario, que el sentenciador apreció este medio probatorio en su recto sentido, el mismo que traduce la diáfana redacción de la cláusula estatutaria, de la cual resulta, según palabras del Tribunal, que "el período para el cual fue nombrado el demandante, de acuerdo a los estatutos de la empresa, fue el de un año contado a partir de la iniciación de labores".

b) La comunicación fechada el 21 de mayo de 1959, por la cual la empresa demandada avisa al demandante Torres que la Asamblea General de Accionistas había nombrado como su reemplazo, en el cargo de Revisor Fiscal, al señor Carlos Ossa, da como causa o razón para el despido la del vencimiento del año estatutario fijado para dicho cargo, pues allí se advierte con entera claridad que a la terminación del contrato laboral se llegó "en vista de que el período de Revisor Fiscal estaba vencido". Así lo entendió el Tribunal y su entendimiento es correcto, sin que lo empañe la circunstancia de que en el segundo párrafo de la misma comunicación se le diga también a Torres, a manera de consideración subalterna, que la Asamblea estuvo esperando a que el Revisor presentara el informe correspondiente al período de sus labores, habiendo tenido que levantar la sesión sin co-

nocerlo, ante el hecho de que Torres no asistiera a la Asamblea, no obstante haber sido citado personalmente por el gerente de la compañía.

c) En las posiciones absueltas por el demandante, manifestó Torres que sí había sido citado por el gerente Alberto Díaz Rubio para que concurriera a la Asamblea General de Accionistas que debía reunirse el 20 de mayo de 1959, pero que no asistió a tal reunión por no haberse celebrado "como les consta a los mismos empleados de la empresa, pues en dicho día no me retiré de la oficina sino únicamente a almorzar y según consta en el informe que le pasé al mismo gerente", y que si no presentó el informe de sus labores fue por no haber acaecido la reunión de la Asamblea.

El Tribunal no llegó a apreciar esta prueba, ya que la base de su decisión estriba en que la empresa alegó para el despido de su empleado, no el incumplimiento de sus obligaciones de Revisor Fiscal sino el vencimiento del período estatutario. Y dada la oposición en que se colocó el sentenciador, resulta claro que la valoración de la supuesta confesión de Torres vendría a carecer de toda influencia en la decisión adoptada, lo que explica en cierto modo su abstención en la apreciación de este medio instructorio. Mas de haberse adentrado el fallador en la evaluación de la probanza, tampoco habría podido modificar su convicción, porque las posiciones absueltas por el actor no contienen confesión que puedan perjudicarle,pues como lo advierte el artículo 609 del C. J., "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho..." y son de este carácter las que el absolvente agregó al reconocimiento de haber sido citado por el gerente a una asamblea que no llegó a celebrarse en la fecha acordada, razón por la cual ni se presentó a la reunión, ni llevó el informe de sus labores. Las explicaciones del absolvente guardan entonces relación íntima e inseparable con el hecho confesado, del cual no pueden separarse a modo de verdaderas excepciones, que el confesante tenga la obligación de probar, como es el caso segundo del artículo 609 precitado, al cual se acoge el recurrente, quien pretende así usar la confesión de Torres en la parte que le conviene y prescindir de las aclaraciones que son también parte integrante de la misma, deshaciendo la unidad indisoluble de la confesión cuando las manifestaciones del confesante versan sobre el mismo hecho y guardan estrecha relación ontológica en su contenido intrínseco.

d) La prueba de folio 10, que tampoco examinó el Tribunal, consiste en la liquidación de salarios y prestaciones del trabajador, firmada por éste último con la manifestación de hallarse de acuerdo con ella y de quedar a paz y salvo por todo concepto con la sociedad demandada.

El recurrente dice de esta probanza que su correcta apreciación "también llevaría a la conclusión de que la empresa demandada debe ser absuelta, porque Virgilio Torres manifestó por escrito en esa liquidación estar conforme con ella y reconoció su firma al contestar la 5ª de las preguntas del pliego de peticiones". Empero, la liquidación en cuestión no contiene la indemnización del plazo presuntivo a que el fallo le reconoce derecho, según las consideraciones expuestas, y el acusador parece olvidar que la doctrina laboral ha sido por demás constante en que "el valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de "paz y salvo" no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos".

En suma: ni en concepto de errónea apreciación, ni en concepto de falta de estimación, respecto de los medios probatorios denunciados por el recurrente, se hallan los errores de hecho que se atribuyen al ad-quem, menos en la categoría de evidentes que exige la casación por vía indirecta.

Por tanto, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Guillermo Camacho Henriquez, Conjuez; *Jorge Gaviria Salazar; Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía O., Secretario.

PARTICIPACION DE UTILIDADES

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

(Ponente: Abogado, Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.)

(Acta Nº 34)

Giovanni Di Pietro, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado a la Sociedad "Archila Briceño & Compañía Ltda.", domiciliada en esta ciudad, para que se la condenara a pagarle lo que resulte a deberle por concepto de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y costas.

Según los hechos de la demanda, Giovanni Di Pietro prestó sus servicios a "Archila Briceño & Compañía Ltda."desde el 1º de octubre de 1955 hasta el 31 de enero de 1961. Además del sueldo fijo, que en mayo de 1959 era de $ 1.500.00 mensuales, a partir de esta fecha comenzó a devengar un 3% de las utilidades habidas por la demandada en los contratos de reconstrucción y pavimentación de las carreteras central del Norte, Sector la Caro-Tunja y Troncal de Oriente, Sector Tunja-Barbosa, contrato en los cuales la Sociedad obtuvo una utilidad líquida no inferior a $ 5.000.000.00 en el período comprendido entre el 1º de enero de 1959 y el 31 de enero de 1961; al demandante no se le pagó lo que le correspondía por concepto de participación en las utilidades y al liquidarle las prestaciones sociales la Empresa no tuvo en cuenta el salario variable devengado. El 22 de marzo de 1961 el patrono demandado consignó lo que confesaba deber por prestaciones sociales y bonificaciones, y en forma inexplicable retuvo una considerble suma por prestaciones y salarios, sin que tal retención hubiese sido autorizada expresamente y por escrito. Con fecha 5 de julio de 1961 Archila Briceño & Compañía Ltda. entregó al demandante un cheque por la suma de $ 43.202,06 por concepto de prestaciones sociales y bonificaciones. Según liquidación practicada por la Sociedad demandada, en el último año trabajado Giovanni Di Pietro devengó la suma total de $78.211,55 por concepto de sueldo fijo y bonificaciones, esto es $ 6.517,63 mensuales; a pesar de los abonos que se le han hecho, Archila Briceño & Compañía Ltda. adeuda al demandante parte del valor de las prestaciones sociales; total o parcialmente la participación de utilidades, y la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales.

Al contestar la demanda por medio de apoderado, Archila Briceño & Cía. Ltda. negó unos hechos y aceptó parcialmente otros y pidió se la absolviera de todos los cargos del libelo. Oportunamente presentó demanda de reconvención para que se condenara al trabajador a pagarle o devolverle la cantidad de treinta y un mil ciento cincuenta y cuatro pesos con 30/100 ($ 31.154,30) o lo que resulte probado en el juicio, petición fundada en que pagó equivocadamente a Di Pietro la cantidad de $ 26.694,15, por bonificaciones, que también tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones, cuyo valor aumentó consecuencialmente en $ 4.460.15, sumas éstas que no obedecen a contraprestaciones alguna y han constituído un enriquecimiento sin causa para el señor Di Pietro.

El trabajador, al ser notificado de la demanda de reconvención, negó los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido e inepta demanda sustantiva.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento que lo fue

el Segundo Laboral de Bogotá, dictó sentencia por medio de lo cual declaró probada la excepción de pago propuesta por Archila Briceño & Cía. Ltda. en cuanto a salarios, cesantías, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria, absolviéndola de todos los cargos formulados en la demanda por Giovanni Di Pietro, a quien condenó, como cónsecuencia de la reconvención, a pagar la suma de veintiun mil ochocientos veintitrés pesos con 50/100 ($ 21.823.50) a Archila Briceño & Cía. Ltda. por concepto de pago de lo no debido. Tanto las costas originadas en la demanda principal, como en la reconvención, los hizo del cargo del demandante.

Apeló el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir la alzada modificó la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a Giovanni Di Pietro a devolver por concepto de pago de lo no debido a la empresa Archila Briceño & Cía. Ltda. la suma de diecisiete mil cuatrocientos treinta y tres pesos con 92/100 (17.433.92); y la confirmó en todo lo demás. No hizo condena por las costas de la instancia.

Interpuesto el recurso de casación por Giovanni Di Pietro, fue concedido por el Tribunal Superior de Bogotá. Admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda presentada oportunamente.

Alcance de la Impugnación.

Pretende la casación en todas las partes del fallo impugnado, en cuanto por él se absuelve a Archila Briceño & Cía. Ltda., de las peticiones de la demanda principal y se condena, en cambio, al actor a pagar a dicha Sociedad la suma de $ 17.433,92, y que en su lugar, en función de instacia, se se condene a la entidad demandada a pagar al señor Giovanni Di Pietro las cantidades de dinero que resulte a deberle por concepto de salarios, vacaciones, primas de servicio, indemnización moratoria y constas del juicio.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula el siguiente:

Cargo Unico.

"Al no condenar a Archila Briceño & Cía. Ltda. a pagar a Giovanni Di Pietro el valor de salarios insolutos, vacaciones y primas de servicio impetrado en el libelo principal, junto con la respectiva indemnización moratoria y responsabilidad, en cambio, al actor de la suma de $ 17.433.92 en favor de la Sociedad demandada, el fallo acusado es violatorio, por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y en la desestimación de otras, de los artículos 57, 65, 186, 189, 192 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

Señala como pruebas erróneamente apreciadas las siguientes:

a) Demanda Principal; b) Demanda de reconvención; c) Documentos de folios 5, 6; y como no estimadas: a) Documento de folio 8; b) Contestación demanda; c) Documento de folio 10; d) Documentos de folios 4 y 12; e) Hecho 3 de la contrademanda; f) Documento de folio 63; Documento de folio 82 y siguientes; h) Declaración de contador, folio 144; i) Documento de folio 88 y siguientes.

Al relacionar las pruebas que considera erróneamente apreciadas o no estimadas, el recurrente expresa su concepto sobre el contenido de ellas, y dice que por estimarlas erróneamente o no apreciadas, el Tribunal Superior no llegó a las siguientes nítidas conclusiones:

"Primera.—Que ni el Juzgado a-quo, ni el Tribunal ad-quem, tenían facultad alguna para adentrarse en difíciles y enrevesadas investigaciones sobre la cuantía exacta de las utilidades líquidas habidas por ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. en los años de 1959 y 1960, toda vez que esa investigación no fue solicitada en la demanda, ni tampoco en la contrademanda. - Segunda.—Que ni en la contrademanda se solicitó fuera condenado el señor Giovanni Di Pietro a devolver todo o parte de las sumas que la Empresa demandada le pagó como "Bonificaciones voluntarias" por los años de 1959 y 1960, cantidades que los falladores de instancia, calificaron jurídicamente como cancelación de participación

de utilidades del actor en dichos años a manera de salario variable, de conformidad con la carta-contrato de folios 5 y 6. Tercera.—Que la demanda de reconvención se circunscribía única y exclusivamente a la suma de $ 26.694.15 entregada por ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. a Giovanni Di Prieto el día 5 de julio de 1961 a título de "Bonificación voluntaria" (F. 63), sin aludir para nada a las cantidades pagadas por la Empresa al actor, con la misma imputación, pero correspondientes a los años de 1959 y 1960. (Fs. 18 y 19). Cuarta. — Que la suma pagada a Giovanni Di Pietro por la Sociedad demandada el día 5 de Julio de 1961 a título de "bonificación voluntaria" correspondía a la participación de utilidades en favor del demandante por las obras de construcción y pavimentación de algunos sectores de las carreteras Central del Norte, trayecto La Caro-Tunja y Troncal de Oriente, sector Tunja-Barbosa, obras ejecutadas en 1960 y entregadas al Ministerio de Obras Públicas en los primeros meses de 1961. Esto es, que se trataba del pago de utilidades ya causadas en favor de Di Pietro para la fecha de su retiro del servicio de ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. Quinta.—Que, fuera de haber sido pagada al actor la suma de $ 26.694.15 como "Bonificación voluntaria", dicha cantidad correspondía a utilidades causadas en su favor con anterioridad al 31 de enero de 1961, y en ningún caso a una participación en las utilidades líquidas habidas por ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. durante todo el año de 1961, como erróneamente lo dió por cierto el Tribunal. Sexta.—Que las utilidades líquidas de la entidad demandada en 1959 fueron de $ 709.357.44, suma de la cual correspondían a Di Pietro $ 21.280.72 (F. 8), pero solo se le abonaron $ 17.663.00, quedando en su favor un saldo de $ 3.617.72 que no le ha sido pagado por la Empresa demandada. Séptima. — Que en favor de Giovanni Di Pietro se causaron como salario variable las siguientes sumas de dinero: $ 21.280.72 sobre una utilidad líquida de $ 709.357.44 habida por ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. en el año de 1959 (F. 8); $ 33.517.40, más $26.694.15 (fs. 10, 11, 12, 53, 63, 83 y 114), sobre utilidades líquidas obtenidas por la Sociedad demandada en obras ejecutadas en 1960 en las carreteras a que se refiere la carta-contrato de folios 5 y 6 de los autos. Esto es, que Di Pietro tenía derecho a percibir de la Firma demandada la cantidad total de $ 81. 491.87, a título de salario variable como participación de utilidades. Octava. — Que Di Pietro solo recibió de ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA., por concepto de participación de utilidades, la suma total de $ 77.874.58, quedando en su favor un saldo de $ 3.617.72 todavía insoluto. Novena.—Que el salario devengado por Giovanni Di Pietro, incluyendo participación de utilidades, fue de $ 6.517.63 mensuales en promedio durante el último año trabajado (fs. 12, 53, 63, 83 y 114). Décima.—Que el auxilio de cesantía causado en favor del actor, correctamente liquidado por la Empresa demandada en cuantía total de $ 24.579.82 (F. 12), fue pagado a Di Pietro así: $ 11.057.86 el día 4 de febrero de 1961, y el saldo el 5 de Julio de 1961 (Fs. 11, 12, 53 y 89), con una mora de cuatro meses y cinco días a partir de la terminación del contrato laboral que vinculó a las partes. Undécima.—Que la Empresa solo pagó a Di Pietro la suma de $ 2.985.95 por concepto de vacaciones causadas en favor del actor durante todo el tiempo trabajado, suma que fue cubierta el día 5 de Julio de 1961 (fs. 11, 53, 89), con un retardo de 4 meses y 5 días. Duodécima.—Que ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. debía pagar al actor, a título de compensación en dinero por vacaciones causadas en el lapso comprendido entre el 1º de Octubre de 1955 y el 31 de Enero de 1961, con un salario de $ 6.517.63 mensuales que devengó en promedio Di Pietro en el último año trabajado, la suma total de $ 16.284.07, cantidad de la cual deben restarse $ 2.985.95 recibida por el demandante. Esto es, que la Sociedad demandada adeuda a Giovanni Di Pietro $ 13.208.12 por concepto de vacaciones. Décima Tercera.—Que la entidad demandada no ha pagado a Giovanni Di Pietro las primas de servicios causadas en su favor y correspondientes al salario variable (participación de utilidades), remuneración que fue de $ 81.491.87 en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1959 y el 31 de Enero de 1961, primas que valen por

los años de 1959 y 1960 la cantidad total de $ 6.247.85. Décima Cuarta.—Que ARCHILA BRICEÑO & CIA. LTDA. está debiendo a Giovanni Di Pietro la indemnización moratoria prescrita por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a razón de $ 217.25 diarios a partir del 1º de Febrero de 1961 y hasta cuando la Firma demandada cancele o consigne lo que adeuda al actor por salarios y prestaciones sociales, condena que se justifica plenamente no solo por la mora deliberada en que ha incurrido dicha Sociedad en el cumplimiento de sus deberes legales y contractuales, sino por haber obrado maliciosamente, sin lealtad alguna procesal, al negar carácter de salario variable a la participación de utilidades estipulada en favor de Di Pietro, a pesar de obrar en autos desde los comienzos de esta litis la carta-contrato de folios 5 y 6, y haber promovido de un modo injusto, arbitrario y temerario, demanda de reconvención en contra de su Ex-Empleado."

Termina el impugnador pidiendo que se declare probado el cargo, invalidando el fallo acusado, y en su lugar se condene a la Sociedad Archila Briceño & Compañía Ltda. a pagar a Giovanni Di Pietro las siguientes cantidades de dinero: por salario insolutos, derivados de participación de utilidades correspondientes a 1959, $ 3.617.72; por vacaciones causadas y no disfrutadas por el actor (saldo), $ 13.208.12; por primas de servicio (saldo) correspondientes a 1959 y 1960; $ 6.247.85, por indemnización; $ 217.25 diarios a partir del 1º de febrero de 1961 y hasta cuando el valor de las condenas haya sido cancelado, y las costas del juicio en las dos instancias.

Se considera:

En primer término cabe observar que algunas de las pruebas señaladas por el impugnador como no estimadas por el ad-quem, sí fueron apreciadas por este. Tal sucede con los siguientes: Documento de folio 8, que fue apreciado por el Tribunal Superior al estudiar lo relativo a las utilidades obtenidas por la sociedad demandada en 1959 (folio 182); Documento de folios 10, 11 y 12, que el Tribunal analizó al referirse a las utilidades obtenidas en 1961. Documento de folios 82 y siguientes; de folios 79 a 108 aparece la Inspección Ocular practicada en las oficinas de la demandada; esa prueba, la de inspección ocular, fue apreciada por el Tribunal al hacer el estudio para deducir las utilidades obtenidas por la demandada, así como los documentos que en ella se agregan al juicio. Documento de folios 88 y siguientes; en este folio se encuentra el acta de continuación de la inspección ocular en los libros de la demandada, prueba que como ya se dijo, fue apreciada por el ad-quem.

Al señalar el recurrente como no apreciadas pruebas que sí lo fueron, carecen de base los argumentos expuestos en relación con la falta de apreciación de dichas pruebas.

Hecha la observación anterior, estudirá la Sala los errores atribuídos al fallo de segundo grado, que el impugnador denomina como "nítidas conclusiones" a las cuales no llegó el sentenciador, teniendo en cuenta únicamente las pruebas indicadas como apreciadas erróneamente y las que verdaderamente dejó de apreciar. Se seguirá el mismo orden del casacionista.

Primera. — En la demanda principal el trabajador pidió se condenara al patrono a pagarle lo que resulte a deberle por concepto de salarios, y en el hecho sexto afirmo que la sociedad demandada no le pagó lo que le correspondía por concepto de participación de utilidades a título de salario variable. Es claro que para determinar si a Giovanni Di Pietro se le debía alguna suma por concepto de salarios, los falladores de instancia tenían que investigar sobre el monto de las utilidades del demandado, pues sobre ellas se liquidaría la correspondiente participación del trabajador.

Segunda y Tercera.—La demanda de reconvención no se circunscribió única y exclusivamente a la suma de $ 26.694.15 entregada por Archila Briceño & Cía. Ltda. a Giovanni Di Pietro, pues la sociedad pidió que se condenara al trabajador a pagarle o devolverle "las mayores sumas que a título de prestaciones sociales y bonificaciones sobre utilidades, recibió de la misma",

y luego concretó la petición de condena a pagar o devolver "la cantidad de treinta y un mil ciento cincuenta y cuatro pesos con treinta centavos ($ 31.154.30) M.C. o lo que resulte probado en juicio, como pagado en exceso". Ante la afirmación del trabajador demandante de que se le debía parte del salario variable y la del patrón reconveniente de que había pagado sumas en exceso, el ad-quem, obrando con lógica, investigó las utilidades de la empresa durante la ejecución del contrato, los salarios devengados por el trabajador, la cuantía de las prestaciones sociales y las cantidades pagadas por el patrono, para deducir de la comparación entre lo debido y lo pagado, si existía un saldo favorable o desfavorable para las partes.

Cuarta y Quinta.—En el documento firmado por el trabajador, reconocido por éste al absolver posiciones, y que fue el que tuvo en cuenta el ad-quem para dar por demostrado el hecho del pago de la suma de $ 26.694.15, firmado el 5 de julio de 1961, se acusa recibo de dicha cantidad "como bonificación voluntaria por los servicios prestados a la Empresa y al tiempo de retirarme del cargo que desempeñaba, con fecha 31 de enero de 1961." Al absolver la posición 14ª Giovanni Di Pietro aceptó haber recibido esta suma, y firmado el documento "después de tres meses de haber recibido la plata, porque el Gerente me dijo que tenía que firmar un papel y yo lo firmé, pero no como cesantía". De Estas pruebas no se infiere, como lo afirma el impugnador, que esa bonificación voluntaria correspondiera a participación de utilidades por determinadas obras ejecutadas en 1960, o sea que dichas participaciones se hubieran causado con anterioridad al 31 de enero de 1961. Y como de las pruebas mencionadas por el recurrente como erróneamente apreciadas o no apreciadas, no se deduce que el pago correspondiese al concepto señalado por éste, no se ha demostrado el error de hecho que se le atribuye al Tribunal Superior.

Sexta, Séptima y Octava.—El fallador de segunda instancia, para determinar la utilidad obtenida por la empresa demandada en el año de 1959, analizó el documento que obra a folios 8, firmado por el contador de la sociedad demandada, que arroja una cantidad de $ 709.357.44; el anexo número uno de la declaración de renta, que señala como renta líquida gravable la suma de $ 561.933.50 (folio 82); el anexo Nº 19 de la misma declaración de renta, que fijó en $ 679.686.85 la cantidad repartida entre los socios y empleados (folio 82), y por último, la declaración rendida por el contador en la inspección ocular, quien manifiesta que las cifras anteriores eran erróneas y que las utilidades distribuídas ascendían a $ 611.718.17. Ante esta incongruencia el ad-quem, luego de la crítica que hizo a las pruebas anteriores, tuvo como cierta la cantidad fijada en el anexo 19 de la declaración de renta, o sea $679.686.85, sin que por ello incurriese en error de hecho evidente, pues ante diferentes pruebas que demostraban lo contrario, bien podía, de acuerdo con las normas del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, estimar que una de ellas era más convincente que las otras, máxime cuando todas procedían de la parte demandada.

En relación con las utilidades de 1960 el Tribunal Superior analizó el anexo Nº 3 de la declaración de renta de ese año, denominado "estado de pérdidas y ganancias" en 31 de diciembre de 1960 (folios 82 y 83); una copia del "balance de comprobación" fechado en 30 de noviembre de 1960, (folios 76 a 78), que desechó por no corresponder a todo el año, y el anexo Nº 4 de la misma declaración de renta, en el cual aparecen las cantidades repartidas entre socios y empleados y sumadas ascienden a $ 969.287,70, cifra que tuvo como correspondiente a las utilidades de 1960, sin que por ello incurriese en evidente error de hecho por las mismas razones expuestas anteriormente.

Por último, para determinar las utilidades de 1961 tuvo en cuenta el ad-quem el anexo Nº 4 de la declaración de renta, que fija en $ 1.212.577.62 las utilidades para distribuír, suma igual a la que aparece como distribuída a los socios en el anexo Nº 5, por lo cual dedujo que el 20% restante, calificado como gastos varios "en el anexo Nº 19, debía agregarse a la cantidad que señalan los anexos anteriores para obtener

las utilidades totales, que ascendieron, hecha la correspondiente operación, a $ 1.577.-914.06. Tampoco se observa que al fijar esta cantidad se hubiese incurrido en error de hecho evidente.

Sobre el valor de las utilidades obtenido mediante la crítica de las pruebas a que se ha hecho referencia, el Tribunal dedujo la participación del trabajador demandante, teniendo en cuenta el 3% pactado y obtuvo las siguientes cantidades: Para 1959, $ 20.390.60; para 1960, $ 29.078.63.

En relación con la participación en las útilidades de 1961, dedujo, que constituyendo salario dicha participación mal podría afirmarse que el trabajador la devengó después de terminado el contrato, por lo cual debía computarse sobre las útilidades obtenidas por la demandada en el mes de enero de1961, único en que prestó sus servicios el trabajador demandante. Ante la ausencia de un dato exacto sobre las utilidades de ese mes, tomó la doceava parte del total recibido en el año, obteniendo así $ 131.482.84, deduciendo una participación en el mes de enero de 1961 de $ 3.944.79.

Para el impugnador el ad-quem incurrió en error de hecho al dar por cierto que la participación de utilidades estipulada en favor del actor a título de salario variable solo se causaba anualmente y mientras Di Pietro permaneciera como empleado de Archila Briceño & Cía. Ltda., pues tales requisitos no se estipularon en la carta-contrato que rigió lo relacionado con el salario del trabajador. Ahora bien: en la referida carta, folios 5 y 6, se estableció como salario adicional y variable del demandante, el 3% de las utilidades líquidas obtenidas por la Compañía en los contratos de reconstrucción y pavimentación de las carreteras Central del Norte sector La Caro-Tunja y Troncal de Oriente sector Tunja-Barbosa. Sí, como lo dice el ad-quem, esta participación constituía salario, es claro que debía guardar relación con el servicio prestado por el trabajador, con su trabajo vinculado a la obra, o sea que tenía derecho al porcentaje sobre las utilidades obtenidas en la parte de la obra en que prestó sus servicios. De ahí que en principio no sea acertada la conclusión del Tribunal de que no podía recibir participación en las útilidades obtenidas con posterioridad al retiro del demandante, pues si esas utilidades correspondían a obras realizadas con anterioridad a la desvinculación, el trabajador no perdía el derecho al salario variable tal como fue pactado.

Estima la Sala que en el juicio hay pruebas sobre las obras realizadas con anterioridad al 31 de enero de 1961. Ellas son las actas de entrega de obras al Ministerio de Obras Públicas hechas entre el 3 de enero de 1961 y el 24 de febrero de 1961, relacionadas en la inspección ocular practicada en los libros de la demandada folios 88 y siguientes, pues dada las fechas, es presumible que fueran realizadas cuando el trabajador aún prestaba sus servicios. El valor de estas actas asciende a $ 3.325.867.30. Si las utilidades de 1961, que alcanzaron a la suma de $ 1.577.914.06, se obtuvieron sobre un ingreso bruto de $ 10.431.099.26, basta realizar una sencilla operación aritmética para deducir que del valor total de las utilidades correspondieron $ 503.104.65 a las obras realizadas antes del 31 de enero de 1961. El 3% que corresponde al demandante como participación en utilidades asciende a $ 15.093.14. En este aspecto prospera la acusación, pues el **ad-quem** fijó como participación en 1961 la suma de $ 3.944.79 ,incurriendo en consecuencia, en error de hecho, proveniente de la equivocada estimación de la carta que obra a folios 5 y 6. La decisión de instancia se tomará de acuerdo a las consideraciones que la Sala hará más adelante.

Novena, Décima, Undécima, Duodécima y Décima Tercera.—Como las cifras obtenidas por el Tribunal en relación con el salario promedio mensual, auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, tuvieron como base el valor de la participación de utilidades a que tenían derecho el demandante, que ahora se modifica en virtud de la prosperidad parcial del cargo, en las consideraciones de instancia la Sala fijará la cuantía de estas peticiones, así como establecerá si existe un saldo a favor o en contra del demandante.

Décima Cuarta.—El Tribunal condenó a la Sociedad demandada a pagar indemnización moratoria desde la fecha la que terminó el contrato hasta el 23 de marzo de 1961 cuando hizo el patrono una consignación por el valor de lo que confesaba deber, por lo cual aplicó debidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime si se tiene en cuenta que en la fecha de la consignación era incierto el valor de las participaciones.

Consideraciones de Instancia.

Para determinar si la sociedad demandada adeuda alguna suma al trabajador por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones pedidas en la demanda principal, o si por el contrario, pagó de más por estos conceptos, la Sala seguirá el mismo sistema del Tribunal Superior, o sea el de fijar el valor de lo que el trabajador tiene derecho, y compararlo con las sumas que le fueron pagadas.

Participación de utilidades.— Las sumas que obtuvo el Tribunal para los años de 1959 y 1960 ascendieron a $ 20.390.60 y $ 29.078.63, respectivamente, o sea $ 49.469.23. Agregando los $ 15.090.75 deducidos por esta Sala para el año de 1961, se obtiene un total de $ 64.562.37, suma a la cual tenía derecho el trabajador demandante por este concepto.

Auxilio de cesantía.—Con base en un salario fijo de $ 1.500.00 mensuales y un promedio mensual de $ 3.479.05 en el último año de servicios, que se obtiene de promediar lo devengado en once meses de 1960 y en un mes de 1961, o sea en total $ 4.979.05 la cesantía asciende a $ 17.888.98, teniendo en cuenta, además, la congelación a que se refiere el Decreto 118 de 1957.

Primas de servicios.—El mayor valor de las primas de servicios en 1959 y 1960, de acuerdo con el salario variable, ascienden a $ 1.699.21 y 2.423.23, o sea un total de $ 4.122.43. Las otras primas aparecen pagadas.

Vacaciones.—El valor de la compensación de cinco vacaciones que según el Tribunal debía el patrono al trabajador, asciende liquidándolas con el último salario por la Sala, a $ 12.447.62. Al deducir los $ 575.00 que había recibido, siguiendo así los planteamientos del ad-quem, se obtiene un total de $ 11.872.62.

Indemnización moratoria.—Son cincuenta y cuatro días de salarios, correspondientes al período comprendido entre el 1º de febrero y el 25 de marzo de 1961. Liquidados con base en el último salario de $ 4.979.05, se obtiene por este concepto la suma de $ 8.962.29.

En total el valor de los salarios variables, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador asciende a $ 107.408.69.

Por dichos conceptos la sociedad demandada pagó lo siguiente: $ 17.663 el 29 de febrero de 1960 (folios 9, 65, 91); $ 44.575.26, consignado en el Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá, folio 44, que fue entregada al demandante Di Pietro (folio 46). y $ 43.202.06, mediante cheque girado el 5 de julio de 1961; y $ 1.471.91, pagados el 29 de febrero de 1961 para cancelar el reajuste de la prima de 1959. (folios 7 y 9). En total, entregó al trabajador $ 106.912.23, o sea que queda en su favor un saldo de $ 496.46 a cuyo pago se condenará a la empresa 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 recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto modificó la cuantía de la condena al trabajador demandante, y en función de instancia revoca la sentencia de primer grado en su ordinal cuarto, y en su lugar condena a la sociedad Archila Briceño & Cía. Ltda. a pagar a Giovanni Di Pietro la suma de cuatrocientos noventa y seis pesos con 46/100, por concepto del saldo a su favor, de acuerdo con las condenaciones de instancia de este fallo. no la casa en lo demás. Sin costas en el recurso y en las instancias.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL EN RELACION CON TRABAJADORES EXTRANJEROS

Teniendo en cuenta la ordenación de los artículos 74 y 143 del C. S. del T., la carga de la prueba corresponde al trabajador, quien está obligado a demostrar la igualdad de funciones, comparativamente con las que desempeñe el ciudadano extranjero, o el puesto, la jornada y la eficacia iguales, para tener derecho a la nivelación de salarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, junio trece de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente doctor Bolívar Portilla F.).

(Acta Nº 37).

El señor **Luis F. Contreras Ch.**, mayor, vecino de Bucaramanga e identificado con cédula de ciudadanía Nº 2058605 de Barrancabermeja, por conducto de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral a la **Empresa Colombiana de Petróleos**, representada por su Presidente, para que sea condenada a reconocerle "la diferencia entre el salario pagado y el correspondiente a otros empleados que desempeñaban el mismo cargo con la misma responsabilidad e idénticas funciones"; auxilio de cesantía adicional, cuatro horas extraordinarias de trabajo y pensión de jubilación, reajustados estos derechos y prestaciones sociales con el nuevo sueldo.

Los fundamentos de hecho expresan que entró a trabajar en la Tropical Oil Company el 25 de octubre de 1924 y salió el 8 de noviembre de 1939; después, prestó servicios desde el 4 de noviembre de 1941 hasta el 25 de agosto de 1951, y luego, en la Empresa Colombiana de Petróleos, sustituta de la anterior, hasta el 11 de octubre de 1962; que desempeñó el cargo de Jefe de Sección de Equipo de Perforación, en igualdad de funciones con el ciudadano extranjero Charles L. Norman, a pesar de lo cual los sueldos eran diferentes, siendo mayor el de este último; que tenía una jornada de 12 horas diarias y que fue jubilado a partir del 11 de octubre de 1962, con una pensión mensual de $ 2.790.93. "sin que se le hubiera pagado el auxilio de cesantía adicional correspondiente a diez y seis años de trabajo".

En derecho invocó los arts. 2º, 10, 143, 249 y ss , 158 y ss , y 260 y ss. del C.S.T.; 74 y ss. del C.P.L.

El apoderado de la empresa respondió en el sentido de no constarle algunos hechos, aceptó el cargo que desempeñaba el demandante, con funciones de dirección, lo mismo que la diferencia de sueldos y, en cuanto a la pensión, afirmó que le fue aumentada a $ 3.174.22. Respecto a la parte petitoria de la demanda, se opuso a las condenaciones impetradas y solicitó su despacho en forma negativa.

Surtida la tramitación de primera instancia, el Juez de la causa, que lo fue el Segundo Laboral de Bogotá, dictó sentencia el 4 de noviembre de 1965, por la cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las peticiones formuladas por el actor, con costas a cargo de éste.

Apeló el apoderado de la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció sentencia el 21 de junio de 1966, confirmatoria de la del Juzgado del conocimiento.

Recurso de Casación.

Contra la decisión del Tribunal Superior de Bogotá interpuso recurso de casación el actor, le fue concedido y admitido por esta Sala, habiéndose presentado dentro de término la correspondiente demanda y el escrito de réplica.

Alcance de la Impugnación.

Al final de la demanda de casación, dice el recurrente: "Fundado en los cargos que se han expuesto contra la sentencia referida, pido a la H. Corte Suprema de Justicia que con base en lo preceptuado en el numeral 1º del art. 60 del D. 528 de 1964, se digne casar la sentencia acusada decidiendo sobre lo principal del pleito, conforme al art. 61 del citado D. 528 de 1964".

La Acusación.

Cuatro (4) cargos se formulan a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, vinculados todas a actividad probatoria, de los cuales los dos primeros, por razones de lógica, se estudian conjuntamente, ya que tienden a una sola finalidad, como es la nivelación de salarios, y se relacionan con iguales pruebas, a saber: documentos, posiciones e inspección ocular.

En el escrito de oposición se impetra el rechazo de los cargos, por infundados y que, en consecuencia, no se casa el fallo acusado.

Primero y Segundo cargo.

El primer cargo se plantea por infracción del art. 143 del C.S.T., a consecuencia de apreciación errónea de los elementos probatorios que señala. Sostiene que están acreditadas las condiciones objetivas de puesto, jornada y eficiencia iguales, en comparación con el cargo del ciudadano extranjero Charles Norman, e indica los medios para ellos, como la inspección ocular, en cuya acta encuentra que el salario de éste era de $ 6.666.50 mensuales, mientras el actor devengaba un sueldo de $ 3.354.00, no obstante que ambos desempeñaban las funciones de Jefe-Sección Equipo Perforación, en calidad de directivos y con jornada indefinida; los documentos de folios 13, 14 y 62, y las posiciones absueltas por el demandante Luis Fernando Contreras Chaparro, de modo especial la pregunta tercera y su correlativa respuesta, a folio 65. Ataca la fundamentación de la sentencia en las fotocopias de los contratos laborales que corren a folios 81 y ss., a los que el recurrente desconoce mérito de convicción, según el art. 648 del C. J., Termina diciendo que se violó el art. 143 del C.S.T., por interpretación errónea, debido a errores de hecho y de derecho, cuya comisión atribuye al sentenciador.

En el segundo cargo, por violación del art. 74 del C. S. del T. en su memorial 2º, "en cuanto autoriza al trabajador nacional a exigir remuneración igual a la del extranjero que desempeñe las mismas funciones", señala las pruebas que ya mencionó en el primero, repite crítica y errores idénticos a los expuestos allí y el alcance se reduce también a la nivelación de sueldos.

Se Considera:

Los cargos en examen adolecen del común defecto consistente en que los textos legales sustentativos cuya violación denuncian, no integran una proposición jurídica completa, ya que los artículos 74 y 143 del C.S.T. son disposiciones normativas, si bien sustanciales, que no consagran en sí mismas los derechos del trabajador deducidos en juicio y cuyo desconocimiento origina el recurso extraordinario. Ninguno de tales preceptos consagratorios se halla señalado en el planteamiento de los cargos, lo cual constituye una falla de tal naturaleza que inhabilitaría la consideración de mérito del recurso.

Se agrega a lo anterior que el cargo primero acusa violación del artículo 143 C.S.T. en concepto de interpretación errónea, modalidad esta de infración legal, que por

ser directa no puede conjugarse con la que producen los errores de hecho cometidos por el fallador en su tarea de evaluación probatoria, los cuales constituyen el fundamento de dicho cargo.

No obstante, por amplitud, la Sala se adentrará en el estudio de fondo de estos dos cargos.

El Tribunal dijo, en lo pertinente:

"No ha sido objeto de discusión en el proceso el vínculo contractual de trabajo que existió entre las partes. La controversia se ha planteado sobre si el actor tenía dentro de la empresa demandada igual función que el extranjero Charles Norman o Charles Lec Norman y jornada y condiciones de eficiencia también iguales a la de éste.

"Es indudable que el puesto que desempeñaba Luis F. Contreras en la Empresa Colombiana de Petróleos tenía la misma denominación del que ejercía en la misma Empresa Charles Norman o Charles Lec Norman: Jefe Sección Equipo Perforación, como así se deduce de la diligencia de inspección ocular (fls. 45 y 46) y de la respuesta afirmativa dada por el actor a la pregunta séptima del pliego de posiciones (fl. 66), respuesta que, por lo demás, también aclara un punto que ha sido objeto de discusión en los autos, el relativo a la identidad del extranjero, a quien se conoce indistintamente en Ecopetrol con los nombres de Charles Norman y Charles Lec Norman (fls. 74 a 76).

"Y es también un hecho procesalmente evidente que uno y otro cuando menos tenían la misma jornada de trabajo, ya que las labores de dirección que Contreras y Norman desempeñaban en la Empresa, escapan a la limitación de la jornada ordinaria.

"Además, con la misma diligencia de inspección ocular (fls. 45 y 46) y con las fotocopias de los contratos de trabajo celebrados entre Charles Lec Norman y la Empresa (fls. 81 a 91), las cuales aparecen debidamente autenticadas con firma autógrafa y sello de la entidad demandada, sin que se advierta en el proceso que tales fotocopias hubieran sido objeto de tacha alguna durante el término probatorio del juicio por la parte contra quien se presentaron como prueba se acredita que el salario del extranjero era muy superior al del nacional. En efecto, éste devengaba en el mes de octubre de 1962 un salario mensual de $ 3.354.00, al paso que la asignación de aquél era en la misma época de $ 6.666.50, de U. S. $ 995.00, si se tiene en cuenta la indicada en los contratos, la que le era pagada en la siguiente forma: 60% en dólares, que la Empresa le consignaba en un banco de los EE. UU., y 40% en moneda colombiana, después de hecha la conversión al tipo oficial de cambio.

"Pero si en el mes de Octubre de 1962 una misma era la denominación del cargo que ejercían Luis F. Contreras y Charles Norman o Charles Lec Norman en la Empresa Colombiana de Petróleos y una misma también la jornada que les correspondía cumplir, puesto que ambos tenían categoría directiva, lo que les excluía de la jornada máxima de trabajo, no puede predicarse otro tanto de la igualdad en las funciones de uno y otro.

"Está demostrado que Contreras ocupaba en la Empresa el cargo de Jefe Sección Equipo Perforación y que igual denominación tenía el que desempeñaba Norman. Pero aun cuando hay aparente similitud entre las funciones que aquél tenía asignadas y las que a éste le correspondían realizar, puesto que los dos operaban equipos de perforación, las labores de Norman no eran las de simple supervisor de taladro, como eran las que normalmente ejercía Contreras, sino las de supervisor de taladro profundo (fls. 81 a 91), las cuales requieran una mayor experiencia y mayores conocimientos, labores que el actor desempeñó por exigencias momentáneas, como él mismo lo confiesa. "Yo trabajé en varias ocasiones, dice, en pozos profundos, en el cual se requiere una cierta mayor experiencia y mayores conocimientos, alternando con el señor Charles Norman" (fls. 65 vt).

"La ocasionalidad o transitoriedad del servicio se caracteriza por su corta dura-

ción, pero ese momentáneo ejercicio de un empleo no es propiamente la situación que contempló el legislador al consagrar el precepto contenido en el numeral 2º del artículo 74 del C. S. del T.; esa condición de permanencia en las labores, de habitualidad entre las funciones de uno y otro campo, es indispensable para deducir la necesidad de nivelar las asignaciones.

Como se ve, el Tribunal solo tuvo en cuenta y aplicó el numeral 2º del art. 74 del C. S. del T., por ser la disposición pertinente, reguladora del caso discutido, al prescribir igualdad de remuneración y condiciones, cuando los trabajadores nacionales desempeñan iguales funciones que los extranjeros dentro de una misma empresa o establecimiento, en los términos que siguen:

Trabajadores colombianos y extranjeros. Proporción e igualdad de condiciones.

74. 2. — "Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales."

También el art. 143 del C. S. T. busca garantizar la justicia en la fijación remunerativa, al establecer el principio "a trabajo igual, salario igual", proclamado desde el Tratado de Versalles, en su art. 427, pero determina condiciones objetivas y subjetivas, en cuanto a puesto, jornada e idoneidad equivalentes, distintas a las que trae el numeral 2º del art. 74, conformes al cual basta legalmente la igualdad de funciones entre un empleado nacional y otro extranjero en una misma factoría o dependencia patronal.

El texto completo de la norma en comento, o sea, el art. 143, dice:

A trabajo igual, salario igual.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el art. 127. - 10.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión opinión política o actividades sindicales.

Teniendo en cuenta una u otra ordenación, la carga de la prueba corresponde al trabajador, quien está obligado a demostrar la igualdad de funciones, cooperativamente con las que desempeñe el ciudadano extranjero, o el puesto, la jornada y la eficiencia iguales, para tener derecho a la nivelación de salarios.

Los dos preceptos someramente analizados tienen de común la prestación de servicios al mismo tiempo en cargos o con funciones equivalentes y en ambos incide el factor de carácter esencialmente personal o subjetivo, consistente en que los trabajadores poseen igual indoneidad o "condiciones de eficiencia iguales", como en la práctica lo ha entendido la jurisprudencia.

Las pruebas que cita el impugnador, como la inspección ocular (fls. 45 y 46), el pliego de posiciones absuelto por el actor (fls. 65 y 66) y los documentos visibles a folios 13, 14 y 62, acreditan que los cargos desempeñados por los dos trabajadores tenían la denominación de Jefe Sección Equipo de Perforación, la jornada era igual para ambos, como directivos, y que había diferencia de sueldos, ya que mientras el primero devengaba un salario mensual de $ 3.354.00 el segundo ganaba $ 6.666.50 US $ 995.00, pagaderos el 60% en dólares y cuarenta por ciento en moneda colombiana.

Si bien el comprobante de folio 14, fechado en septiembre de 1954, dice que el demandante "En la actualidad ocupa el puesto de Supervisor de Taladros (Toll Pusher), y su labor la desempeña con responsabilidad y eficiencia igual que los de su categoría". Documentos posteriores, cuya aducción dispuso de oficio el Juzgado y que forman los folios 74, 75, y 76, 81 a 91, en los que también se apoya la sentencia impugnada, por estar legalmente reconocidos, destacan y explican la diferencia de funciones, ya que el señor Charles Lec Norman, por su amplísima experiencia "adqui-

rida a través de muchos años de servicios cumplidos en el Sur de Lousiania y en el Golfo de México... ha estado a cargo de la perforación de pozos exploratorios y profundos, con el más grande de los equipos perforadores de la Empresa, el National 130", del cual se "encargó temporalmente y durante ausencias del señor Norman", al señor Contreras. Además, en la misma comunicación, la Jefatura del Departamento de Relaciones Industriales de la Empresa Colombiana de Petróleos, aclara: "En el aspecto rendimiento en sí, se puede decir que mientras la cooperación es amplia en todo el sentido por parte del señor Norman, por parte del señor Contreras era restringida, hasta el punto que él no quería prestar ninguna o muy poca. En cambio aspiraba eso sí a que todos colaboraran para él.

"En otro aspecto, mientras el señor Norman es persona de absoluta confianza para la Empresa, el señor Contreras no era la persona en quien la Empresa pudiera depositar datos confidenciales."

El certificado de folios 76, expedido por el Director de Producción, es más enfático sobre el particular, al consignar lo siguiente:

"1) Que el señor Charles Lec Norman, trabaja en esta empresa, en desarrollo de contratos especiales, como técnico, según los cuales desde 1956 viene prestando sus servicios como Supervisor de Taladro Profundo, con obligación de dirigir principalmente el funcionamiento del equipo de perforación profunda de Ecopetrol conocido bajo la denominación de "Equipo National 130", labores en las cuales se ocupa, ocasionalmente el señor Luis F. Contreras.

2) Que no obstante aparecer los dos trabajadores mencionados, clasificados en las nóminas con la designación de "Jefe de Sección de Perforación", en el mes de octubre de 1962, mes en el cual se produjo el retiro del señor Contreras, para disfrutar de la pensión de jubilación que hoy recibe; por razones de orden técnico por la transcendencia de las funciones, la eficacia y el rendimiento de sus labores y la superioridad científica y empírica, el cargo que ha venido desempeñando el señor Norman es sin duda alguna de mayor responsabilidad y superior categoría que el ocupó el señor Contreras".

La prueba literal de folios 81 a 91, contentiva de los contratos especiales entre la Empresa y el señor Charles Les Norman, a quien se refiere la certificación que acaba de reproducirse, confirma el cargo del ciudadano extranjero como **Supervisor de Taladro Profundo.**

La oposición de la parte actora que se decreten y valoren algunos documentos, se redujo apenas a los folios 74 a 76, no así y a los contratos de folios 81 a 91, a pesar de lo cual se ordenó la aducción de todos, oficiosamente, "para ser considerados en su oportunidad" y se dispuso también el reconocimiento de los objetados, mediante autos y diligencias separados, sin que después se hubiera observado o reclamado nada al respecto.

La absolución de posiciones del demandante, particularmente la respuesta a la "Tercera Pregunta", no viene sino a corroborar "la ocasionalidad o transitoriedad del servicio" prestado por él como trabajador en pozos profundos, mientras el ciudadano extranjero era supervisor de Taladro Profundo, en condiciones de permanencia o habitualidad, según se expone en el fallo recurrido, lo que impide deducir la necesidad de nivelar las asignaciones.

El error de derecho que menciona el casacionista y que imputa el Tribunal, no puede consistir en la preterminación de las formalidades que enumera el art. 648 del C. J. para la validez de copia de documentos privados, pues aquél solo se produce en el proceso laboral, al tenor del art. 87 del C. de P. del T., modificado por el 60 del Decreto 528 de 1964, cuando se da por demostrado un hecho con un medio probatorio no permitido por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la existencia jurídica del acto, y también

cuando deja de apreciarse una prueba de esa naturaleza, siendo el caso de hacerlo, pero no en el evento de una situación que puede acreditarse por los medios ordinarios, como la igualdad de empleos, jornada o idoneidad y diferencia de salarios entre un trabajador nacional y otro extranjero dentro de una misma empresa, que es de lo que aquí se trata.

La crítica que hace a la apreciación de las fotocopias de folios 81 a 91 carece de fundamento, porque tales documentos aparecen con firma y sello de la empleada de Secretaría de la Empresa, encargada de autenticarlos, obraron en juicio, fueron reconocidos judicialmente por las personas que los suscriben y no fueron rearguidos, objetados o tachados de falsos en su oportunidad.

Sobre el mérito de los mismos, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de septiembre de 1947 (C.J. LXIII, Nos. 2050, 2051, pág. 892, 2ª columna), conforme a referencia que trae el Profesor Antonio Rocha, en su obra "De la Prueba en Derecho", 5ª Edición, 1967, págs. 499 a 502, "fue definida y enfática en afirmar que el sistema legal colombiano no excluye ni por tanto priva de valor legal a copias de documentos auténticos expedidos en máquina "ni la reproducción fotográfica o en imprenta". El mismo expone: "De ahí que, como dicen Planiol y Ripert hablando del valor de las copias, "corresponde a aquél que se opone a la copia exigir la presentación del original". En seguida, citando a Couture, alude al proyecto del C. de P. Civil Uruguayo, que dispone en su art. 46: "Las copias fotográficas claramente legibles... se tendrán por fidedignas hasta prueba en contrario". Finalmente, vuelve a nombrar a Couture y extrae de su obra "Pruebas en materia Civil", pág. 169, este pasaje; "...Y si la fotografía no fuera complementada por ninguna otra prueba, valdrá como indicio o, si se quiere, como semiplena-prueba, dentro de las gradaciones de nuestra ley procesal vigente. Por sí sola, nada probará; pero complementada con otras pruebas, tendrá el poder de convicción que le asigne las luces del Magistrado, o para hablar en su lenguaje mucho más técnico de nuestra propia ley, valdrá lo que valga a la luz de las reglas de la sana crítica".

En suma, estudiados los cargos, y revisado el haz probatorio en que el censor se apoya para descubrir los errores de hecho y de derecho que confusa y vagamente enuncia sin lograr su demostración, esto, es, la evidencia y gravedad de las equivocaciones, en grado tal que contrarían en la realidad del proceso, resultan claras y sólidas las conclusiones del juzgador ad-quem, no se han violado las normas jurídicas invocadas y, en consecuencia, la acusación, por los motivos propuestos, es completamente ineficaz.

Los dos primeros cargos no prosperan.

Tercer Cargo.

Dice que, "el fallo recurrido es violatorio del art. 340 del C. S.T. que consagra la irrenunciabilidad de las prestaciones sociales eventuales o causadas establecidas en el código laboral".

Como en los dos cargos anteriores, igualmente se vincula esta a actividad probatoria, por errores de hecho, originados en desestimación de la documental de folios 5 y 16 y equivocada apreciación de las posiciones 5ª y 8ª del demandante, que indujeron al sentenciador —a juicio del recurrente— a concluír que se había cancelado la totalidad de la cesantía, aunque se debiera un valor mayor correspondiente a 16 años de trabajo.

Se Considera:

Puesto que la aspiración se dirige a obtener el pago total del auxilio de cesantía, reajustado con el valor del nuevo salario que resaltare, debieron invocarse los arts. que consagran el derecho, como son el 249, 253, 245, 266 del C.S.T. pero solo se citó el 340 que contiene el principio general de irrenunciabilidad entre las normas protectoras de las prestaciones sociales.

Mas el análisis de la prueba conduce también a su ineficacia, porque el certifi-

cado de folio 5 y la liquidación de folio 16 enseñan que "se le ha reconocido el auxilio de cesantía por el tiempo que ha trabajado con carácter de empleado" en la Tropical Oil Company, desde el 22 de agosto de 1932; y que hubo también anticipos o pagos parciales del 2 de diciembre de 1939 al 25 de agosto de 1951, de modo que las posiciones absueltas, en el sentido de haber recibido a satisfacción todos los salarios, primas y prestaciones sociales hasta la fecha de su retiro, concuerdan con las constancias de la prueba literal y con las conclusiones de la sentencia.

Por tanto, el cargo no prospera.

Cuarto Cargo.

Viene enunciado por violación del artículo 260 del C. S. del T., "que confiere al trabajador que ha llegado a la edad allí señalada, después de 20 años de servicios, derecho a una pensión mensual de jubilación igual al 75% de los salarios devengados en el último año".

Avanza la exposición y afirma que el tribunal incurrió en error de hecho "por no haber apreciado correctamente las pruebas de los folios 5 y ss. 65 y ss.", o sea, las mismas posiciones y documental en que se apoyó el 3º cargo, con la aspiración en el presente de que se reajuste la pensión, de conformidad con el sueldo que legalmente correspondía al actor o debió devengar, "aunque no se hubiere pagado".

Se considera:

Dice al respecto el fallo acusado: "También se confirmará el fallo recurrido en cuanto absuelve a la parte demandada de la petición relacionada con auxilio de cesantía adicional, correspondiente a 16 años de trabajo, porque el actor confesó haber recibido a la terminación del contrato "los salarios y prestaciones a su satisfacción".

Propuesta la acusación en la forma que acaba de sintetizarse, su resultado sigue la misma suerte o viene a ser consecuencia lógica de la eficacia de los cargos anteriores, pero como éstos fueron inidóneos o ineficaces para producir el desquiciamiento del fallo recurrido y la nivelación de salarios, tampoco procede el reajuste de la pensión de jubilación, desde que los elementos instructorios examinados y las razones que sustentan la decisión judicial permiten concluír que el sentenciador no incurrió en los errores que se le atribuyen y que aplicó rectamente la ley, al tenor de los hechos y los medios probatorios allegados al juicio.

Por consiguiente, el cargo es infundado

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 21 de junio de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

PRESCRIPCION

La exigencia de que el patrono reciba el reclamo demuestra que la pretensión del acreedor debe ser conocida por el deudor, y el hecho de disponer la norma que la segunda prescripción, esto es la de tres años, establecida por el artículo 488 del C. S. del T., comienza a partir del reclamo, corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el artículo 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 auto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —

Bogotá, D. E., trece de junio de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 20).

Matilde Gómez viuda de Solano R., Alicia Solano Gómez, Luis A. y Luis D. Solano Gómez, la primera vecina de Zapatoca, la segunda vecina de Cúcuta, y el tercero y cuarto vecinos de Bogotá, demandaron por medio de apoderado a Bernardo Higuera, propietario de la Fábrica de Cigarrillos "La Cubana", mayor y vecino de Zapatoca, para que se le condenara a pagarles la cesantía causada en favor de José Nicolás Joaquín Solano por todo el tiempo de trabajo correspondientes a veinticuatro (24) años de servicio, liquidada con base en el salario mínimo de $ 120.00 mènsuales; los aumentos de salario fijados por ministerio de la ley a partir del 1º de enero de 1950 y del 1º de octubre de 1956; el excedente de vacaciones causadas y no pagadas del 1º de enero de 1950 al 30 de septiembre de 1956 y del 1º de octubre de 1956 al 31 de diciembre del mismo año; el excedente de primas de servicios causadas y no pagadas por el mismo período a que se refiere la petición anterior; las primas de servicios causadas y no pagadas a partir del año de 1957; el seguro de vida obligatorio equivalente a 24 meses de salario, con base en el mínimo legal; la indemnización por mora y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, José Nicolás Joaquín Solano Rueda trabajó desde 1930 sin solución de continuidad en la Fábrica de Cigarros "La Cubana" de propiedad de Siervo Higuera S. (fallecido), y a continuación en la misma Fábrica de propiedad de Carlos Higuera R. y Cía.; luego en la Fábrica de Cigarros "La Turquesa" de propiedad de Abelardo Serrano R. (fallecido); después en la Fábrica "La Carioca" de propiedad de Luis Eduardo Serrano R. y seguidamente en la Fábrica de Cigarros "La Cubana" de Carlos Higuera y Cía.; empresas esas que luego por vía sucesoral y por ventas se convirtieron en la Fábrica de Cigarros "La Cubana" de propiedad del demandado Bernardo Higuera R., bajo cuya dependencia estaba trabajando José Joaquín Solano Rueda hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 5 de mayo de 1957, y a quien representan, en calidad de herederos forzosos, los demandantes. A la muerte del causante quedaron pendientes los salarios y prestaciones solicitadas. Bernardo Higuera R. como propie-

tario de la Fábrica de Cigarros "La Cubana" responde de las obligaciones provenientes del contrato de trabajo con José Nicolás Joaquín Solano Rueda, nó solamente como propietario de la Fábrica de cigarros "La Cubana", sino como causahabiente de las empresas "La Turquesa" y "La Carioca".

Al contestar la demanda el apoderado de Bernardo Higuera R. no aceptó los hechos, respecto a los cuales hizo algunas aclaraciones. Propuso las excepciones de prescripción, con base en que transcurrieron más de tres años entre el 5 de mayo de 1957, fecha en que falleció Joaquín Solano, y el 7 de mayo de 1960, cuando se notificó la demanda; la de falta de personería de los demandantes, pues los herederos solo pueden reclamar para sí, personalmente, las prestaciones sociales del causante cuando ellas no excedan de $ 5.000.00, y la cuantía fue fijada por los actores en suma mayor a la indicada, lo que quiere decir que ha debido demandarse para la sucesión de Solano Rueda y no para sus herederos forzosos; la de falta de personería del demandado, pues los demandantes dirigen la acción contra Bernardo Higuera R., afirmando que él era el propietario de la empresa "La Cubana" el día en que se presentó la demanda, siendo así que en esa fecha y en la de la contestación lo era la sociedad "Higuera R. & Compañía", persona jurídica distinta del demandado.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Zapatoca, ante quien se presentó la demanda, dictó sentencia por medio de la cual condenó al señor Bernardo Higuera R. a pagar a la sucesión de José Nicolás Joaquín Solano Rueda tres mil ciento setenta pesos ($ 3.170.00) por auxilio de cesantía; dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00) por seguro de vida; cuatro pesos por cada día de retardo desde cuando se hizo exigible la obligación hasta el día de la presentación de la demanda, como indemnización por mora, y cuatro pesos diarios por concepto de mora en caso de que las prestaciones a que fue condenado no sean canceladas a los tres días de la ejecutoria de la providencia. Absolvió a Bernardo Higuera de las demás peticiones de la demanda y condenó en costas al demandado.

Apelaron ambas partes.—**El Tribunal Superior de Bucaramanga** al decidir la alzada reformó la sentencia de primer grado en los siguientes términos: declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado a pagar a la sociedad conyugal formada por Joaquín Nicolás Solano Rueda y Matilde Gómez, disuelta e ilíquida por la muerte del primero, setecientos sesenta y dos pesos con 91/100 ($ 762.91) por concepto de auxilio de cesantía, tres pesos con cincuenta diarios a partir del 6 de mayo de 1957 hasta el día en que se haga el pago de la suma anterior; también lo condenó a pagar a Matilde Gómez vda. de Solano, Luis Domingo, Luis Antonio y Alicia Solano Gómez, un mil doscientos sesenta pesos ($ 1.260.00), como beneficiarios forzosos del seguro de vida de José Nicolás Joaquín Solano Rueda, en la siguiente proporción: la mitad para la primera en su condición de cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los restantes demandantes, por partes iguales, como hijos legítimos de Solano Rueda. Absolvió al demandado de los demás cargos que le fueron formulados y lo condenó al pago de las costas causadas en las dos instancias, en un setenta por ciento (70%).

Ambas partes recurrieron en casación. El doble recurso se decidirá previo el estudio de las demandas presentadas oportunamente y de las respectivas réplicas, así como de las alegaciones hechas en la audiencia pública a que se refiere el artículo 97 del C. P.L., comenzando por el recurso del patrón demandado, por motivos lógicos.

Recurso del patrón demandado.

Aspira a que la sentencia acusada "Sea casada parcialmente en cuanto por los numerales primero (1º), segundo (2º), tercero (3º) y quinto (5º) de su parte resolutiva declaró no probadas las excepciones propuestas por mi poderdante y lo condenó por cesantía, seguro de vida, indemnización moratoria y costas del juicio, y ya co-

mo Juez ad-quem proceda la H. Sala Laboral de la Corte a revocar parcialmente el fallo de primera instancia, proferido en este juicio por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Zapatoca el veinte (20) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961), en cuanto por los numerales primero (1º), segundo (2º), cuarto (4º) y quinto (5º) de su parte resolutiva hizo condenaciones por los mismos conceptos, y, en su lugar, declare que las acciones laborales de los demandantes están prescritas y, en consecuencia, absuelva de los dichos pedimentos al demandado Bernardo Higuera R., de las condiciones civiles anotadas al principio de este escrito, y condene en costas a la parte demandante. En subsidio pido que se case parcialmente la citada sentencia de segunda instancia, en cuanto por el parágrafo del numeral segundo (2º) de su parte resolutiva se fijó el seis (6) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957) como fecha inicial de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía, para que en su lugar, y ya como Juez ad-quem, la H. Sala Declare que tal fecha inicial no puede ser otra que la que corresponda a treinta días hábiles después de la notificación de la demanda, o en subsidio, la de la notificación de la demanda (7 de mayo de 1960), y provea en consecuencia, teniendo en cuenta, además, que el 4 de septiembre de 1961 el demandado consignó judicialmente el valor de la cesantía a que fue condenado por la sentencia de segunda instancia, poniendo así término a la mora".

Con base en la causal primera el impugnador formula tres cargos. Respecto a los dos primeros, dice que "Como el Tribunal tuvo dos consideraciones para declarar no probada la excepción de prescripción, la una en razón interpretativa de la ley y la otra por apreciación probatoria, la técnica del recurso exige atacar la sentencia en este aspecto de la prescripción, mediante cargos separados, para que la H. Sala los estudie y decida conjuntamente".

Primer Cargo.

"Prescripción.—El Tribunal Superior de Bucaramanga —Sala Laboral— al dictar el fallo que es objeto de este recurso, violó, en forma directa por interpretación errónea los arts. 2539 y 2524 del C.C., y consecuencialmente, por falta de aplicación los arts. 1625 (Nº 10), 2512 y 2535 del C. C., 151 del C. P. del T. y 488 del C.S. del T., y por aplicación indebida los arts. 249, 253, 258, 65, 289, 292, 293, y 294 del C.S. del T.".

Dice el recurrente que el sentenciador considera que para que se interrumpa la prescripción por demanda judicial al tenor de los arts. 2539 y 2524 del C. C., cuando se trata de juicio laboral, es suficiente la presentación y admisión de la demanda, sin que sea necesario tener en cuenta el momento de la notificación, criterio interpretativo que fundamenta en razones protectoras de los derechos sociales del trabajador ante posibles maquinaciones del patrono, y que en apoyo de sus tesis invoca la jurisprudencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá de 29 de junio de 1953, según la cual para la interrupción de la prescripción lo que debe tenerse en cuenta "es el momento en que se presenta la demanda y no el de su notificación", a menos que ésta no se haya hecho legalmente. Para el impugnador la interpretación que hace el ad-quem de los artículos 2539 y 2524 del C. C. es arbitraria y equivocada, por las siguientes razones: a) Es contradictoria e ilógica, pues por una parte sostiene que no es el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda el que debe tenerse en cuenta para la interrupción de la prescripción sino la fecha de presentación y admisión de la misma, pero por otra parte apela al acto de la notificación para hacerlo incidir definitivamente en el fenómeno prescriptivo cuando tal notificación no haya sido hecha en forma legal; b) Es anticientífica, pues desconoce la entidad independiente y propia que tienen cada uno de los momentos procesales de presentación, admisión y notificación de la demanda, y contra toda la técnica jurídica hace extensivos a los dos primeros los efectos nulitivos que puedan recaer sobre el último; c) Contraría la jurisprudencia de casación civil y laboral al respecto y sobre el particular cita numerosos fallos de las Salas de Casación Civil y Casación Laboral, cuya uniformidad de criterio indica, a su

juicio, que no existe argumento de tipo jurídico o hermenéutico para hacer distinción sobre el alcance de unas mismas normas por la sola naturaleza del juicio en que vayan a aplicarse, además de que la notificación al demandado no resulta exigencia extraña al sistema interruptivo de la prescripción en materia laboral, pues el art. 151 del C. P. del T. exige como requisito indispensable para que se configure este fenómeno por reclamo escrito del trabajador, el que el patrono tenga conocimiento personal de dicho reclamo. Agrega que la errada interpretación de los arts. 2539 y 2524 del C. C. llevó al Tribunal a no declarar probada la excepción de prescripción propuesta oportunamente por el demandado, y a no absolverlo de todos los cargos de la demanda, dejando de aplicar y aplicando indebidamente las respectivas normas señaladas como violadas por dichos conceptos en la formulación del cargo.

Segundo cargo. (Complementario)

"Prescripción.—El Tribunal Superior de Bucaramanga Sala Laboral— al dictar el fallo que es objeto de este recurso, violó, en forma indirecta, aplicándolos indebidamente los arts. 2542, 2543 y 2544 del C.C., 181 del C. J., 249, 253, 258, 65, 289, 292, 293 (art. 11 Dcto.-Ley 617 de 1954) y 294 del C.S.T., y consecuencialmente, por falta de aplicación los arts. 1625 (Nº 10), 2512 y 2535 del C. C., 151 del C.P. del T. y 488 del C. S. del T.".

Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal son, según el casacionista: "1º)—Dar por demostrado, sin estarlo, que uno de los demandantes interrumpió la prescripción mediante requerimiento legalmente producido y que por lo tanto la demanda fue introducida y sustanciada en tiempo hábil. 2º). No dar por demostrado, estándolo, que cuando se sustanció la demanda, notificándola, ya la acción estaba prescrita, pues el trabajador Solano R. murió el 5 de mayo de 1957, y la notificación de la demanda fue hecha el 7 de mayo de 1960".

A estos errores de hecho llegó el sentenciador, agrega el impugnador, por mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, así: "**Pruebas mal apreciadas**". Los memoriales suscritos por el señor Luis D. Solano Gómez de fechas 31 de diciembre de 1958 y 3 de enero de 1959, dirigidos al Alcalde de Zapatoca y en los que se le solicita a dicho funcionario que haga comparecer al Sr. Bernardo Higuera R. para que absuelva posiciones (fls. 37 y 39 del cuaderno Nº 1) y el pliego respectivo (fls. 34 a 36 del C. Nº 1), así como también las demás diligencias y actuaciones (notificaciones y absolución de posiciones) surtidas ante esa Alcaldía con motivo de dicho pedimento (fls. 37 a 40 del C. Nº 1). **Pruebas no apreciadas.** a) El certificado notarial sobre defunción del trabajador José Joaquín Solano Rueda que obra a fls. 5 del cuaderno Nº 1, y en el cual consta que la fecha de su fallecimiento fue el 5 de mayo de 1957. b) La constancia de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado Bernardo Higuera R., en la que aparece que dicha notificación fue hecha el 7 de mayo de 1960. (fls. 26 vto. del C. Nº 1)".

Se refiere el impugnador al segundo argumento del sentenciador, según el cual consideró que una solicitud para absolver posiciones había interrumpido la prescripción, y dice que el **ad-quem** le dio a las diligencias surtidas ante la Alcaldía de Zapatoca con motivo de dicha solicitud, el valor de un requerimiento judicial legalmen te producido, siendo así que tal actuación carece de valor jurídico alguno, pues el art. 181 del C. J. solo da competencia a los Alcaldes Municipales en las épocas de vacancia judicial, que fue cuando se hizo la petición el 31 de diciembre de 1958 y el 3 de enero de 1959, para recibir y notificar las demandas, pero no para tramitar solicitudes sobre absolución de posiciones ni para hacerlas absolver con el objeto de preconstituír pruebas, por lo cual tales diligencias no constituyen el requerimiento judicial del artículo 2544 del C. C., siendo equivocado en consecuencia el valor probatorio que como a tal le dio el sentenciador. Agrega que la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el fallo de segunda instancia no viene al caso, pues en ella se estimó como requerimiento unas posiciones absueltas ante Juez

competente. Por otra parte —continúa el impugnador— en el pliego de posiciones no se hace ninguna alusión concreta ni debidamente determinada respecto a las prestaciones que se reclaman en el juicio, requisito indispensable para que los escritos petitorios interrumpan la prescripción, según el artículo 151 del C.P.T. Esta equivocación en la apreciación probatoria impidió que el Tribunal, a juicio del recurrente, tuviera en cuenta el certificado de defunción del Trabajador Solano y la constancia de notificación de la demanda, pruebas que demuestran que entre la muerte de Solano y la notificación de la demanda corrieron más de tres años.

Se refiere luego a la incidencia del error de hecho en la violación de las normas por los conceptos señalados en la formulación del cargo, y termina diciendo que con la prosperidad de los cargos aspira a que sea casada parcialmente la sentencia objeto de la impugnación; se declare probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado y se le absuelva de las peticiones formuladas, condenando en costas a la parte demandante.

Se Considera:

Como bien lo anota el casacionista, son dos los soportes en que se fundamentó el Tribunal para no declarar probada la excepción de prescripción: que la prescripción se interrumpe en materia laboral con la sola presentación y admisión de la demanda, sin que sea necesaria su notificación al demandado, y que además, en el caso sub-lite ya se había interrumpido la prescripción con motivo de la solicitud que uno de los demandantes hizo ante el Alcalde de Zapatoca para que el demandado absolviera posiciones. Refiriéndose los cargos a cada uno de los fundamentos, en su orden, la acusación se estudiará conjuntamente, pues para la prosperidad de la acusación deben desquiciarse ambos soportes.

Para llegar a la conclusión de que la admisión de la demanda era suficiente para interrupir la prescripción, el Tribunal, luego de transcribir el artículo 2539 del Código Civil, dijo lo siguiente: "Se refiere el artículo 2524 del C. C. a la interrupción civil de la prescripción adquisitiva del dominio de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano. La jurisprudencia civil exige como requisito para la interrupción de la prescripción la notificación en forma legal al demandado del auto admisorio de la demanda. Pero en materia laboral, como la interrupción de la prescripción se rige por normas especiales, la jurisprudencia ha considerado que para que se interrumpa la prescripción es suficiente la presentación y la admisión de la demanda. Se basa ese criterio jurisprudencial en razones protectoras de los derechos sociales contra posibles maquinaciones de los patronos tendientes a desconocer las prestaciones a que están obligados. En un caso como el presente, en que la demanda fue presentada solo unos pocos días antes de vencerse el término prescriptivo, la consumación de este fenómeno quedaría a voluntad del demandado, quien para esquivar la notificación podría ausentarse del lugar del juicio, o simplemente ocultarse por el tiempo necesario para que el traslado de la demanda se cumpliera después de vencidos los tres años señalados por la ley y ganar así la extinción de la obligación que pesaba sobre él, a pesar de que el ánimo del acreedor se había hecho ostensible en el sentido de reclamar por la vía legal las prestaciones consagradas en su favor".

A juicio de la Sala el ad-quem interpretó erróneamente los artículos 2539 y 2524 del C. C., en cuanto son aplicables en lo laboral. Ha sido jurisprudencia de esta Corporación que la prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda, y que para ello no basta la presentación o admisión de la misma. Así, en casación de 21 de mayo de 1963, mantuvo esa interpretación, que se transcribirá, pues en esa providencia se analizan los mismos argumentos expuestos por el Tribunal. Dijo así esta Sala:

"La exigencia de que el patrono reciba el reclamo demuestra que la pretensión del acreedor debe ser conocida por el deudor, y el hecho de disponer la norma que la segunda prescripción, esto es, la de tres años,

establecida en el art. 488 del mismo estatuto, comienza a partir del reclamo, corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el art. 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 aquélla 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. Con presentar la demanda no le pone término a su negligencia; debe prestarle al oficio judicial toda la colaboración posible para que llegue a conocimiento del deudor demandado el libelo en que ejercita el derecho, sin que valga argüír que la notificación es una actividad reservada al funcionario judicial, porque sin la colaboración del actor, aquélla no podría realizarse.

"No sobran, por último, estas consideraciones:

La demanda se dirige al Juez, pero tiene también como destinatario al demandado. En proceso contencioso en que se ejercita la acción de condena, es el demandado y no el Juez el obligado a satisfacer las prestaciones correspondientes. Si aquél ignora las pretensiones del actor, no está en capacidad ni de allanarse a la demanda, ni, de consiguiente, aducir en su favor excepción alguna. La demanda es un acto de voluntad de quien pide a la justicia la tutela de un derecho, por lo cual debe ser conocida de quien por obra del proceso puede ser condenado a satisfacerlo.

"De la relación procesal y no de la simple demanda se derivan los efectos que a tal fenómeno atribuyen las leyes. Entre los de índole sustantiva basta citar los contemplados a propósito de la acción reivindicatoria en los arts. 964, inciso 3º y 966, inciso 1º del C. C.; y el que consagra el art. 1960 de la misma obra, perteneciente al título 25 de su libro 4º, sobre cesión de derechos. Los efectos procesales de dicha relación dependen también de la notificación del libelo, como se infiere, entre otras normas, de las consignadas en los arts. 320, 321 y 325 del C. J."

Cuanto al otro fundamento del ad-quem, al cual se refiere el cargo segundo, estima la Sala que el Tribunal Superior de Bucaramanga no incurrió en el error de hecho que se le atribuye de dar por demostrado, sin estarlo, que la prescripción se interrumpió mediante requerimiento legalmente producido, pues el pliego de posiciones sometido al demandado y del cual tuvo conocimiento el once de enero de 1959 cuando las absolvió es un reclamo escrito de uno de los herederos del trabajador, recibido por el patrono, que por lo tanto reúne las exigencias del artículo 489 del C. S. del T. La circunstancia de que la solicitud para absolver posiciones se tramitó por el Alcalde Municipal y no por el Juez competente no incide en el medio usado para interrumpir la prescripción pues si el fenómeno interruptivo se produce por el reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, con mayor razón se causa la interrupción si dicho reclamo se ha presentado por intermedio de una autoridad, que deja constancia pública del hecho de que el patrono tuvo conocimiento del escrito. La absolución de posiciones, rendida ante el Alcalde Municipal puede estar viciada de nulidad pero como no se trata de la validez de este medio probatorio, sino de la demostración de que a través de un escrito reclamatorio se interrumpió la prescripción, no incurrió el Juzgado en error al dar por demostrado ese hecho, pues no existe duda alguna de que el patrono tuvo conocimiento del reclamo, que es lo que establece el artículo 489 del C. S. del T., lo mismo que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo.

Argumenta el recurrente que en el pliego de posiciones no se hace ninguna alusión concreta ni debidamente determinada respecto a las prestaciones que se reclaman en el juicio como tampoco se hacen en los escritos petitorios. Sobre este punto el ad-quem estimó que "con la solicitud de uno de los demandantes para que el demandado absolviera posiciones y el posterior requerimiento hecho al señor Bernardo Higuera por la Alcaldía de Zapatoca pone de manifiesto en forma clara que los herederos del trabajador Solano Rueda tenían el firme propósito de reclamar el pago de las prestaciones sociales a que tenían derecho

el causante y el correspondiente seguro de vida".

Al llegar a la anterior conclusión no incurrió el ad-quem en error de hecho, pues en el escrito en que se pide la citación del demandado para absolver posiciones, el peticionario manifestó: "El objeto de ésta, es allegar una prueba para deducir un crédito por prestaciones sociales y seguro de vida", (folio 37), y en las posiciones se pregunta sobre hechos tendientes a demostrar la existencia del contrato de trabajo y su duración con el padre del solicitante, así como sobre el no pago de las prestaciones sociales que se adeudaban al trabajador fallecido, señor José Nicolás Joaquín Solano Rueda, que indudablemente son los pendientes a la terminación del contrato.

De manera que no habiéndose demostrado que el Tribunal Superior de Bucaramanga incurrió en error de hecho al dar por demostrado que la prescripción se interrumpió con el escrito de absolución de posiciones, no prospera la acusación, aun cuando se haya desquiciado el otro fundamento en que se basó el ad-quem, y al cual se refirió el primer cargo en este recurso.

Tercer cargo (Subsidiario).—Indemnización moratoria.—El Tribunal Superior de Bucaramanga —Sala Laboral —violó por infracción directa los arts. 258 y 212 del C. S. del T., y consecuencialmente por aplicación indebida el art. 65 del C. S. del T. Demostración del cargo.—El Tribunal considera que por disposición expresa del art. 65 del C.S.T. el demandado debió pagar el auxilio de cesantía a la cónyuge sobreviviente y a los hijos legítimos del trabajador muerto inmediatamente después de terminado el contrato por su fallecimiento, so pena de pagar la indemnización que dicho artículo prevé. Agrega que pudo ocurrir que los continuadores del trabajador no se hubiesen presentado de inmediato a recibir el valor respectivo o que hubiese surgido alguna inconformidad respecto a la cuantía de las prestaciones a cargo del demandado, pero que entonces éste ha debido consignar la suma que considerara deberles para evitar la sanción. Pero el Tribunal olvidó que de acuerdo con los arts. 258 y 212 del C.S.T. la cesantía menor de $ 5.000.00 no se reconoce a los herederos sino después de que acrediten serlo con las copias de las partidas eclesiásticas o de los registros civiles, más una información sumaria de testigos, y no se paga sino después de dar aviso público con treinta días de anticipación. En estas condiciones no puede configurarse la mora desde el momento mismo de la muerte del trabajador, como lo decretó el Tribunal, porque es preciso para quien hace el pago saber a quién debe hacerlo y esto no era posible hasta no establecer claramente la calidad de herederos en los reclamantes, situación que solo vino a aclararse en el caso de autos con oportunidad de la demanda. Sobre el particular ya la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte se ha pronunciado categóricamente en el sentido de que en estos casos la mora solo empieza desde el momento en que el patrono tiene pleno conocimiento de quienes son los herederos del trabajador fallecido. (V: cas, 3 de mayo de 1957, LXXXV, Nº 2181, 2182, pág. 255; Cas. 30 agosto 1960, Nº 2228, 2229, pág. 545).

"Con la prosperidad de este cargo aspiro a que casada parcialmente la sentencia impugnada, la H. Sala decrete la indemnización moratoria, en la cuantía diaria fijada por el Tribunal, pero solamente a partir de 30 días hábiles después de la notificación de la demanda, o en subsidio a partir de la notificación de la demanda (7 de mayo de 1960) y hasta el 4 de septiembre de 1961, día en que el demandado consignó judicialmente el valor de la cesantía a que fue condenado por la sentencia de segunda instancia, poniendo así término a la mora (fls. 58 del c. Nº 4), tal como lo pido subsidiariamente en el alcance de la impugnación".

Se Considera:

En relación con la fecha a partir de la cual incurre el patrón en mora de pagar las prestaciones a los herederos del trabajador fallecido, ya esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades. Así, en fallo de 3 de mayo de 1957 dijo lo siguiente: "Evidentemente las normas la-

borales señaladas por la acusación consagran reglas de procedimiento que deben observarse previamente para el pago del auxilio de cesantía y seguro de vida del trabajador. Se advierte que el Tribunal no tuvo en cuenta este procedimiento y de ahí que hubiera condenado a la sociedad demandada al pago de la indemnización por la mora desde la fecha misma del fallecimiento de Gutiérrez Peláez. En el caso sublite la demandada estaba obligada a pagar a los sucesores del trabajador fallecido auxilio de cesantía, primas de servicio y seguro de vida. Necesario era en relación con las dos primeras prestaciones, precisar el momento en que el deudor debía cumplir esa obligación, puesto que el indicaba la fecha inicial del retardo para los efectos de la sanción establecida en el art. 65 del C.S. del T. Ahora bien: El artículo 258 del C.S. del T. establece que el auxilio de cesantía, trasmisible por causa de muerte, cuando valga $ 5.000.00 o menos, se pagará ciñéndose al procedimiento establecido por el art. 212 ibídem, esto es, el que reglamenta el pago del seguro. Esta regla procedimental exige como requisitos: a) La presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias de ley y una información sumaria de testigos que acrediten quienes y cuantos son los herederos; b) Que antes de efectuar el pago de la prestación el patrono dé aviso público, con treinta días de anticipación, por lo menos dos veces en la prensa. Solo después de cumplidos estos requisitos se puede hablar de que la prestación es exigible por parte de los herederos del causante". (Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez contra Gómez y Mejía Limitada.).

En el caso que se estudia también el adquem condenó a pagar la indemnización por mora a partir del fallecimiento del trabajador a pesar de que previó que sus herederos no se hubieran presentado de inmediato a recibir el valor de las prestaciones, circunstancia que a su juicio no releva al patrono de pagar la sanción, "porque si así ocurrió, ha debido consignar la suma que considerara deber a la orden de las personas nombradas". Es decir, que el Tribunal exige al patrono que haga una consignación en favor de personas que no conoce como sus continuadores por no haber acreditado su calidad de herederos, lo cual implica una falta de lógica, con la consiguiente violación de las normas señaladas por el recurrente.

Prosperando el cargo, al resolver en instancia la Sala fijará como fecha de iniciación de la mora, para efectos de la indemnización de que trata el art. 65 del C. S. del T., la de la notificación de la demanda o sea el 7 de mayo de 1960, cuando los demandantes presentaron las correspondientes partidas, y acogiendo así la petición subsidiaria del recurrente, pues habiéndose opuesto el patrono a las pretensiones de los demandantes, demostró así su intención de no hacer las publicaciones requeridas por el artículo 212 del mismo estatuto.

Recurso del Trabajador Demandante

Alcance de la impugnación.

Lo precisa así el recurrente: "El recurso de casación interpuesto por la parte demandante persigue el infirmamiento parcial de fallo recurrido, por cuanto limitó sus condenas por los extremos de cesantía, seguro de vida, a las cantidades de $ 762,91 y 1.260.00 respectivamente, y la relativa a la indemnización moratoria a un salario de $ 3.50 por cada día de demora desde la terminación del contrato, y en cuanto absolvió al patrono Bernardo Higuera de pagar a la sociedad conyugal formada por José Nicolás Joaquín Solano Rueda y Matilde Gómez, disuelta e ilíquida por la muerte del primero, de los demás cargos que le fueron formulados, consistentes en excedentes dejados de pagar de: salarios del 1º de oct. de 1956 al 5 de mayo de 1957, vacaciones y prima de servicios del 1º de oct. de 1956 al 31 de dic. de 1956, prima de servicios del 1º de enero de 1957, al 5 de mayo del mismo año, para que, en su lugar, y convertida esa H. Sala en Tribunal de instancia, quebrante la sentencia acusada en sus ords. segundo y su único parágrafo, tercero, y, aumente aquellas tres condenas a los valores legalmente debidos, teniendo en cuenta todo el tiempo trabajado por Solano Rueda, de 1930 al 5 de mayo de 1957 y conforme al salario, que demostraré, básico para las li-

quidaciones respectivas, revoque la absolución por los dichos demás cargos que le fueron formulados, decretando en cambio, condenación por estos extremos, confirmar el ordinal primero del fallo de primer grado, que condenó al demandado a pagar $ 3.170.00 y $ 2.880.00 por los conceptos de cesantía y seguro de vida, según los planteamientos y solicitudes que concretaré al formular cada una de las impugnaciones contra la mencionada sentencia".

Los errores de hecho los hace consistir en no haber dado por demostrado: "a) Que José Joaquín Solano Rueda trabajó de 1930 a 1936 inclusive en La Cubana, de 1937 a 1940 (26 de diciembre), en la Turquesa y de esta última fecha hasta el 5 de mayo de 1957, en "La Cubana" fábricas de las cuales era sucesor el patrono demandado Bernardo Higuera en mayo de 1957 cuando murió el trabajador a su servicio como ya se ha probado —y que el total del tiempo trabajado por Solano Rueda son veintisiete años, cuatro meses y cinco días" y "b) Que por no haber presentado el patrono la prueba legal que debía presentar del patrimonio gravable de la empresa declarado en el año inmediatamente anterior y que por no haberla presentado se presumía de derecho que tenía el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones demandadas, estaba obligado a pagar el salario mínimo de cuatro pesos diarios que cobija todas las prestaciones, de conformidad con el salario ordenado por el número 5 del inciso c) del art. 1º del Decreto 2214 de 7 de septiembre de 1956".

Como prueba no apreciada señala el certificado expedido por Luis Eduardo Serrano R. el 30 de diciembre de 1958, que obra al folio 6 del cuaderno Nº 1. Las pruebas que considera erróneamente estimadas son las declaraciones de Luis Eduardo Serrano R., folio 79; Josefina Prada Carreño, folios 32 a 33 y 76 Rafael Martínez, folio 82; Enelvio Gómez, folio 88 y 89; y Elvira Duarte folios 82 a 83.

Al sustentar la acusación el recurrente dice que el certificado expedido por Luis E. Serrano R., autenticado ante un notario es un documento privado que contiene obligaciones a cargo del sucesor demandado y que tiene la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones por haber sido reconocido en forma legal por la persona que debe cumplirlo al haber obrado en los autos con su conocimiento y sin que fuera objeto ni regargüido de falso; que Luis E. Serrano R. por haber sido patrono del trabajador fallecido, estaba obligado a dar la certificación sobre el tiempo de servicios y que habiendo cedido sus derechos en la empresa al actual patrono, no puede considerarse como un tercero.

Se refiere luego a la declaración del mismo Luis Eduardo Serrano, cuyo testimonio considera que carece de valor ante el certificado que él mismo expidió, y agrega que el Juez que le recibió la declaración cometió un error al llamarlo a declarar sobre el certificado que Serrano había atestado en una Notaría y sobre el cual nada había objetado el causahabiente de la empresa. Hace otras consideraciones en torno a esta declaración y concluye que su testimonio carece de valor probatorio.

Transcribe luego las declaraciones de Josefina Prada Carreño, Rafael Martínez, Enelvio Gómez y Elvira Duarte, así como las apreciaciones del ad-quem sobre estos testimonios, y dice que no existe contradicción entre lo afirmado por Luis Eduardo Serrano R. y Josefina Prada Carreño sino en relación con cierto período de trabajo y que respecto a los demás están conformes.

Referente a la prueba sobre el capital de la empresa estima el impugnador que es improcedente la escritura pública que tuvo en cuenta el ad-quem, pues las normas vigentes entienden por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, cuya prueba no se presentó en el juicio, equivocándose en consecuencia el fallador al dar por demostrado el capital con base en un documento que la ley no acepta.

Hace luego el recurrente algunas consideraciones sobre el salario base, que a su juicio ha debido ser de cuatro pesos diarios, salario mínimo para las empresas de un capital mayor de $ 200.000.00 y agrega que al

determinar el salario mensual el ad-quem lo compute con base en un mes de cuatro semanas violando así el art. 59 de la Ley 4ª de 1913. Por último se refiere al seguro de vida que ha debido liquidarse por veinticuatro meses de salario, pues el trabajador fallecido prestó sus servicios durante veintisiete años y no por doce meses, como lo hizo el Tribunal.

Se Considera:

El señor Luis Eduardo Serrano R. es un tercero en el juicio, carácter que no desaparece por el hecho de haber sido uno de los patronos del trabajador en la cadena de sustituciones patronales a que se refiere el libelo pues no fue demandado en el juicio. El certificado que expidió, pese a que fue autenticado ante un Notario, no podía considerarse como documento privado proveniente de unas de las partes. Carecía por sí solo, en consecuencia de mérito probatorio, como lo ha sostenido la jurisprudencia. Por esta razón obró acertadamente el a-quo al llamar a Serrano como testigo para que manifestara bajo las formalidades legales si era cierto y por que le constaba lo afirmado en el certificado. La prueba así producida es la testimonial y no la documental y si el declarante manifestó bajo juramento hechos diferentes a los que contenía su certificación, obró correctamente el fallador de segunda instancia al apreciar su testimonio y no darle mérito al certificado.

El Tribunal, por otra parte, al analizar la prueba testimonial encontró que unos testigos, Serrano y la señora Josefina Prada Cáceres se contradecían y que los otros testimonios eran demasiado vagos. En vista de esta circunstancia resolvió desechar la prueba testimonial para la comprobación del tiempo de servicios del trabajador fallecido y se acogió a lo que sobre el particular demostraba la inspeción ocular. Esta apreciación del ad-quem es intocable en casación, pues si estimó que los testigos no ofrecían credibilidad, por cuanto se contradecían al declarar sobre un determinado período durante el cual se prestaron los servicios, contradición que en realidad existe, no hizo sino aplicar los principios contenidos en el art. 61 del C.P.L. Y este convencimiento, adquirido mediante la crítica racional, es, como ya se dijo intocable en el recurso extraordinario. Los otros testimonios son vagos y no demuestran el tiempo servido por Solano Rueda. No se ha demostrado por lo tanto el error de hecho que se le atribuye al Tribunal en relación con el tiempo servido por el de cujus.

Respecto a la prueba del capital de la empresa, la jurisprudencia ha dicho que si el sentenciador lo da por demostrado con un medio probatorio distinto al señalado por la ley, la pretendida violación se produciría a través de error de derecho, y no de hecho como lo plantea el impugnador. Por este motivo no prospera la acusación en este aspecto.

Independientemente de los errores de hecho que se le atribuyen al ad-quem en la formulación del cargo, el recurrente señala otro dentro de la sustentación, cual es el de haberse tomado como salario mensual el correspondiente a cuatro semanas y no a treinta días. Este error es manifiesto pues ante la prueba del salario semanal, para determinar el mensual era necesario buscar previamente el devengado en un día y multiplicarlo por treinta, que son los días que tiene el mes. Al tomar como mensual el salario de cuatro semanas o sea veintiocho días, incurrió el ad-quem en error de hecho y en consecuencia prospera la acusación en este aspecto, el fallo acusado se casará de acuerdo con lo que resulte de las consideraciones de instancia.

Si no se demostró el error de hecho en cuanto a la determinación del tiempo de servicio, el seguro de vida estuvo bien liquidado, pues siendo el tiempo de servicios inferior a doce años, los beneficiarios del trabajador fallecido tienen derecho al mínimo de doce meses de salarios señalados en la Ley. El cargo prospera parcialmente de acuerdo con las motivaciones anteriores.

Segundo Cargo.

"Este cargo lo hago para obtener la efectividad de los excedentes de salarios del 1º de oct. de 1956 al 5 de mayo de 1957, los excedentes de vacaciones y primas de servicios del 1º de oct. de 1956 al 31 de diciembre del mismo año, la prima de servicios del 1º de enero de 1957 al 5 de mayo del mismo año, con base en el salario mínimo de $ 4.00 diarios establecidos por el Nº 5 del inciso c) del artículo 1º del Decreto 2214 de 1956 que principió a regir desde el primero de oct. de 1956. Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, ya enunciada, por ser violatoria, por falta de aplicación de los arts. 15, 16, 1013, 1038, 1040, 1043, 1625, 1626, y 1657 C. C.; art. 2º de la Ley 153 de 1887; art. 18 de la ley 45 de 1936; arts. 13, 14, 16, 19, 21, 65, 141, 142, 145, 148, 186, 192, ord. 1º del 195, 258, inciso a) del ord. 1º del art. 306 C. S.T.; art. 7º de la Ley 64 de 1946; el 5º del inciso c) del art. 1º del Decreto 2214 de 1956, violaciones indirectas en que incurrió el fallador por errónea apreciación de una prueba, la cual puntualizaré en seguida y que lo hicieron incurrir en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos. En caso de que la H. Corte viere que sí se configuraron las infracciones de las normas citadas, pero no a través de error de hecho sino de derecho al tomar el Tribunal como prueba del capital de la empresa la copia de la escritura pública Nº 3538, aquí mencionada, acuso la sentencia del fallador de segundo grado de ser violatoria por infración directa, por falta de aplicación o aplicación indebida en subsidio, de las disposiciones contenidas en esta impugnación".

Tercer Cargo.

"Este cargo lo formulo para hacer efectiva la indemnización moratoria con base en el salario mínimo legal de $ 4.00 desde el 6 de mayo de 1957 hasta que el pago se verifique, y no de $ 3.50 como lo decretó el seccional. Acuso la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Laboral, ya singularizada, de ser violatoria en el género indirecto por aplicación indebida o por falta de aplicación en subsidio, de los artículos que siguen: el inciso 2º del art. 1013 dice que la herencia o legado se difiere al heredero o legatorio en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; 1038, 1040, 1043, C. C.; el art. 18 de la Ley 45 de 1936 sobre reglas relativas a la sucesión intestada; el 1625, 1626, 1627 C. C. sobre la extinción de las obligaciones por pago; el art. 2º de la Ley 153 de 1887; sobre la prevalencia de la ley posterior; los arts. siguientes del C. S. T.; el 13 sobre el mínimo de derechos a favor del trabajador y respecto a la inefectividad de cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo; el 14 referente a la irrenunciabilidad de las disposiciones del c.s.t.; el 19 sobre normas de aplicación supletoria; el 21 sobre la prioridad de las normas más favorables al trabajador; el 65 sobre indemnización moratoria y último salario diario; el 141 sobre salarios básicos para prestaciones; el 142 en cuanto a la irrenunciabilidad del derecho al salario; el 145 concerniente al salario mínimo; el 148 del efecto jurídico de la fijación del salario mínimo; el ord. 1º del art. 195 sobre definición y prueba del capital de la empresa; el 258 en lo que se refiere a transmisibilidad del derecho por causa de muerte; los números 4 (por aplicación indebida) y 5 (por falta de aplicación) del inciso c) del art. 1º Decreto 2214 de 1956, pertinente al salario mínimo legal a consecuencia de error de hecho manifiesto en los autos, consistente en la equivocada apreciación de la copia de la escritura Nº 2528 del 16 de noviembre de 1956 de la Notaría 2ª de Bucaramanga (en el expediente) de donde sacó en conclusión que la empresa del patrono Bernardo Higuera, donde trabajó Serrano Rueda, no tenía un patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior que se diera de $ 200.000.00 y que en consecuencia solo estaba obligado a pagar un salario de $ 3.50, y no de $ 4.00 diarios, lo que condujo al fallador a dar por establecido que el salario mínimo que debía devengar Solano Rueda eran $ 3.50 y no $ 4.00 diarios. En el caso de que la H. Sala sacare en conclusión que sí se produjeron las violaciones de las disposiciones citadas, pero no con base en error de hecho sino de derecho al tomar el sentenciador de instancia como prueba del

capital de la empresa la copia de la escritura pública ya comentada, acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria por infracción indirecta, por aplicación indebida o falta de aplicación en subsidio de las normas invocadas en este cargo".

Se considera:

La formulación de los cargos segundo y tercero no se ajusta a la técnica de casación como lo anota el expositor. Se predica el error de hecho y el error de derecho sobre una misma prueba sin que el casacionista esté seguro a través de cuál de ellos se produjo la violación de la ley y pide a la Corporación que escoja el motivo que considere procedente. El cargo debe ser preciso, pues la Corte no puede salirse de los términos fijados por el acusador mucho menos determinar previamente por qué concepto es posible la prosperidad de la acusación para escogerlo entre los opuestos que plantea el impugnador. Un cargo no puede hacerse sino por un solo concepto y si en él se involucran varios debe rechazarse por no ajustarse a los requisitos del recurso. Por esta razón se rechazan las acusaciones contenidas en los cargos segundo y tercero.

Consideraciones de instancia.

A folios 2 del cuaderno Nº 2, en la inspección ocular practicada en las planillas de trabajadores de la empresa demandada se constató como salario devengado por el trabajador en 1952, el de $ 22.00 semanales. El salario mensual es por lo tanto, de $ 94.29. Haciendo nuevamente las operaciones con base en este salario sobre el auxilio de cesantía, se obtiene un total de setecientos setenta y ocho pesos con 77/100 ($ 778.77) de acuerdo con la siguiente liquidación: Primer período de 5 de mayo de 1957, fecha de terminación del contrato, hasta el 1º de octubre de 1953, o sea cuarenta y tres meses y cuatro días, incluyendo los tres años de retrospectividad del aumento, a razón de $ 105.00 mensuales... $ 377.42

Segundo período de 1º de octubre de 1953 al 1º de enero de 1961, o sean treinta y tres meses a noventa y seis pesos ($ 96.00) mensuales. $ 264.00

Tercer período de 1º de enero de 1951 a 14 de agosto de 1949, fecha de ingreso , o sean 16 meses y 17 días a razón de $ 94.29 ..... $ 137.35

TOTAL $ 778.77

La condena por cesantía se hará en consecuencia por esta suma. Como prosperó el cargo tercero de la demanda del patrono demandado, la sanción por mora se impondrá desde el 7 de mayo de 1960 y hasta cuando se verifique el pago de la condena impuesta por auxilio de cesantía.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de Ley, **casa parcialmente** la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en cuanto condenó al demandado a pagar setecientos sesenta y dos pesos ($ 762.00) por concepto de cesantía y tres pesos ($ 3.00), diarios desde el 6 de mayo de 1957 hasta cuando se verifique el pago por cesantía, como sanción por mora y en función de instancia modifica el fallo de primer grado en el sentido de fijar la condena por auxilio de cesantía en setecientos setenta y ocho pesos con 77/100 ($ 778.77), y la condena por indemnización moratoria en tres pesos con 50/100 ($ 3.50) diarios a partir del 7 de mayo de 1960 y hasta cuando se verifique el pago del auxilio de cesantía. **No la casa** en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., Crótatas Londoño C.

Vicente Mejía O., Secretario.

INDEMNIZACION. MORATORIA EN EL CASO DE LOS SERVIDORES OFICIALES.

La sanción moratoria no puede imponerse desde el retiro del trabajador y 90 días más, sino desde que el ex-trabajador hizo la solicitud, acompañada de los documentos pertinentes, a la Caja Nacional de Previsión para que se le pagara el auxilio de cesantía, pues es sabido que esta entidad no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que lo efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para mostrar el derecho que tiene a la prestación solicitada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. quince de junio de mil novecientos setenta

(Magistrado Ponente; Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 20).

Decide la Sala el recurso de Casación interpuesto por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi contra la sentencia de 15 de diciembre de 1959, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó a pagar a José Joaquín Pérez Monsalve la cantidad de $ 56.536.46 "por concepto de indemnización moratoria" y lo absolvió de las demás peticiones de la demanda referente a auxilio de cesantía, indemnización por vacaciones causadas y no disfrutadas y prima de navidad del último año de servicios.

El objeto del recurso según reza la demanda de casación, oportunamente replicada por el apoderado del demandante, es el que sigue:

"IV. — Alcance de la Impugnación.

Se pretende con este recurso que la Sala de Casación Laboral de la Corte case parcialmente el fallo de segundo grado, en cuanto a la condena contenida en el literal a) del numeral 1º de la parte resolutiva, y que, en su lugar, convertida en tribunal de instancia, revoque los numerales 1º y 3º del que dictó el a-quo, confirme el numeral 2º de éste y condene en costas al actor.

"En subsidio, pido que se limite la condena al pago de salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre la fecha en que el demandante presentó la solicitud de cesantía a la Caja Nacional de Previsión, que se establecerá con un auto para mejor proveer, y la de la consignación hecha por la entidad demandada".

Los hechos fundamentales que ocasionaron la condena materia de la impugnación que se estudia pueden sintetizarse diciendo, que el actor trabajó al servicio del Instituto entre el 1º de octubre de 1959 y el 22 de noviembre de 1954, fecha en que se retiró con licencia de 60 días; que al terminar ésta presentó renuncia de su cargo de Dibujante III del Grupo de Dibujo y Ediciones de la oficina de Información y Publicaciones, renuncia que le fue aceptada a partir del 22 de enero de 1965; que la Caja Nacional de Previsión Social, a la que están afiliados los trabajadores del mencionado Instituto, liquidó y ordenó pagar el auxilio de cesantía de

Pérez Monsalve por Resolución Nº J-02-366 de 30 de abril de 1968 y que el mismo Instituto consignó el valor antedicho con título número 979785 de 19 de junio del mismo año, expedido por el Banco Popular, en el Juzgado de primera instancia, el Quinto Laboral de Bogotá.

El Tribunal en el fallo acusado, luego de estudiar la naturaleza del Instituto demandado y las labores del actor, concluye diciendo: "El es hecho que resulta claro para el Tribunal, tánto por los elementos fácticos que han intervenido en su configuración probatoria dentro del juicio, como por el contenido jurídico del mismo, que José Joaquín Pérez Monsalve estuvo vinculado por contrato de trabajo al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y que por este aspecto comparte la tesis que en el mismo sentido aceptó el sentenciador de primera instancia".

Sentada esta premisa, pasa a analizar cada una de las peticiones de la demanda y encuentra que la de vacaciones y prima de navidad fueron oportunamente satisfechas; pero que la de auxilio de cesantía lo fue con gran retraso y de allí que al estudiar la relativa a indemnización moratoria, sostenga lo que se copia:

"Si bien es cierto que observando detenidamente el haz probatorio no aparece demostrado que la entidad demandada, ni a la terminación del contrato de trabajo con el actor, ni dentro de los noventa (90) días siguientes a la cancelación del respectivo contrato laboral, pagó la totalidad de las acreencias laborales, no lo es menos que la cesantía le fue reconocida al demandante mediante resolución de abril 30 de 1968 y vino a ser cancelada por conducto de la consignación judicial efectuada por la entidad demandada ante el Juzgado Quinto, el 2 de julio de 1968.

"Ahora bien, la sanción a que se hace acreedor el empleador oficial que no ponga a disposición del trabajador igualmente oficial, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, de considerar que el contrato de trabajo recobrará toda su vigencia a lo que la jurisprudencia ha entendido, como que deberá continuarse pagando los salarios diarios hasta cuando se cumpla con el pago total o cancelación de las deudas laborales como interpretación dada al Decreto 797 de 1949, en el caso sub-lite tiene operancia para aplicar dicho criterio a la situación creada por la entidad demandada al trabajador a partir de la expiración del plazo de gracia de noventa (90) días de que trata el citado D. 797 de 1949, hasta el día 24 de Junio de 1968, en que fue puesto a disposición del trabajador demandante el valor de la cesantía correspondiente al tiempo servido, como lo comprueba la constancia de recibo del memorial visible al folio 78, sin que por otra parte se hubiere probado motivo alguno que juztificara la retención de la prestación desde la fecha de terminación, el 23 de enero de 1965, fecha en que se le venció la licencia de sesenta (60) días, solicitada y obtenida a partir del 22 de noviembre de 1964, y noventa (90) días más, hasta cuando fue consignada y puesta a disposición del trabajador.

"Por las circunstancias anotadas, deberá revocarse la decisión absolutoria del fallador de primera instancia sobre este pedimento y en su lugar condenar al establecimiento público demandado a pagar al demandante por concepto de salarios por mora en los términos del Decreto 797 de 1949 en la forma anteriormente determinada, la cantidad de cincuenta y seis mil quinientos treinta y seis pesos con cuarenta y seis centavos ($ 56.536.46)".

Contra esta sentencia endereza el apoderado de la demandada tres cargos, de los cuales el primero y el tercero son idénticos en su planteamiento, como pasa a mostrarse:

Dice el primero: "Interpretación errónea de la parte final del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 17, ordinal a), 18 19 y 20 de la misma ley; 1º y 3º del Decreto 1600 de 1945, reglamentario de los inmediatamente anteriores; 13 del Decreto 682 de 1958".

Reza el tercero: "Interpretación errónea del inciso final del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 17, ordinal a), 18 19 y 20 de la misma ley; 1º 3º del Decreto 1600 de 1945, reglamentario de los inmediatamente anteriores, y 13 del Decreto 622 de 1958".

En consecuencia, la Sala los estudiará en conjunto, a cuyo fin considera:

La sentencia acusada en lo relacionado con indemnización moratoria, y cuyo texto íntegro se insertó arriba, no efectúa ninguna interpretación del inciso final del artículo 1º del decreto 797 de 1949 con base en la cual hubiera deducido la condena contra el recurrente. Esta, surge muy clara de la siguiente consideración del Tribunal;"... sin que por otra parte se hubiere probado motivo alguno que justificara la retención de la prestación desde la fecha de terminación, el 23 de enero de 1965, fecha en que se le venció la licencia de sesenta (60) días, solicitada y obtenida a partir del 22 de noviembre de 1964, y noventa (90) día más, hasta cuando fue consignada y puesta a disposición del trabajador".

Vése, pues, que el planteamiento del Tribunal se refiere a una cuestión de hecho, que es la de dilucidar si la mora fue justificada o careció de justificación y no a fijar el entendimiento o sentido jurídico de la norma, indispensable para la prosperidad de un ataque por interpretación errónea.

Más aún: lo que el impugnante sostiene en la sustentación del primer cargo es que no se condene al pago de indemnización moratoria "sin considerar la buena fe con que haya obrado el empleador" y que "la recta interpretación del mencionado precepto del Decreto 797 de 1949, requiere que se condicione la sanción a la conducta patronal y que, por otro aspecto, se discrimine entre las entidades que pagan directamente las prestaciones a sus trabajadores y aquellas que por expreso mandato superior lo hacen por conducto de la Caja Nacional de Previsión".

Y resulta que el Tribunal no ataca o se separa de esta interpretación del invocado precepto desde el momento en que impone la pena por esta causa "sin que por otra parte se hubiere probado motivo alguno que justificara la retención de la prestación...", lo que quiere decir, a contrario sensu, que si hubiese hallado prueba que justificara la demora, hubiese absuelto al Instituto de la sanción moratoria.

Aparece claro, por tanto, que el punto por resolver no es de índole jurídica, sino fáctica, motivo por la cual no prosperan estos dos cargos al haber sido formulados por la vía de la interpretación errónea de la ley.

El segundo cargo es del tenor siguiente:

"**Segundo Cargo.**—Violación, por indebida aplicación, del inciso final del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 17, ordinal a), 18, 19 y 20 de la misma ley; 1º y 3º del Decreto 1600 de 1945, reglamentario de los inmediatamente anteriores, 113 del Decreto 622 de 1958, a consecuencia de error de hecho evidente.

"El error de hecho consistió:

"1º En no dar por establecido, estándolo con documentos auténticos, que la entidad demandada se abstuvo inicialmente de cubrir al actor el auxilio de cesantía, por considerar que la liquidación y pago de éste corrían a cargo de la Caja Nacional de Previsión.

"2º No dar por establecido, estándolo, que el demanndante tenía conocimiento de que, por estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión, debía reclamar directamente de ésta, y no del Instituto, el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía.

"3º El no dar por establecido, estándolo, que el comportamiento del Instituto frente al actor se ciñó a la más estricta buena fe.

"El error de hecho provino de la falta de apreciación de unas pruebas y de la apreciación errónea de otras.

"Las pruebas no apreciadas son:

"a) La carta de folio 9 en que el Director del Instituto manifiesta al doctor Gilberto Sáenz Velázquez:

"2º En cuanto respecta al pago del auxilio de cesantía, prestación social, que está a cargo de la Caja Nacional de Previsión por tener el personal de este Instituto el carácter de afiliado a dicha entidad, existe igualmente constancia de haberse expedido a solicitud del señor José Joaquín Pérez Monsalve el certificado de tiempo de servicios y sueldos devengados para efecto de solicitar ante la Caja el reconocimiento de dicha prestación social".

"b) Nota dirigida por el actor a la Oficina de Personal y Servicios Generales en que solicita la expedición de un certificado con destino a la Caja Nacional de Previsión sobre tiempo de servicio y salarios devengados, "con el fin de solicitar la cesantía definitiva". (fl. 45).

"c) Certificado de la Oficina de Personal y Servicios Generales, expedido a solicitud del señor Juez 5º Laboral de Bogotá, en cuyo aparte tercero se lee:

"En cuanto al pago de la cesantía al señor Pérez Monsalve, dada la circunstancia de que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 0622 de 1958, los funcionarios del Instituto son afiliados a la Caja Nacional de Previsión, es a esta entidad a quien corresponde informar sobre el particular" (folios 58 a 60).

"Los documentos erróneamente apreciados son:

"I. - Certificado del Secretario General del Instituto, expedido a solicitud del interesado y con destino a la Caja Nacional de Previsión, sobre cargos desempeñados, tiempo de servicio y sueldos devengados.

"II. - Acta de inspección ocular, en la cual aparecen los siguientes datos:

"Igualmente aparecen las correspondientes copias de las actas de posesión, de fechas 20 de septiembre de 1961, 1º de febrero de 1960; junio 20 de 1963, como dibujante 4º, dibujante 2º y dibujante 3º del Grupo de Dibujo y Ediciones —Oficina de Información y Publicaciones, y en obedecimiento de las Resoluciones 78— de 21 de enero de 1960; 1115 de 12 de septiembre de 1961 y 763 de junio 12 de 1963...

"En relación con el auxilio de cesantía, cuyo pago al señor José Pérez M. se demanda del Instituto, me permito presentar solicitando que sea agregado al expediente, una certificación expedida por la Caja Nacional de Previsión en donde se hace constar que dicha entidad reconoció y ordenó pagar al señor José Pérez M., la cantidad de $ 8.374.01, por los servicios que dicho señor prestó al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" durante un lapso de cinco años, un mes y veintidós días. Para la efectividad de este pago solo es necesario que el interesado señor José Pérez M., se notifique en la Caja Nacional de Previsión de la providencia a que me he referido, de acuerdo con las normas reglamentarias que así lo determinan".

"III. - Anuncio de consignación hecho por el apoderado del Instituto al señor Juez 5º Laboral de Bogotá (folio 78).

"IV. - Diligencia judicial de entrega del título correspondiente al apoderado del actor (folio 81).

"De las pruebas que se han singularizado se infiere sin lugar a dudas que el Instituto sí tuvo motivo justificado para abstenerse de pagar al demandante el auxilio de cesantía al terminar la relación de trabajo, a lo cual se agrega que ha tenido y tiene la convicción, expresada en el juicio, de que el señor Pérez Monsalve tuvo la calidad de empleado público y no de trabajador oficial.

"La entidad demandada obró de consiguiente de buena fe, y siendo así no era el caso de imponerse la sanción conocida con el nombre de "salarios caídos", según reiterada jurisprudencia de esa Sala".

La Sala, para resolver, considera:

Es indudable que la sentencia acusada en el análisis probatorio que efectuó para imponer la condena por indemnización moratoria, se limitó a tener en cuenta las probanzas demostrativas de la fecha de retiro del actor, del reconocimiento del auxilio de cesantía por Resolución de 30 de abril de 1968 y de la consignación del valor de éste, efectuada el 2 de julio del mismo año, para deducir de ellas que como no le fue pagado dicho auxilio al vencimiento de los 90 días de que trata el Decreto 797 de 1949, contados desde el 23 de enero de 1965, debe imponérsele la sanción por mora desde el día en que expiró aquel plazo de gracia hasta la fecha de la consignación indicada.

Pero el Tribunal no tuvo en cuenta, como lo afirma el recurrente, que según consta de copia de la carta de folio 45, que obró en el juicio con conocimiento del actor, sin haber sido objetada o redarguída de falsa, éste, solo el 6 de julio de 1966, o sea, año y medio después de haberse retirado del servicio, solicitó al Instituto el que le expidiera "un certificado, con destino a la Caja Nacional de Previsión Social, en el cual se haga constar el tiempo de servicio y sueldos devengados, como empleado que fuí de este Instituto, con el fin de solicitar la cesantía definitiva" (subraya la Sala).

Esta prueba muestra a las claras que la sanción moratoria no debió imponerse desde el retiro del trabajador y 90 días más, sino desde que él hizo la solicitud, acompañada de los documentos pertinentes, a la Caja Nacional de Previsión para que se le pagara el auxilio de cesantía, pues es sabido que esta entidad no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que lo efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para mostrar el derecho que tiene a la prestación solicitada. En estas condiciones, si aquel es negligente en pedir el reconocimiento y pago de lo que se le deba, no puede tomarse como de mora injustificada de la administración pública el lapso comprendido entre la fecha de retiro del empleado o trabajador oficial y aquella en que hizo la solicitud, acompañando los comprobantes del caso, a la Caja Nacional de Previsión para que le reconociera y pagara la correspondiente prestación.

Débese lo anterior a que ni el Decreto Ley 1.600 de 1945, orgánico de dicha entidad pagadora, ni los que lo adicionan y reforman establecieron un sistema de aporte de datos de todas las oficinas y establecimientos públicos nacionales a ella respecto del movimiento de personal de su servidores y de las remuneraciones respectivas, a fin de que hubiera organizado un fichero o archivo que le permitiera por sí, misma, determinar las bases necesarias para reconocer y pagar de oficio prestaciones, como el auxilio de cesantía definitivo u otras que por su misma naturaleza no exijan petición de parte.

Este vacío de la reglamentación legal produce imposibilidad para la Caja de saber las fechas de ingreso, ascenso y retiro de sus afiliados y de los diversos salarios devengados por ellos, así como las licencias que se les hubieren concedido etc., datos que solo posee la dependencia a que el empleado o trabajador pertenece y sin los cuales no es posible a aquella efectuar la liquidación de las prestaciones o indemnizaciones que les correspondan.

Además los estatutos que desarrollan aquel Decreto indican la necesidad de que el servidor oficial eleve la solicitud a la Caja para el reconocimiento y pago de la prestación social respectiva y determinen en cada caso los documentos que han de acompañarse para conseguirlo.

Por tanto, si el interesado deja transcurrir determinado tiempo, luego de su retiro, sin solicitar, v. gr., el auxilio de cesantía, no puede imputarse a negligencia de la Caja el no haberlo reconocido y pagado durante dicho tiempo, imponiéndose a la entidad de que el empleado o trabajador dependía, por virtud de la unidad de la administración pública, el pago por tal lapso, de indemnización moratoria, que, de acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia

cia, no procede cuando aparece buena fe o motivos razonables para abstenerse de cubrir las prestaciones o indemnizaciones a que haya lugar o para retardar su solución.

Como consecuencia, es manifiesto el error de hecho en que incurrió el sentenciador al no haber estudiado la prueba indicada que establece una demora de más de un año por parte del actor en solicitar el reconocimiento y pago de su auxilio de cesantía a la Caja Nacional de Previsión Social, lo que produjo que la condena de la entidad demandada al pago de indemnización moratoria, se hiciera sin descontar ese lapso de negligencia del demandante. Deberá, pues, casarse por este aspecto la sentencia impugnada.

Pero como no constan en los autos dos pruebas importantes para graduar en equidad la citada indemnización, es a saber: la fecha en la cual el actor solicitó a la Caja el reconocimento y pago de su auxilio de cesantía, acompañando los documentos del caso, y aquella en que el Instituto demandado le expidió la certificación por él pedida en la carta estudiada de 6 de julio de 1966, la Sala no pronunciará, por el momento, sentencia de instancia, sino que, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 99 del Código Procesal del Trabajo, dictará auto para mejor proveer, a fin de que se arrimen al juicio las dos probanzas que se echan de menos.

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, casa parcialmente el fallo proferido en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por haber incluído dentro de la condena al pago de indemnización moratoria el lapso comprendido entre la fecha de retiro del trabajador y aquella en que éste presentó a la Caja Nacional de Previsión Social la solicitud para que se le reconociera y pagara su auxilio de cesantía, y, obrando como tribunal de instancia, para mejor proveer, ordena: Solicítese a la Caja Nacional de Previsión Social el envío de copias debidamente autenticadas del memorial en que José Joaquín Pérez Monsalve pidió a dicha Caja el reconocimento y pago de su auxilio de cesantía, como trabajador del Instituto Geográfico Agustín Codazzi de 1959 a 1964, y de las certificaciones y documentos anexos a tal memorial. Término veinte (20) días. Cumplido este auto vuelva el expediente a despacho para dictar la sentencia de instancia. no se casa en lo demás el fallo recurrido.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PENSION DE JUBILACION COMO JUSTA CAUSA DE DESPIDO

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 servido. —Sería pues aberrante, que unajubilación otorgada sin el lleno de esos 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 empleado o trabajador demandarla. — Este raciocinio ajustado a la hermenéutica jurídica, entendido así por los laboralistas, vino a quedar concretamente aclarado por el ordinal 6º de la ley 48 de 1968 que dice: "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 C. S. del T. y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1965".

Expediente 3764. Ordinario laboral de Alfonso Serrato c/. la Compañía Comercial Curacao de Colombia, S. A.

(No se casa la sentencia recurrida)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veinticinco (25) de junio de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.).

(Acta Nº 21).

El señor Alfonso Serrato, por medio de procurador judicial, demandó a la Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A., en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, promovido ante el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá (por reparto), con la finalidad de que se produjesen a favor de la parte actora las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el señor Alfonso Serrato prestó sus servicios a la sociedad demandada desde el día 18 de noviembre de 1938 hasta el 31 de diciembre de 1966, fecha en la cual fue despedido injustamente.

"b) Que el señor Alfonso Serrato prestó los servicios a la sociedad demandada por espacio de 28 años, 1 mes y 13 días, en forma continua y con un sueldo, últimamente, de $ 2.200.00 mensuales.

"c) Que el día 31 de diciembre de 1966 el señor Alfonso Serrato no tenía la edad requerida para que se le reconociera el derecho a la pensión de jubilación.

"d) Que, como le faltaba el requisito de la edad, el señor Serrato fue despedido injustamente, y en consecuencia la Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A. deberá pagar al actor las sumas que resulten de los siguientes conceptos:

"1) Por concepto de indemnización compensatoria de 28 años, 1 mes y 13 días.

"2) Por concepto de la aplicación de los principios Ultra y Extrapetita.

"3) Las costas, en caso de oposición." En la primera audiencia de trámite el actor

corrigió el petitum de su demanda en la siguiente forma:

"1º) Que se condene a la demandada, a pagar el 100% de la indemnización compensatoria por despido injusto, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2351 de 1965;

"2º) Al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ya que mi patrocinado tiene más de cincuenta (50) años de edad, y 20 años de servicio y fue despedido injustamente;

"3º) A la indemnización moratoria, salarios caídos, con base en el promedio de lo devengado el día último de la vinculación laboral, o sea el tiempo del retiro del señor Alfonso Serrato, y hasta el día en que se le pague la totalidad de la indemnización condenatoria."

Como fundamentos de hecho de su demanda original expuso:

"1º) El día 18 de noviembre de 1938 ingresó el señor Alfonso Serrato al servicio de la Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A. hasta el 31 de diciembre de 1966, fecha en la cual fue despedido injustamente.

"2) El señor Alfonso Serrato prestó sus servicios en forma ininterrumpida en Bogotá y otras ciudades, devengando un sueldo en el momento de su retiro de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) mensuales.

"3º) El señor Alfonso Serrato recibió el día 19 de diciembre de 1966 una carta en la cual se le notificaba que daban por terminado el contrato de trabajo, por cuanto se le reconocía la pención de jubilación desde enero del presente año.

"4º) El señor Alfonso Serrato se considera injustamente despedido, por cuanto en el momento de la terminación del contrato, no tenía los 55 años, requisito que exige la ley para que se goce de la pensión plena".

La parte demandada aceptó los hechos, mas no las apreciaciones e interpretaciones en que se fundamentan, se opuso a las pretensiones de la parte actora y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, incompatibilidad entre la pensión reconocida y la indemnización reclamada y compensación.

Establecida en tales términos la traba jurídico procesal y agotado el trámite de la primera instancia,términó éste con la sentencia de fecha veintidos de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, mediante la que ,condenó a la parte demandada a pagar:

Primero: "(...) **la suma de sesenta y dos mil novecientos sesenta y dos pesos con setenta y tres centavos m/cte.** ($ 62.962,73), por concepto de indemnización por despido sin justa causa:

Segundo: "(...) una pensión especial vitalicia de jubilación en cuantía de **un mil setecientos setenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. ($ 1.776,75)**, a partir del 1º de enero de 1967, inclusive".

Declara "probada la excepción de compensación hasta el límite de las sumas de dinero recibidas por el demandante, por concepto de esta prestación, conforme a la parte motiva de la sentencia".

Tercero: declara: "No probadas las demás excepciones propuestas por la demandada; y

Cuarto: "Costas a cargo de la parte demandada en cuantía del 70%".

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra esa providencia de primer grado, y remitidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste por medio de sentencia de diez y ocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve confirmó los ordinales primero y tercero del fallo apelado; revocó el segundo, absolviendo a la opositora de la pensión especial de jubilación como las demás pretensiones de la demanda y modificó el cuarto en el sentido de reducir la condena, en cos-

tas de primera instancia a cargo de la demandada al 50%, y no condenó en costas en el segundo grado.

La Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A., por medio de su apoderado interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal. concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda y con réplica formulada dentro del término por el apoderado de la parte actora, se procede a decidir.

La Demanda de Casación.

Se propone el recurrente que se case parcialmente la sentencia del ad-quem en su ordinal primero, con la finalidad que la Corte como Tribunal de instancia, revoque los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, de 22 de mayo de 1.969, y en su lugar absuelva a la empresa demandada de la indemnización por despido sin justa causa e imponga al demandante las costas de las dos instancias, o, en subsidio, limite la condena por el dicho concepto al valor del perjuicio efectivamente producido.

Invoca la primera causal de casación y con fundamento en ella formula tres cargos así:

Primer Cargo.

"Acuso la sentencia de la violación de la ley sustancial laboral, por interpretación errónea de los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965.

"Sostiene el Tribunal que el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, estando al servicio de la empresa, aún siendo anticipado, es justa causa para dar por terminado uniteralmente el contrato de trabajo, por parte del patrono, conforme al numeral 14, aparte A) artículo 7º del citado decreto.

"Hasta aquí, el juicio del Tribunal sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación como justa causa para despedir al trabajador, se ajusta al tenor literal de la norma y se conforma por lo mismo a su verdadero y cabal sentido.

"Sin embargo, el Tribunal agrega que, para que opere el reconocimiento de la pensión como justa causa para despedir, debe el patrono dar aviso al trabajador con anticipación no menos de quince (15) días, como reza el aparte A), in fine del art. 7º.

"En esta segunda parte del fallo, el Tribunal se excede al formular su juicio sobre sentido de la justa causa para despedir, y comete el error, desviándose de su cabal sentido, de adicionar el contenido de la norma, con un requisito o condición que no esta en su sustancia, separándose así del tenor literal de la misma".

Se extiende luego el casacionista en consideración sobre la causa justa, el reconocimiento de la pensión y el preaviso, y añade luégo:

"El Tribunal remata así su juicio:

"Por virtud del incumplimiento de la condición no opera la invocada causal del numeral 14 y la terminación del contrato resulta ilegal. Por tal razón, se confirmará la decisión que se examina, visto que la ruptura de un contrato a término indefinido, según se presume, que ha tenido vigencia por 28 años, 1 mes y 13 días apareja la obligación de indemnizar en la forma prevista en el literal d), numeral 4, artículo 8º del del mismo decreto 2351".

"El Tribunal repite en esta transcripción su error de subordinar la operancia del reconocimiento de la pensión como justa causa para terminar el contrato al requisito del preaviso, tergiversando así el contenido del art. 7º e incurriendo, además, en el error de restringir el contenido del art. 8º, a la mera ruptura del contrato, haciendo caso omiso de otro requisito que para este caso sí exige este último artículo: terminación unilateral del contrato, sí, pero además, que esta terminación ocurra ' sin justa causa comprobada'.

Arguye además el casacionista que, cuando el patrono termina unilateralmente el

contrato de trabajo, por reconocimiento de la pensión de jubilación, la terminación es justa. "(...) Lo que ocurre en este caso es que el patrono rompe el contrato, al quebrantar el precepto de la forma preavisada que la misma norma le impone, como medio para ejercitar su acción".

"Dentro del correcto entendimiento de los arts. 7º y 8º y siguiendo el contexto de estas disposiciones para encontrar la debida correspondencia y armonía entre ellas, el reconocimiento de la pensión de la jubilación es no solo una condición para la justicia de la terminación del contrato de trabajo sino también un requisito para su legitimidad".

Continúa el recurrente con el análisis del preaviso puntualizando que, el Tribunal llegó a la conclusión impugnada en su pretensión de mantener la interpretación de normas derogadas como los artículos 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice además que:

"Estos errores tienen una incidencia directa en la sentencia, al punto de que si el Tribunal hubiera interpretado correctamente las normas acusadas, no habría condenado a la empresa al pago de la indemnización, porque si en el entendimiento correcto de los preceptos que fluye de su solo tenor literal, el reconocimiento de la pensión está expresamente calificado como justa causa para despedir, independientemente de la forma preavisada que impone la ley para su terminación, la terminación del contrato sin el requisito del preaviso es justa causa y así habría forzosamente tenido que concluír el Tribunal, con la consecuencia, además, en sus conclusiones, que la ruptura del contrato por omisión del requisito dicho no habría tenido los efectos que el tribunal le comunicó erradamente al art. 8º, acusado, más allá de las previsiones legislativas".

El censor formula un tercer cargo en donde expresa que:

"La sentencia es violatoria del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 por interpretación errónea."

Empero, como en el primer cargo acusa la sentencia recurrida como violatoria de los artículos 7º y 8º del mismo decreto 2351 **también por interpretación errónea**, no es de recibo separar luego el planteamiento para indicar la violación del artículo 8º precitado, por interpretación errónea, como un cargo distinto del primero.

El casacionista arguye como fundamento de este pretendido tercer cargo que, lo hace consistir en:

"(...) el entendimiento que le ha dado el sentenciador a dicha norma, para tomar la indemnización no como una manera de resarcir el daño o perjuicio sino como una pena pecuniaria a cargo del patrono y a favor del trabajador."

"El recto entendimiento de este artículo, armonizándolo en sus distintas partes para la correspondencia entre ellas a través de su contexto, indica que por su contenido y su finalidad, es un mandato que busca el fin de equilibrar el patrimonio del trabajador cuando quiera que se ha quebrantado a causa del perjuicio efectivamente sufrido, por la terminación unilateral sin justa causa comprobada efectuada por el patrono.

"Y si aparece que el perjuicio efectivamente sufrido está representando por los salarios dejados de devengar menos los valores que el trabajador recibió en concepto de jubilación, la extensión de la condena no debió efectuarse por toda la suma concretada en la sentencia sino por la cantidad exacta que equilibre el quebranto en su patrimonio, habida cuenta de lo recibido por el trabajador en concepto de pensión de jubilación."

Termina su argumentación impetrando se case la sentencia parcialmente, de no prosperar los cargos anteriores y se limite la condena al perjuicio efectivamente su-

frido teniendo en cuenta aquellos valores recibidos por el trabajador en concepto de jubilación.

En consecuencia de tales planteamientos, ellos se estudiarán en un solo cargo, que como queda advertido antes, comprende la acusación de la sentencia por interpretación errónea de los precitados artículos 7º y 8º del decreto 2351 de 1965.

Consideraciones de la Corte.

Es protuberante que, el Tribunal al aplicar las normas que se consideran violadas por errónea interpretación, y llegar a la conclusión definitiva de la ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo, se expresó en los siguientes términos:

"Así las cosas, y como en el sub-judice no se probó el preaviso legal, ya que no se sabe cuando recibió el trabajador la nota de despido, la que en todo caso tiene fecha 19 de diciembre con efectividad al 31 siguiente (13 días), por virtud del incumplimiento de la condición no opera la invocada causal del numeral 14 y la terminación del contrato resulta ilegal. Por tal razón, se confirmará la decisión que se examina, visto que la ruptura de un contrato a término indefinido, según se presume, que ha tenido vigencia por 28 años, 1 mes y 13 días apareja la obligación de indemnizar en la forma prevista en el literal d), numeral 4 del artículo 8º del mismo decreto 2351, esto es 45 días de salario por el primer año y 30 días por cada uno de los años subsiguientes y proporcionalmente por fracción".

El ad quem en su sentencia, llega pues al convencimiento de que, en el caso de estudio, la causal invocada por el ordinal 14 del artículo 7º perdió su eficacia como fundamento justo de terminación del contrato, en virtud de la falta de preaviso dado dentro de los términos rigurosos señalados por la ley.

Mas, lo que realmente emerge de la situación planteada es que, ese ordinal 14 tantas veces citado, indica como causa justa de la terminación del contrato de trabajo: "El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa".

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 reúna en su realización objetiva todas las condiciones legales establecidas.

Es principio sustantivo laboral, bien conocido por cierto 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 reglamentarios.

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 servido.

Sería pues aberrante, que una jubilación otorgada sin el lleno de esos 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 empleado o trabajador demandarla.

Este raciocinio ajustado a la hermenéutica jurídica, entendido así por los laboralistas, vino a quedar concretamente aclarado por el ordinal 6º de la ley 48 de 1968 que dice:

"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."

Esto dicho, se tiene que, en el caso subjudice la terminación del contrato de tra-

bajo por parte de la empresa demandada no tuvo motivo justo alguno, ya que la jubilación cuantitativamente ajustada a derecho, con tiempo servido por el trabajador por más de veinte años, fue prematuramente concedida, porque a la sazón éste no había llegado a los cincuenta y cinco años de edad.

El Tribunal en la sentencia acusada consideró injusto el despido, con causa en la jubilación reconocida por la Empresa, por motivo de la carencia legal del preaviso; pero sucede que los dos factores en el caso de que aquí se trata, convergen en forma destacada. La jubilación improcedente por las razones anotadas en el paso anterior de esta providencia, por una parte, y por la otra la falta de preaviso efectuado en forma legal, porque el inciso segundo del ordinal 15 del artículo 7º del decreto 2351 de 1965 dice textualmente: "En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación de quince días." (Se subraya).

Ese preaviso de los motivos de despido, positivamente vigente para los casos señalados en el aparte de la norma transcrita, que el casacionista considera derogado en forma absoluta, debe ser hecho al trabajador precisamente dentro de los términos señalados para ello; si se efectúa fuera de tal límite no puede producir los efectos jurídicos que le son propios cuando ocurre dentro de él.

El mencionado acontecimiento, sucedido fuera de término, es inoperante y para las consecuencias que de su irregularidad se desprenden se estima como si no existiese; el legislador ha señalado ese plazo para que se cumpla, ya que no es dable dejar su ejecución en el tiempo, al arbitrio de la parte interesada.

No habiendo pues justa causa de despido, la sentencia del ad quem no erró en la interpretación censurada.

En lo atinente al artículo 8º del decreto 2351 de 1965 esta disposición dice:

"8º - Terminación unilateral del contrato sin justa causa.

"1. 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. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

"2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del patrono, o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo por concepto de indemnización:

"3. (...)

"4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

"(...)

"d) Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán treinta (30) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fración."

En la sentencia acusada no se hizo otra cosa que aplicar ad podem literae esta disposición, como corolario del despido injusto y de la falta de preaviso legal.

Esa jubilación improcedente y la ruptura del contrato prematuramente, colocó al trabajador en situación anímica de inferioridad. El impacto psicológico de quien se siente en tales condiciones retirado del trabajo, quebranta su moral y mengua de su capacidad natural de ejecución, fenómeno evidentemente muy propio de la condición humana; y, como adehala en el caso concreto de autos, redujo el monto de los sueldos que devengaba antes del despido, a lo cual tenía derecho hasta cumplir la edad reglamentaria de jubilación, siendo el contrato a término indefinido y no apare-

ciendo otra causa justificativa de su terminación.

La condena indemnizatoria fue pues ceñida a derecho y tampoco hubo error al interpretar y aplicar ese artículo 8º en la forma como lo hizo la sentencia censurada.

No sobra anotar que, el casacionista impetra reducción de la condena por ese aspecto, a manera de compensación con lo recibido por el actor del juicio como jubilación anticipada, lo que no es de recibo dentro de la técnica de este recurso extraordinario.

En virtud de lo expuesto no prosperan los cargos primero y tercero.

Segundo Cargo.

Dice el casacionista en este cargo que:

"La sentencia es violatoria de la ley sustancial laboral, por infracción directa del art. 7º ordinal 14 y aplicación indebida del artículo 8º ambos del decreto 2351 de 1965."

En los fundamentos sostiene el recurrente que, "La sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con el claro texto del art. 7º, inciso 1º, numeral 14, del citado decreto.

"Los hechos básicos del litigio no se discuten; fueron aceptados por las partes, están aceptados y reconocidos por el Tribunal y se encuentran probados.

"Con efecto, el señor Serrato prestó sus servicios a la empresa demandada en virtud de un contrato de trabajo, que fue terminado unilateralmente por el reconocimiento de la pensión de jubilación, estando el trabajador al servicio de la empresa.

"No discutiéndose la terminación del contrato ni el reconocimiento de la pensión de jubilación, el Tribunal debió haber aplicado el claro texto del art. 7º, numeral 14), para afirmar su contenido y reconocer el hecho del reconocimiento de la pensión como justa causa de terminación del contrato".

Analiza luego nuevamente la sentencia con argumentaciones similares a las expuestas en los otros cargos y concluye así:

"Si el Tribunal aplica el texto claro del art. 7º, y afirma en consecuencia como voluntad de la ley que el reconocimiento de la pensión es causa justa para la terminación del contrato de trabajo, no habría formulado el cargo de condenar a la empresa a pagar una indemnización por un despido sin justa causa.

"Pero así lo hizo, violando directamente no solo el art. 7º, sino también el 8º del mismo decreto por aplicación indebida".

Se estudia el cargo.

En cuanto atañe a la violación directa del artículo 7º de que trata la censura, es bien sabido que para que esta se produzca es necesario "que la ley sea clara, de modo que su interpretación no ofrezca dudas; que el fallador le haya dado o reconocido su sentido exacto y que a pesar de ello la sentencia esté en contradicción con la ley, por uno de los siguientes motivos: 1º) porque el juzgador negó su aplicación debido haberla aplicado; 2º) porque aplicó la norma pertinente, pero en forma incompleta, o porque negó un derecho que claramente está consagrado por ella; y 3º) porque aplicó correctamente la ley, considerada en sí misma, pero a un hecho inexistente en los autos o no demostrado en el juicio."

El Tribunal Supremo del Trabajo dijo sobre este preciso particular:

"Cuando el texto de la norma legal es absolutamente claro y la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con él, se tiene el caso de la infracción directa. Si el hecho básico del litigio no se discute; si se halla debidamente establecido y no se aplica la norma legal pertinente, o si se aplica a un hecho inexistente, hay violación directa de la ley."

El censor parte de la base fundamental de que el despido, en el caso de estudio, con

sustento en la jubilación reconocida al trabajador por la Empresa, tuvo esa causa justa.

En la sentencia acusada, como se ha advertido al analizar los cargos anteriores, el **ad quem** llegó a la conclusión de que la causa de despido no fue justa; y está explicado ya cómo el reconocimiento de una jubilación sin el lleno de la plenitud de las condiciones que la ley exige, no es ni puede ser causa justa de terminación del contrato.

Por tanto aún cuando el Tribunal llegó a la conclusión de la injusticia del despido por la falta legal de preaviso, hizo relación directa con la jubilación concedida por la Empresa, cuya viabilidad como causa justa consideró inoperante, dando lugar a la ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo.

En consecuencia no aparece la violación anotada por la censura.

Ahora bien, si como está repetidamente anotado en el curso de esta sentencia, el despido fue injusto por falta de causa legal para esa finalidad, la condena al pago de las indemnizaciones señaladas por el artículo 8º del aludido decreto 2351 de 1965, no constituye una aplicación indebida, sino al contrario, lógica y concordante con los principios sustantivos laborales que regulan la materia.

No prospera pues 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 pronunciada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V. Miguel Angel García B., Tito Octavio Hernández.

Vicente Mejía O., Secretario.

ADVERTENCIA

La Sala de Casación Laboral, durante los meses de abril, mayo y junio de 1970, a más de los fallos anteriores, profirió también los que se relacionan a continuación, y que no se publican por falta de espacio:

CONTRATO DE TRABAJO. Para que este se configure es indispensable que concurran los "elementos esenciales" consignados en el artículo 23 del C. S. del T. La Corte por sentencia de abril 1º de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Crespi Dante Massenzana contra Carl Tversted J. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de abril 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Guillermo Feibel contra Productos Alimenticios Hamburgo Ltda. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. (Técnica). El alcance de la impugnación en la demanda de casación es el petitum de la misma y en consecuencia, debe contener todo lo que se aspira a que la Corte haga mediante la Sentencia. La Corte por sentencia de abril 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Marco A. Támara Manotas contra Manufacturas de Botones Rosal Ltda. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño.

CASACION. (Técnica). El cargo debe formular la proposición jurídica completa. La Corte por sentencia de abril 6 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alexis A. Díaz Contreras contra la Sociedad Distribuidora Bavaria S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION. El ataque sustentado constituye una nueva posición defensiva de la sociedad demandada, no intentada en las instancias, no contenida en los supuestos fácticos de la controversia, ni en el fallo que la decidió, y se exhibe impertinente en el recurso extraordinario. La Corte por sentencia de abril 6 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Emilio Corredor contra la Sociedad Sears Roebuck de Bogotá S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

INTERES PARA RECURRIR. El interés jurídico es "el que se viene determinando por el resultado final de la acción, o sea, por el perjuicio o gravamen que la sentencia implica". La Corte por providencia de abril 8 de 1970, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 16 de octubre de 1969, dentro del juicio promovido por Luis Francisco Escobar contra Camilo Iregui Carrillo. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

REAJUSTE DE LA PENSION VOLUNTARIA DE JUBILACION. El artículo 1º de la ley 77 de 1959 no distingue entre el origen de las pensiones para ordenar los aumentos en ella señalados. La Corte por sentencia de abril 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Gonzalo Arango Escobar contra el Banco Central Hipotecario. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. (Técnica). ERROR DE HECHO. El error de hecho debe ser notorio, manifiesto. La Corte por sentencia de abril 24 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Juan Carlos Flórez Nerzaque contra la Sociedad Morrison Knudsen & Cía. de

Colombia S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco.

INDEMNIZACION POR MORA Y BUENA FE PATRONAL. El demandado discutió con razones de hecho y jurídicas la existencia del contrato de trabajo. La Corte por sentencia de abril 24 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de Moisés Mejía Gómez contra Joaquín Botero G. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

SALARIOS. Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. La Corte por sentencia de abril 29 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de Néstor Castillo Franco contra la Empresa Editorial La Patria. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. (Técnica). ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 29 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de José Luis Ríos Rodríguez contra Acerías Paz del Río S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez L.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 4 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio del Doctor Ernesto Soler Segura contra la Universidad del Cauca. Ponente: Abogado Asistente. Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. (Técnica). La violación de la ley sustancial, en sus tres modalidades de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea solo se produce con prescindencia de toda cuestión probatoria. La Corte por sentencia de mayo 5 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Carlos Matiz Pérez contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

PENSION PLENA DE JUBILACION. El artículo 267 del estatuto laboral, fue dictado con el objeto de impedir que los patronos burlaran la ley al despedir a los trabajadores antes de cumplir los veinte años de servicios; "no tiene el carácter de sanción por el simple despido del trabajador, sino que sanciona la intención de impedir que el trabajador con más de quince años de servicios goce de la pensión de jubilación establecida por el artículo 260". La Corte por sentencia de mayo 5 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal de Yolombó en el juicio de Eudoro Rodríguez Macías contra la Frontino Gold Mines Limited. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. (Técnica). Como la casación no es una tercera instancia, a la Corte le está vedado revisar de oficio el haz probatorio del juicio para saber si el sentenciador acertó o se equivocó al dar por establecidos ciertos hechos o al desechar la comprobación de otros. La Corte por sentencia de mayo 8 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nemesio Urdaneta Bello contra Acueductos y Alcantarillados de Cundinamarca S. A. "Acuamarca". Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 14 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio de Luis F. Godoy contra la Sociedad Cooperativa de Motoristas del Cauca Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de mayo 18 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan de Dios Ramírez Lara contra la Empresa Colombiana de Aeródromos y a la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 21 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Luis Eduardo Castillo C. contra Cementos Boyacá S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 21 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Luis Alfonso Cervantes Núñez contra la Sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez L.

ERROR EVIDENTE DE HECHO. La Corte por sentencia de mayo 21 de 1970, CASA PARCIAL-

MENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Julio Corredor Olarte contra Rafael Angel H. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 22 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de de Carlos Zubieta L. contra Electrificadora de Cundinamarca S. A. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

OBLIGACIONES ESPECIALES DEL PATRONO. Según el numeral 8º del artículo 57 del C. S. del T., es obligación del patrono, el "pagar al trabajador los gastos razonables de venida y regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. La Corte por sentencia de mayo 25 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Thomás Fulton contra el Colegio Nueva Granada. Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de mayo 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Mariela Mejía V. de Duque y otra contra Fabio Arango Ruiz. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA. Ella ha sido instituída, en beneficio de la parte que ha estado indebidamente representada en el juicio y, por tanto, solo ella, aparte de la facultad que tiene el Juez para decretarla de oficio, puede proponerla. La Corte por sentencia de mayo 30 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Uribe García contra la Sociedad Agencias Cocodán Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. La errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho. La Corte por sentencia de mayo 30 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Jairo Correa de Greiff contra la Sociedad Los Perfumes de París Ltda. Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

LIBERTAD EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. La Libertad del Tribunal sentenciador para apreciar los medios de prueba sometidos a su consideración, solo tiene el límite que le demarca lo absurdo de la conclusión a que lo lleve un error de estimación probatoria. La Corte por sentencia de mayo 30 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Luis Alfonso Cubillos Peña contra Alfredo Hoyos. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de 1º de junio de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Efraín Julio Quintero contra Carlos Camacho y Socobuses S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de junio 2 de 1970, CASA PARCIALMENTE. la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Víctor Julio Ferreira Anzola contra The National Cash Register Company of Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 4 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Joaquín Cabrera Dussán contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR NUMERICO. En casación no son revisables los errores numéricos, pues el artículo 483 del Código Judicial señala el procedimiento a seguir para obtener la corrección, el cual debe surtirse ante el mismo juez que pronunció el fallo en donde aparece la equivocada operación aritmética. La Corte por sentencia de junio 4 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Noema Pabón Parra contra la Sociedad Maquinarias y Envaces Rok Ltda. e Icolatas Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

PROCEDENCIA DE LA CONSULTA. De acuerdo con el artículo 69 del C. de P. L., "serán consultadas las sentencias cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio". La Corte por sentencia de junio 10 de 1970, NO

CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Miguel Angel Collante Lara contra el Departamento del Magdalena. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Abel Posada C. contra Fernando Martínez Dorien. Ponente: Abogado asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Adalberto Pupo Guerra contra la Sociedad J. V. Mogollón & Cía. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 16 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de José Orozco Almanza contra la Empresa Puertos de Colombia-Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 22 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta en el juicio de Camilo Rojas Delgado contra la Empresa Colombiam Petroleum Company. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

SALA CIVIL

FALLOS PROFERIDOS EN EL TRIMESTRE QUE NO SE PUBLICAN:

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE DR.
Bernardo Goyeneche	Zoila L. Gayón F.	12 de mayo de 1970	César Gómez Estrada
Julio Londoño Correa	Juan Bautista Z.	20 de mayo de 1970	César Gómez Estrada
Hernando Márquez Arbeláez	Jorge Castaño Díaz	23 de mayo de 1970	Ernesto Cediel Angel
Pablo J. Rodríguez	Pedro M. Maldonado y otros	26 de mayo de 1970	Guillermo Ospina Fernández
"Hawker Siddeley International Limited"	Paul Rode y otros	27 de mayo de 1970	César Gómez Estrada
María Anaya Pérez	Adela Paternina de Badel	4 de junio de 1970	Ernesto Cediel Angel

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Págs.

NULIDAD Y SIMULACION.—*Fallo inhibitorio por defectos formales de la demanda. - Violación del art. 26 de la Constitución. - Presupuesto procesal; su ausencia no constituye excepción perentoria.* Sentencia de 2 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Juan Francisco Galindo contra Amalia Galvis de Beltrán y otros. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 5

NOVACION.—*La aceptación de una letra de cambio por quien figura como deudor en la relación fundamental que sirve de causa a la emisión de la letra, no constituye de suyo novación.* — Sentencia de 10 de abril de 1970.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Oscar Osorio Gil contra "Confecciones Industriales Hermega Ltda". Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada 16

FILIACION NATURAL.—*El certificado expedido por el secretario no es plena prueba. - La calidad de heredero del presunto padre es presupuesto procesal de capacidad para ser parte.* — Sentencia de 11 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario seguido por María Mercedes Mesa contra la sucesión de Eustoquio Revueltas P. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 24

FILIACION NATURAL. — *Error en la interpretación de la demanda.* — Sentencia de 15 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario promovido por Claudio, José Epaminondas y otros contra Carlos Julio Bohórquez. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Blanco Cabrera. 29

RESPONSABILIDAD CIVIL. — EXTRACONTRACTUAL.—*Elementos que la estructuran.*—Sentencia de 17 de abril de 1970. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Mejía Estrada contra la "Escuela Vocacional Agrícola Francisco Samper Madrid". Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 36

NULIDAD EN JUICIO DE INSINUACION Y DE UNAS DONACIONES. — *La prueba supletoria del estado civil solo tiene poder de convicción cuando se ha demostrado que no existe la principal.* Sentencia de 17 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio promovido por Alfonso Rodríguez y Sara Cárdenas de Rodríguez contra Félix Rodríguez y otros. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 49

REIVINDICACION. — *La confesión no perjudica a los litis consortes de quien la hace.* — Sentencia de 17 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de El Espinal, en el juicio promovido por Eduardo Arenas y otra frente a los sucesores de Roque Cleves y otra. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 56

RESTITUCION DE TERMINOS. — *No toda enfermedad grave de una de las partes o de su apoderado constituye un caso fortuito que inhabilita para obtener restitución de términos.* Providencia de 22 de

Págs.

abril de 1970. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 66

SOCIEDADES. — *Como la sociedad comercial degenera en sociedad de hecho, cuando no se han observado las solemnidades prescritas para su constitución, se puede acreditar la existencia de ésta por cualquiera de los medios probatorios.* — Sentencia de 23 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario promovido por la sociedad "Cultivos Garnica Ltda." contra Juan de Dios Villegas. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel. 70

SOCIEDAD CONYUGAL. — *Es institución de orden público que no puede disolverse por acto de voluntad de los cónyuges.* — Sentencia de 30 de abril de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Cecilia Fonnegra de Gutiérrez contra Jorge Gutiérrez Avila, Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga. 75

ARRENDAMIENTO. — *Es contrato de tracto sucesivo o de ejecución contituada.* — Sentencia de 30 de abril de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Hipólito Alzate Zuluaga contra Manuel Antonio Sierra Madrid. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 81

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ. 97

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria del estado de hijo natural. — Su prueba.* —Sentencia del 30 de abril de 1970.—CASA la proferida por el Tribunal Superior de El Espinal en el juicio ordinario promovido por Israel Ospina frente a la sucesión de Manuel López. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández. 100

FALLO INHIBITORIO. — *No es acusable por incongruencia sino por la causal 1ª* — Sentencia de 4 de mayo de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Humberto Londoño Ruíz contra Bernardo Zuluaga Echeverri y otra. Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada 107

PAGO DE PERJUICIO POR LA MORA EN LA ENTREGA DEL BIEN VENDIDO. — *Diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. — Elementos axiológicos de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por el incumplimento de una obligación.* — Sentencia de 11 de mayo de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá, en el juicio promovido por Juan Antonio Lora frente a Manuel Alfredo Ruiz. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 112

PRESCRIPCION ADQUISITVA. — *El vendedor que retiene el objeto vendido no es poseedor, sino simple tenedor.* — Sentencia de 12 de mayo de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María de Jesús García contra Julio Hernández Olarte y otros. Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada 135

RESCISION POR LESION ENORME. *El error de hecho debe ser ostensible y no ser admisible lógicamente la interpretación dada por el fallador.* — Sentencia de 20 de mayo de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario promovido por Pedro Segrera Salamanca contra Pedro Segrera Heral. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 142

ARRENDAMIENTO. — *La cuantía por el canon mensual solo se aplica al juicio de tenencia.* — ACUMULACION. — La ley no *exige que la acción principal y no la subsidiaria sea la de mayor cuantía.* — Sentencia de 27 de mayo de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio promovido por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia contra Enrique de Rojas Peña. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 151

Págs.

SIMULACION. —CONTRAESCRITURA; *Sus efectos entre las partes y frente a terceros.* — Sentencia de 30 de abril de 1970.. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido por Mélida o Mérides Vallecilla y otros contra María Edna Collazos o Becerra. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel..... 158

NULIDAD DE UN REMATE. — *Litis consorte necesario. — La nulidad consagrada en el numeral 2º del art. 451 del C. J. es sustancial.* — Sentencia de 4 de junio de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Cecilia Esther Alvear González de Rocha y otros contra Alberto De la Spriella Vélez. Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada 168

IMPUGNACION DEL ESTADO CIVIL. — *Es acción distinta a la encaminada a rectificar las actas de dicho estado. — Término para impugnar; su caducidad produce ipso iure la extinción del derecho.* — Sentencia de 9 de junio de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por María Antonieta Pellicer v. de Vallejo contra Diana Vallejo Vélez. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 174

REVISION DEL JUICIO DE VENTA. — *Error jurídico en la interpretación de los contratos. — El art. 1602 del C. C. es norma sustancial.* — Sentencia de 12 de junio de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por Emilio Yaar Nasser frente a Concepción Salas de Lombardi y otro. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández. 181

RESPONSABILIDAD AQUILIANA DEL AGENTE DE LA ADMINISTRACION. — *La administración y el agente son solidariamente responsables. Se puede exigir del agente sin demandar a la Administración.* — Sentencia del 16 de junio de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que

Págs.

Jorge Collazos Ll. promovió contra Hernando Bueno Delgado. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga... 196

SOCIEDAD DE HECHO. — *En segunda instancia el Tribunal decreta las nulidades en Sala de Decisión.* — Sentencia del 26 de junio de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Manuel José Henao Bonilla contra Rubén Godoy Guzmán. Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada... 204

NULIDAD DE UN JUICIO. — *Litis consorcio necesario.* — Sentencia del 26 de junio de 1970 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Ignacio Pulido Campo y otro frente a Leonor Díaz de González y otros. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 215

NULIDAD DE LA VENTA DEL BIEN EMBARGADO. — *Los artículos 1521, 1523, 1857 y 1502 del C. Civil no son normas sustanciales. Cuando se viola el art. 26 de la Constitución.* — Sentencia del 27 de junio de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Libia María de Salazar contra Camilo A. Salazar y otros. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada.. 224

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. — *El artículo 382 del C. P., faculta al juez de derecho en forma excepcional, para conceder el perdón judicial y aún eximir de responsabilidad al sindicado del delito de homicidio o lesiones cometidos en estado de ira o de intenso dolor, a que alude la norma citada y se halle dentro de las previsiones en ella contenida. La exención de responsabilidad excluye no solo la sanción penal, sino el pago de perjuicios y pueda hacerla el juez, al calificar el mérito del sumario o al dictar sentencia, cuando el jurado haya reconocido la responsabilidad.* — La Corte, por fallo de 7 de abril de 1970, DESECHA el recurso de

Págs.

casación interpuesto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de segunda instancia de esta entidad, de 11 de junio de 1969, por la que se declaró a la señora Carmen Rosa Peña de Melo, exenta de responsabilidad por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo... 233

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL. — *El ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, consagra la infracción directa de la ley sustancial al margen de la estimación probatoria y la indirecta por mala apreciación de la prueba, o por no haber tenido en cuenta una prueba a pesar de existir, o por considerar existente una, sin que el proceso la contenga. Cuando se ataca la sentencia con fundamento en esta causal, el actor debe precisar el precepto violado y el título de la violación, para no incurrir en incongruencias susceptibles de confusión, que impiden a la Corte su magisterio, y a los no recurrentes saber la índole y repercusión de sus ataques. Tanto en materia civil, como en asunto penal, los lineamientos de la causal 1ª de casación se hallan unificados en los artículos 52 y 56 del Decreto 528 de 1964.* Por sentencia de 8 de abril de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 18 de junio de 1969, del Tribunal Superior de Aduanas, por lo cual se condenó a Jesús Emigdio Sabogal Baquero, William Correa Rodríguez y Segundo Zambrano García, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez... 239

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Se reitera la doctrina de la Corporación, en el sentido de que no toda irregularidad procesal la constituye. Para que prospere, es necesario que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en la norma de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, lesionan los intereses de la justicia misma.* Por sentencia de 28 de abril de 1970, la Corte DESECHA

Págs.

el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de 24 de septiembre de 1969, por la cual se condenó a Oliverio Rincón Criollo por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 247

CAUSAL 4ª DE CASACION. — *Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que si la sentencia se ataca por error en la calificación del delito, el recurrente debe aceptar los hechos que sirvieron de base al juez para hacerla, sino no los acepta, la causal 4ª debe invocarse como consecuencia de la establecida en el inciso 2º del ordinal 1º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, con fundamento en la errónea apreciación de la prueba, por razones de hecho o de derecho. La complicidad correlativa es un grado de responsabilidad que no incide en la denominación jurídica de la infracción. No es exacto, que en los cuestionarios formulados al jurado deban formularse preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad, según el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. El homicidio agravado por la causal del ordinal 3º del art. 363 del C. P., concursa con el delito fin, como repetidamente lo ha sostenido la Corporación.* La Corte por sentencia de 28 de abril de 1970, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Espinal, por la que se condenó a Alvaro Villarraga, Luis Evelio Martínez, Hernán y José Cicerón Ubaque Padilla, por los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 251

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL. — *La Corte no puede señalar si el alegato oral del defensor en el Consejo de Guerra, fue adecuado o no, para calificar de insuficiente la defensa y solo cuando la ausencia de defensa ha sido total, se configura la nulidad constitucional, como en forma reiterada lo ha sostenido esta Corporación.*

Página

Para que los miembros de la Policía Nacional gocen del Fuero Militar, debe aparecer que el hecho delictuoso tenga relación causal o al menos ocasional con el servicio. Por sentencia de 29 de abril de 1970, la Corte *invalida parcialmente el fallo* de segunda instancia, de 20 de junio de 1969, del Tribunal Superior Militar, por el que se condenó al agente de la Policía Nacional Gerardo Gamboa Torres, por el delito de homicidio y ordena que se reponga el procedimiento por el Juzgado Superior de Tuluá (Valle). Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 260

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS. — *Qué se entiende por estos. Lo son los "comprobantes de Caja" usados para hacer constar el pago hecho a terceros, por el concepto indicado en cada uno de ellos, y son susceptibles del delito de falsedad en las hipótesis del artículo 231 del Código Penal. Si el autor de la falsedad en un documento privado, lo usa con perjuicio a tercero en el orden económico, no concurre el delito de falsedad con el de estafa, pues aquel subsume al último por reunir el artículo 242 en un solo delito las dos infracciones punibles.* Por sentencia de 2 de mayo de 1970, la Corte CASA la sentencia de fecha 27 de junio de 1969, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la que se condenó a César Germán de la Cruz Picalúa, por el delito de estafa, y en su lugar se ordena reponer el procedimiento, a partir del auto que declaró cerrada la investigación inclusive. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 264

CAUSAL 1ª DE CASACION. — *Se reitera la jurisprudencia de la Corporación, en el sentido de que la infracción directa de la ley sustancial, es susceptible de demostración mediante un raciocinio directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, mientras que en la violación indirecta de la ley sustancial, que se origina por error de hecho o de derecho en la falta de apreciación de una prueba o en la errónea apreciación de determinada prueba o pruebas, que exige un examen en conjunto de las pruebas allegadas al proceso. Reincidencia. Requisitos para que se configure.* Por sentencia de 8 de mayo de 1970, la Corte INVALIDA PARCIALMENTE el fallo de 16 de julio de 1969, del Tribunal Superior Militar, por el que se condenó a Jorge Hernando Barón Montes, a la pena de tres años y siete meses de prisión y accesorias de rigor, y en su lugar se le condena a dos años y nueve meses de prisión, como responsable del delito de hurto militar. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 275

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre las cuatro garantías que consagra el artículo 26 de la Carta, sobre las maneras como se ejerce el derecho de defensa, que en razón de la Ley 74 de 1968, dejó de ser una creación doctrinaria con base en la norma constitucional citada. La nulidad por falta de defensa, solo se produce cuando ésta ha sido total, como en forma constante lo ha sostenido la Corte. La causal 1ª de casación — ordinal 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964—, comprende la infracción directa e indirecta de la ley sustancial; en la primera se aceptan los presupuestos fácticos de la sentencia y en la segunda se rechazan.* Mediante sentencia de 8 de mayo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, de 24 de septiembre de 1969, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por la que se condenó a Leonidas de la Cruz Gómez, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 279

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES. — *Tiene por finalidad que los fallos judiciales se pronuncien con la mayor imparcialidad y que los jueces, para cumplir su misión, estén rodeados de toda clase de garantías, en forma tal que haya confianza en las decisiones judiciales.* Por auto de 8 de mayo de 1970, la Corte CONCEPTUA DESFAVORABLEMENTE al cambio de radicación del proceso adelantado en contra de Antonio Gutiérrez

Página

López, por el delito de homicidio en el Juzgado Primero del Distrito Judicial de Pereira. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 287

CAUSAL 1ª DE CASACION.—*Cuando el actor no acepta los presupuestos fácticos de la sentencia, tiene el deber de demostrar que por error de derecho o de hecho al apreciar el contenido probatorio del proceso, se infringió indirectamente una norma sustancial y no es posible afirmar una coetánea infracción directa respecto de la misma norma sustantiva, porque la doctrina y la jurisprudencia enseñan que un quebrantamiento de esta índole excluye todo debate probatorio.* —Por sentencia de 8 de mayo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 20 de mayo de 1969, por la que se condenó a Marco Aurelio Canro Castillo, por el delito de robo agravado. Magistrado Ponente. Dr. Julio Roncallo Acosta..... 289

NULIDADES. *Por el principio de la taxatividad, corresponde al legislador señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o parte de ella, no siendo del arbitrio del Juez su creación. Los artículos 37 y 38 del Decreto 1358 de 1964, consagran las nulidades en los procesos penales. También la ley prevé la ineficacia de algunos actos procesales por falta de formalidades extrínsecas señaladas en el texto legal, que no se comunican a los restantes actos procesales. Casos de nulidades supralegales deducidas con base en el artículo 26 de Carta.* Por sentencia de 8 de mayo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Aduanas, de fecha 13 de febrero de 1969, por la que se condenó a José Jesús Ramírez Arango, Richard Thomas, Marrot Hans Hoffman y Alvaro Iriarte Uricochea, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez. 293

Página

JUZGAMIENTO DE JUECES SUPERIORES, DE MENORES, DEL CIRCUITO, ETC. — *De conformidad con el contenido del aparte b) del artículo 2º de la ley 16 de 1969, el juzgamiento de los jueces Superiores, de Menores, del Circuito, Municipales, etc., por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde al respectivo Tribunal Superior, por medio de la Sala Penal en pleno, y no por las Salas de Decisión, pues el Juzgamiento que se haga por éstas importa la nulidad de la actuación por incompetencia de jurisdicción.* La Corte por auto de 13 de mayo de 1970, DECLARO NULO TODO LO ACTUADO, en el proceso adelantado contra el doctor Alberto Aristizábal, Juez Cuarto Superior de Calarcá, por el delito de violación de la reserva del sumario, a partir del auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Armenia, el 28 de febrero de 1970 y se ordena que se reponga el procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto. 299

JUZGAMIENTO DE LOS INDIGENAS. — *Como el artículo 1º de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2º de la Ley 72 de 1892, que otorgó al gobierno la facultad de hacer delegación de competencias en lo judicial, civil y penal, a manos de los misioneros resulta en franca oposición con la Constitución política, pues la competencia es privativa de la Rama Jurisdicional del Poder Público, tiénese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes.* Por sentencia del 14 de mayo de 1970, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, de fecha 1º de julio de 1969, por la cual se condenó al indígena Célimo Miquirucama, a reclusión de una colonia agrícola especial, por el delito de homicidio, y en su lugar se declarará NULO TODO LO ACTUADO a

Págs.

partir del auto que avocó el conocimiento y se ordenó la libertad del sindicado. Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero... 303

SALVAMENTO DE VOTOS DE los Honorables Magistrados Dres.: LUIS CARLOS PEREZ Y LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.. 317

DEMANDA DE CASACION EN MATERIA PENAL. — *La presentada por el Fiscal del Tribunal y la ampliación que de ella pueda presentar la Procuraduría, deben formar un solo todo complejo, una unidad inescindible, como demanda formulada en conjunto por el Ministerio Público, no siendo dable calificar la demanda conforme al mandato legal, hasta tanto no se haya corrido el traslado a la Procuraduría General de la Nación.* Por auto de 15 de mayo de 1970, la Corte REVOCA el de 7 de abril del mismo año, por el que declaraba ajustada la demanda de casación presentada por el recurrente, —el Fiscal— Primero del Tribunal Superior de Ibagué—, en el proceso adelantado contra Alfredo Obando Corredor, por el delito de homicidio y en su lugar se ordena correr traslado por 15 días al Procurador Primero delegado en lo Penal. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo... 320

CONCURSO IDEAL DE DELITOS. — *Se ratifica la jurisprudencia de la Corte sobre la inexistencia de nulidad, cuando en un solo cuestionario se pregunta al jurado por varios delitos, si se ha identificado al ofendido u ofendidos y las circunstancias en que se ejecutaron los hechos. — Cuando el Artículo 31 del C. P. dice "el que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal" no está significando con la palabra "hecho", únicamente los movimientos corporales realizados por el sujeto activo sino el episodio total, comprendido también el resultado material. Cuando ha habido solo un movimiento o una serie de movimientos y una sola modificación del mundo exterior, pero varias violaciones de la ley penal, se está frente a un concurso formal de delitos.*

Págs.

Pero si los resultados son separables, no puede hablarse de un solo hecho como lo requiere el artículo 31 para el concurso formal, sino de un concurso material. El criterio de la separabilidad de los resultados es más seguro que el de la unidad del elemento psicológico, para distinguir las dos clases de concursos de delitos. Por sentencia de 15 de mayo de 1970, la Corte DESECHA, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha 21 de noviembre de 1969, por la que se condenó a Genaro Torres Estupiñán por el delito de doble homicidio. Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto.. 322

AUTO DE PROCEDER. — *Si en el cuestionario sometido a la consideración del jurado, se incluye una circunstancia agravadora de la responsabilidad, no considerada en el auto de proceder, pero que no ha sido tomada en cuenta al dictar sentencia, ni ha influido en la graduación de la pena, es una irregularidad que no constituye nulidad constitucional. Tampoco la constituye el hecho de haber hecho mención en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento de la especie del delito por el cual se llamó a juicio, ya que el jurado, en los juicios en que interviene, puede desecharlo, o el Juez cuando se trata de asunto no sometido a la consideración del Tribunal Popular, no tomarla en cuenta; así lo ha sostenido esta Corporación, negando además, a esta irregularidad, entidad suficiente para constituir nulidad constitucional. — Veredicto contradictorio. — No puede considerarse como tal, el comparado con otro emitido en el mismo proceso.* Por sentencia de 15 de mayo de 1970, la Corte DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 9 de septiembre de 1969, por la cual se condenó a Eucario Zapata Cuartas, por los delitos de homicidio agravado y robo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto. 327

Págs.

EL DELITO DEL CENTINELA. — *Se ratifica la Jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que el delito del centinela lo comete el militar cuando no cumple con las consignas dadas. transitoriamente y reservadamente al centinela, al iniciar el servicio, en razón de las especiales circunstancias del puesto, y no cuando infringe las de carácter general "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse del servicio.* Mediante fallo de 22 de mayo de 1970, la Corte INVALIDA la sentencia condenatoria de segunda instancia contra el soldado Samuel Castillo Segura, proferida por el Tribunal Superior Militar, con fecha 21 de octubre de 1969, por "el delito del Centinela" y en su lugar se ordena reponer el procedimiento a partir de la resolución Nº 7 de 8 de septiembre de 1966. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez. .. 335

DETENCION ARBITRARIA. — *El artículo 295 del C. P. en la hipótesis que contempla, supone un acto de funcionario público que, teniendo capacidad jurídica para ordenar la detención de las personas, abusa de ese poder y priva a alguien de su libertad sin que medie motivo que autorice esa decisión (detención sustancialmente injusta), o cuando existiendo causa dispone la detención sin observancia de las formalidades prescritas en la ley (detención formalmente injusta). En la hipótesis del artículo 296 el agente abusa del poder funcional cuando prolonga "indebidamente" la detención originariamente legítima. El artículo 431 del C. P., es normativo de las formas del auto de proceder y los errores en que haya podido incurrir el juez, en la parte motiva del auto de vocación a juicio, al individualizar la infracción dentro del género, por mala apreciación de los hechos o indebida selección de la norma, no genera la nulidad del ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, porque dicho error puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre y cuando no se haga más gravosa la situación del procesado.* — Por sentencia de 22 de mayo de 1970, la Corte confirma la sentencia de 11 de febrero del presente año, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por la cual condenó a Jairo Castillo Rengifo, ex-juez Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), por el delito de detención arbitraria, a la pena de seis meses de prisión y acesorias de ley, pero con la REFORMA de rebajar la pena a tres meses de arresto y se revocan las penas accesorias. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez. 342

JUZGAMIENTO DE JUECES SUPERIORES, DE MENORES, DE CIRCUITO, ETC. *Se reitera la jurisprudencia de la Corte, que de conformidad con el contenido del aparte b) del artículo 2º de la Ley 16 de 1969, el juzgamiento de los Jueces Superiores, de Menores, del Circuito, Municipales, etc., por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde al respectivo Tribunal Superior, por medio de la Sala Penal en pleno, y no por las Salas de Decisión, pues el juzgamiento que se haga por éstas importa la nulidad de la actuación por incompetencia de jurisdicción.* Por auto de 22 de mayo de 1970, La Corte DECLARA NULO LO ACTUADO en el proceso adelantado contra el doctor Julio César Lizarazo Aldana, juez Cuarto Penal Municipal de Armenia, a partir de la providencia de 3 de febrero último, dictada por el Tribunal Superior de Armenia y ordena reponer el procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 347

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — *Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que prescrita la acción penal, al juez solamente le corresponde declararla y por el solo hecho de serle más favorable al acusado, no puede dictar sentencia absolutoria, pues hacerlo es desconocer la facultad que la ley otorga al sindicado de renunciar a la prescripción.* Por providencia de 22 de mayo de 1970, la Corte REVOCA la sentencia absolutoria proferida el 29 de octubre de 1969, por el Tribunal Superior del Distri-

Página

to Judicial de Medellín, a favor del doctor Teódulo E. Ramírez Duque, por presuntas faltas a la ética profesional, y en su lugar DECLARA PRESCRITA la acción penal y ordena cesar todo procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 350

ROBO AGRAVADO POR "ESCALAMIENTO DE MUROS". — *La nulidad supralegal por ausencia de defensa, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, como en forma reiterada lo ha expresado la Corte. La asistencia del defensor a la audiencia pública en juicios en derecho, no es obligatoria — como sí lo es en los juicios en que interviene el Jurado—, y esa anomalía no es "asimilable a la nulidad de que trata el ordinal 4º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964. La técnica de casación exige la precisión de los cargos que se formulen a la sentencia y no puede alegarse simultáneamente "error de hecho y de derecho" porque cada cual tiene características que ofrecen acusadas diferencias. Robo agravado por el "escalamiento de muros" —numeral 3º del art. 404 del C. P. En la noción de escalamiento queda incluída no solo la del ascenso, sino el descenso, no sólo el ingreso sino también la salida. Y escalador es no solo quien emplea escaleras sino el que emplea cualquier otro instrumento que favorezca la maniobra, como los cordeles y cadenas, los andamios y demás aparatos auxiliares de que se vale el constructor o reparador de un edificio, los cables y postes telefónicos o de cualquier otro servicio, el alcantarillado, los árboles, y los vehículos y elementos similares que se presten para el ingreso indebido, lo mismo que los huecos o roturas que no sean obra del agente.* Por sentencia de 29 de mayo de 1970, la Corte DESECHA el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Ibagué, por la que se condenó a Marco Aurelio Rodríguez Arango por el delito de Robo. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 354

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *La Corte cambia su doctrina, al declarar inadmisible el recurso de revisión en los juicios disciplinarios contra los abogados, por faltas a la ética profesional, por ser el derecho penal disciplinario, una especialidad excluída del derecho represor, pues éste se refiere al mantenimiento del orden jurídico general, se acoge inexorablemente al principio de la legalidad de los delitos y de las sanciones y rechaza el principio "non bis in idem", en tanto que aquél, aunque aplique medidas que aparentemente puedan confundirse con las otras, no se circunscribe a tipos especiales, actúa sobre particulares relaciones de autoridad, que en muchos casos se señalan en forma amplia o genérica las faltas y las sanciones. Las providencias dictadas por presuntas faltas a la ética profesional de la abogacía, son de carácter administrativo, aunque provengan de un tribunal de justicia.* Por auto de 29 de mayo de 1970, la Corte DECLARA INADMISIBLE el recurso extraordinario de revisión, propuesto contra la sentencia del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá, confirmada por la Corte por la que se condenó al abogado Tulio Hernán Escobar G., por faltas contra la ética profesional. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez. 364

PRUEBA PERICIAL. — *Las partes tienen dos oportunidades para objetar el dictamen de los peritos: la primera dentro del término de cinco días siguientes, a aquel en que lo puso en conocimiento de las partes, y la segunda, al objetarlo de fondo, por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, antes de que el Jurado pronuncie el veredicto, en los juicios en que interviene, o antes de que el asunto entre al Despacho del juzgador, para fallo de primera instancia. Causal 1ª de casación. El error de hecho o de derecho se genera en el ámbito probatorio. Es improcedente alegar con base en esta causal, simultáneamente infracción directa e indirecta de la ley sustancial.* Por sentencia de 4 de junio de 1970, la Corte DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior

Página

del Distrito Judicial de Ipiales, de 20 de septiembre de 1968, por la cual se condenó a Marco Antonio Leytón Medina, por el delito de lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 367

VALOR PROBATORIO DE LAS PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO EN MATERIA PENAL. — *Se ratifica la jurisprudencia de la Corte, sobre las copias de origen eclesiástico, respecto de su eficacia probatoria en materia penal, en razón de que la ley 92 de 1938, les quitó el carácter de prueba principal del estado civil, pero sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos y solo cuando el juez penal "haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", siendo por consiguiente idóneos para comprobar en el proceso penal la edad de una persona, víctima del delito de violencia carnal, por la finalidad misma del proceso.* — Por sentencia de 4 de junio de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 9 de octubre de 1969, por la que se condenó a Agustín Navarro Ascanio por el delito de violencia carnal. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta..... 372

CAUSAL 1ª DE CASACION. — *Es improcedente alegar de manera general la violación de la ley sustancial por infracción directa, sin concretar la modalidad del agravio, porque ello implicaría el estudio simultáneo de las tres variantes de la ley: inobservancia del precepto, aplicación de texto inadecuado e interpretación errónea de la norma. Es igualmente improcedente, alegar infracción directa de la ley y errónea apreciación de una u otra prueba. Si el recurrente alega errónea apreciación de la prueba debe precisar y demostrar que el fallador incurrió en manifiesto error de hecho o de derecho.* Mediante sentencia de 15 de junio de 1970, la Corte DESECHA los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Aduanas, de 4 de julio de 1968, por la que se condenó a Saúl Harpert Gluk y Humberto Echavarría Ochoa, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 377

DERECHO DE DEFENSA. — *La nulidad de origen supralegal por ausencia de defensa, se genera solamente cuando la inasistencia ha sido total y se acentúa la inasistencia, si el apoderado o defensor de dos o más sindicados, se aprovecha de su posición para tratar de demostrar la inocencia o irresponsabilidad penal de uno de los defendidos por él, prohijando expresa o tácitamente los cargos contra el otro u otros. La conducta del abogado que así actúa entraña un caso de infidelidad profesional que debe ser objeto de investigación y la nulidad que se declara a favor del procesado que no tuvo asistencia jurídica, no se comunica al que gozó de ellas.* Por sentencia de 15 de junio de 1970, la Corte CASA el fallo de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 17 de noviembre de 1969, Declara la nulidad del proceso en cuanto se refiere a Hermes Delgado Valencia, a partir de la notificación del auto de proceder y ordena se rehaga la actuación; Condenar a Fresnay Polo Osorio por el delito de robo simple, a la pena de diez y seis (16) meses de prisión y accesorias de ley y se ordena compulsar copia de lo pertinente para que se investigue la posible existencia del delito de colusión contra el abogado Libardo Ramírez Llanos. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez. 389

DEMANDA DE CASACION. — *Se reitera la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de desechar la demanda que no se ajuste a los requisitos señalados por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, por la finalidad misma del recurso que impide a la Corte suplir los defectos de la demanda.* Por sentencia de 19 de junio de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior

Página

Militar, de 22 de septiembre de 1969, por la que condenó al Agente de la Policía Nacional Eduardo Palomino Tovar, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 396

CAUSAL 1ª DE CASACION. — *Se ratifica la jurisprudencia de la Corporación en el sentido, de que en los juicios en que no interviene el jurado, no es necesaria la presencia del defensor en la vista pública, máxime cuando ha presentado alegato escrito. Cuando se invoca en forma directa la causal cuarta de casación, no es posible alegar la errónea apreciación de determinada prueba o pruebas, porque este motivo de impugnación no da cabida al examen probatorio, que es del resorte del apartado segundo del ordinal 1º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Si se alega infracción indirecta de la ley sustancial, en base a la causal 1ª, el recurrente debe demostrar que en la sentencia se incurrió en error manifiesto de hecho o de derecho.* Por fallo de 19 de junio de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de 12 de febrero de 1969, por la cual se condenó a Oscar García por el delito de Robo. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 399

VEREDICTO DEL JURADO. — *Acusada la sentencia con fundamento en la causal 4ª de casación, no es procedente alegar apreciación indebida de la prueba por parte del fallador de instancia, pues este motivo de casación, solo se puede promover a través del ordinal 1º, inciso 2º, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Los jurados profieren su veredicto sin sometimiento a tarifa probatoria alguna, por lo que es improcedente el recurso de casación, en los juicios en que interviene el jurado, con base en lo dispuesto en el apartado segundo, del ordinal primero, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. La contraevidencia del veredicto, corresponde declararla a los juzgadores de instancia, y la injusticia notoria de la veredicción no está erigida en causal de casación.* Por sentencia de 24 de junio de 1970, la Corte DESECHA EL RECURSO extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 27 de noviembre de 1969, por la cual se condenó a Domingo Rodríguez Mantilla, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 404

ABUSO DE AUTORIDAD. — *Hacer entrega de todo el patrimonio retenido judicialmente o de una parte de él, en un juicio de separación de bienes, a una de las partes, constituye abuso de autoridad, porque la misión del juez en dicho juicio es "asegurar los intereses" mientras se adjudica a cada cónyuge de lo que va a manejar indepedientemente* Por auto de 30 de punio de 1970, la CORTE CONFIRMA el auto de llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, el 30 de abril de 1970, contra Rafael Pombo Mackenzie, por el delito de abuso de autoridad. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez. 412

SALA DE CASACION LABORAL

REAJUSTE DE LA PENSION JUBILATORIA. — (Artículo 2º de la Ley 5ª de 1969). Este precepto, aclaratorio del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, según su enunciado expreso, interpreta con autoridad el sentido de la norma que motiva el sub-lite a estudio de la Corte. La Corte por sentencia de abril 6 de 1970, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Próspero Cadavid G. contra el Departamento de Antioquia. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón. 416

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 6 de abril de 1970, HOMOLOGA y en consecuencia DECLARA EXEQUIBLE el laudo de fecha 10 de diciembre de 1969, proferido por el Tribunal de

Página

Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo surgido entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa de Transportes Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 419

PRESUNCION. — La presunción que consagra el artículo 24 del C. S. del T. es simplemente legal. La Corte por sentencia de abril 8 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio de Sabina Montañez de Caicedo contra Manuel S. Montañez. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. 427

SALARIOS VARIABLES. Considera la Sala que tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del C. S. del T., que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si éste existió, solo incide durante tres años. La Corte por sentencia de abril 8 de 1970, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Fernando Gaviria contra la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduarde Gnecco C. 432

INTERES PARA RECURRIR. — La Corte, por providencia de 10 de abril de 1970 declara BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por A. & B. Reyes Ltda. contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Isabel Mariño de Ramírez, contra la Sociedad recurrente. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia. 441

SENTENCIA DEFINITIVA. — La sentencia definitiva que admite el recurso de casación, es solamente aquella que se identifica en su carácter final con la decisión de fondo que haga tránsito a cosa juzgada sustancial. La Corte por providencia de abril 11 de 1970, NO ADMITE el recurso extraordinario interpuesto por el apoderado de Reneta Rosado de González y María Luisa González de González contra la Resolución proferida por el Tribunal Superior de Banrranquilla, en el juicio contra la Empresa Pan American Life Insurance Company. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 443

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de abril 11 de 1970, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral pronunciado el 23 de febrero de 1970, por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander y la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda. Copetrán. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia. 446

DISPONIBILIDAD. — Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del CST 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 en 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 abril 11 de 1970, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el juicio del Dr. Jaime Faillace Castillo contra la Colombiam Petroleum Company. Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. 449

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR: Jorge Gaviria Salazar 458

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 13 de abril de 1970, DECLARA que no es competente para conocer del recurso de homologación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. —CHEC— y

Página

ordena devolver el expediente al Tribunal Superior para que conozca de dicho recurso, el que fue interpuesto contra el laudo dictado el 21 de enero de 1970 por el Tribunal de Arbitramento voluntario que resolvió el conflicto sometido a su definición. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón. 462

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. La Ley 77 de 1959, aumentó a partir del 1º de enero de 1960, las pensiones de jubilación oficiales, semioficiales y particulares, y las de invalidez, tanto oficiales como semioficiales que se hayan causado con anterioridad a su vigencia. Pero la ley 71 de 1961, cuya vigencia empezó el 1º. de febrero de 1962, modificó aquella situación jurídica, disponiendo que los aumentos señalados en el artículo 1º de la ley 77 de 1959 se aplicarán también a las pensiones inferiores a $ 1.375.00 mensuales, causadas con posterioridad a la sanción de la misma, lo que quiere decir que aquella ley no se limitó a declarar el sentido de la anterior, aclarándolo, sino que la modifica, creando una nueva situación jurídica. La Corte por sentencia de abril 15 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Félix Correa Machado contra la Compañía Nacional de Chocolates S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 466

REFORMATIO IN PEJUS. — Artículo 494 del C. J. La Corte por sentencia de 24 de abril de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio de José Guillermo Palencia contra la Hacienda El Labrador S. A. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño 475

CONTRATO DE TRABAJO. — (Subordinación). Si lo que fundamentalmente tipifica la subordinación, es la aptitud del patrono de dar órdenes al trabajador y la obligación de éste de atenderlas, no puede desvirtuar este elemento que estructura el contrato de trabajo la circunstancia de que, en tratándose de servicios médicos, el facultativo actúa con autonomía técnica, por ser ello obligada secuela de la actividad especializada contratada. La Corte por sentencia de abril 28 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de Julio César Botero Jaramillo contra la Hacienda La Palma Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno 478

DISPONIBILIDAD. — La disponibilidad no constituye trabajo, es simplemente algo potencial, que en un momento dado puede dar lugar a que se realice esfuerzo intelectual o material, susceptible este esfuerzo de generar remuneración. La Corte por sentencia de abril 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Gustavo Téllez Salazar contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca (Unidad Asistencial) Rafael Uribe Uribe - Cali. Ponente: Magistrado Dr. Jorge Gaviria Salazar. 491

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, aclara la vaguedad del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. La Corte por sentencia de mayo 4 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Adolfo Camacho Jiménez contra la Nación - Ministerio de Obras Públicas. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 495

TRABAJO EXCEPCIONAL. — La Ley, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre trabajo dominical y festivo excepcional y habitual. El artículo 180 del Estatuto Sustantivo Laboral regula el primero y los artículos 181 a 185, el segundo. La Corte por sentencia de mayo 6 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Angel María Moreno contra la firma Williams Brother Construction Corporation. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla. 501

PERIODO DE PRUEBA. — El período de prueba que conforme a su propia defini-

Página

ción legal (art. 76 del C. S. del T.) constituye etapa inicial del contrato de trabajo, requiere para su operancia jurídica estipulación por escrito, y ella por un lapso que no exceda de dos meses (arts. 77 y 78 ibídem) indica claramente que solo se lo puede dar por establecido en juicio, dentro del cual se invoca con el documento que contiene ese acuerdo de voluntades. La Corte por sentencia de mayo 21 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Luis Pomares contra la Sociedad Loffland Brothers de Suramérica C. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno. 511

DE LA ACCESION DE LAS COSAS MUEBLES A INMUEBLES. — De conformidad con el inciso 2º del artículo 739 del C. C., "si se ha edificado, plantado, sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". Y según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, conforme a ésta disposición, "no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, *acompañado del derecho de retención del terreno* y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho". La Corte por sentencia de mayo 23 de 1970, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio de Carlota Manrique contra Rufino Manrique. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 515

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de mayo 25 de 1970, DECLARA QUE NO ES COMPETENTE para conocer del recurso de homologación interpuesto por La Mano que Limpia contra el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que resolvió el diferendo laboral sometido a su consideración, y ordenó enviar el expediente al Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 521

Página

LABORES NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSION. — Según lo prescribe el artículo 184 del C. S. del T., en los casos de labores que no pueden ser suspendidas, cuando el personal no puede tomar el descanso, en el curso de una o más semanas, se acumulan los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de las labores, o se paga la correspondiente remuneración en dinero, a opción del trabajador. La Corte por sentencia de mayo 26 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Zósimo Vargas Arévalo contra la Sociedad "Williams Brothers Construction Corporation" y "Richmond Petroleum Company". Ponente: Abogado Asistente: Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. 525

COMPENSACION. — No hay ningún error cuando el Tribunal, para los efectos compensatorios parte de la vinculación de las recíprocas obligaciones con el contrato de trabajo que rigió entre el actor y la demandada. No sobra agregar que la jurisprudencia de esta Sala amplió hace algún tiempo la pertinencia de la compensación aún de obligaciones civiles con las laborales, cuando sean ambas en dinero, líquidas y exigibles y que tal criterio se viene reiterando en sucesivos fallos. La Corte por sentencia de mayo 26 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Hernando Estrada G. contra la Sucesión de Nicolás Rivera M. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño. 534

SOCIO EMPLEADO DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. — No puede rechazarse de plano la posibilidad de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser su empleado, esto es, que a más de sus obligaciones inherentes a la calidad de socio, se encuentre subordinado a la entidad misma a través de servicios personales. La Corte por sentencia de mayo 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Naffah Baruque contra la So-

Página

ciedad Agencia Coordinadora de Seguros Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F..... 549

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. — Cuando la ley, tomada en su más amplia acepción, con el objeto de atender a la satisfacción de determinadas necesidades colectivas, separa de la organización general administrativa ciertos servicios públicos, dotándolos de administración autónoma, patrimonio propio y personalidad moral, surge entonces a la vida jurídica un establecimiento público, que no por tener existencia independiente deja de ser organismo participante de la administración pública en su respectivo ámbito, pues como lo advierte la doctrina de la Corte, tales establecimientos públicos" son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado. Ley 151 de 1959. La Corte por sentencia de mayo 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Luis González López contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana... 560

PRIMAS DE SERVICIO. Artículo 306 del C. S. del T. El despido justificado exonera al patrono de pagar la prima proporcional cuando se ha trabajado más de tres meses en el semestre en el que se produce la terminación del contrato, pero no lo exonera de la obligación de satisfacer las primas correspondientes al tiempo servido en los semestres completos, las cuales, por razón de dicho servicio, constituyen un derecho del trabajador que no se pierde por ningún motivo. La Corte por sentencia de mayo 30 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio de Carlos Mendoza B. contra la Compañía Aerovías Nacionales de Colombia, Sociedad Anónima "Avianca". Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 565

Página

LA CAUSA INVOCADA PARA EL DESPIDO NO EXIGE LA CITACION DE LA NORMA LEGAL. No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada. Artículo 66 del C. S. del T., hoy sustituído por el Parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. La Corte por sentencia de junio 8 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Quintero Cobo contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 579

SUSTITUCION PATRONAL. — El antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados a favor de los trabajadores. La Corte por sentencia de junio 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Carlos Martín Leyes contra la Sociedad Anónima Laboratorios Picot de Colombia, en estado de liquidación y en forma subsidiaria contra la Empresa Vick Chemical Inc. Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 588

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO: Dr. Edmundo Harker Puyana. 593

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA. La Corte por sentencia de junio 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Inés Uribe Serrano de Schmitz contra el Gimnasio Antonio Nariño Escuela Comunal Autónoma. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 595

INDEMNIZACION POR MORA. — La Corte por sentencia de junio 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Fernando Díaz contra la Sociedad Cervecería

Página

Colombo-Alemana, Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 602

FINIQUITOS EXPEDIDOS POR EL TRABAJOR — El valor de los finiquitos que expida el trabajador es siempre relativo y no absoluto, y ellos sirven para demostrar el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones en la cuantía en que aparezcan detallados, pero la declaración de "paz y salvo", no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos. La Corte por sentencia de junio 12 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Virgilio Torres Sáenz contra la Sociedad Importaciones y Distribuciones Sampac S. A. Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. 609

PARTICIPACION DE UTILIDADES. — La Corte por sentencia de junio 12 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Giovanni Di Pietro contra la sociedad Archila Briceño & Compañía Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 614

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL EN RELACION CON TRABAJADORES EXTRANJEROS. — Teniendo en cuenta la ordenación de los artículos 74 y 143 del C. S. del T., la carga de la prueba corresponde al trabajador, quien está obligado a demostrar la igualdad de funciones, comparativamente con las que desempeñe el ciudadano extranjero, o el puesto, la jornada y la eficacia iguales, para tener derecho a la nivelación de salarios. La Corte por sentencia de junio 13 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis F. Contreras Ch. contra la Empresa Colombiana de Petróleos. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F. 621

PRESCRIPCION. — La exigencia de que el patrono reciba el reclamo demuestra que la pretensión del acreedor debe ser conocida por el deudor, y el hecho de disponer la norma que la segunda prescripción, esto es la de tres años, establecida por el artículo 488 del C. S. del T., comienza a partir del reclamo, corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el artículo 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 auto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio. La Corte por sentencia de junio 13 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Matilde Gómez viuda de Solano R., Alicia Solano Gómez, Luis A. y Luis D. Solano Gómez contra Bernardo Higuera, propietario de la Fábrica de Cigarrillos "La Cubana". Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 628

INDEMNIZACION MORATORIA EN EL CASO DE LOS SERVIDORES OFICIALES. La Sanción moratoria no puede imponerse desde el retiro del trabajador y 90 días más, sino desde que el ex-trabajador hizo la solicitud, acompañada de los documentos pertinentes, a la Caja Nacional de Previsión para que se le pagara el auxilio de cesantía, pues es sabido que esta entidad no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que los efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para mostrar el derecho que tiene a la prestación solicitada. La Corte por sentencia de junio 15 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Joaquín Pérez Monsalve contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia. 640

LA PENSION DE JUBILACION COMO JUSTA CAUSA DE DESPIDO. — 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

Págs.

jubilado o de tiempo servido. Sería pues aberrante, que una jubilación otorgada sin el lleno de esos 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 condicinales impide al empleado o trabajador demandarla. La Corte por

Págs.

sentencia de junio 25 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Serrato contra la Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 646

FE DE ERRATAS

PAGINA	COLUMNA	RENGLON	DICE	DEBE DECIRSE
30	2ª	51	causal	casual
33	2ª	40	pue	que
34	1ª	22-23	di-ligencia	dicha diligencia
45	1ª	31	de cual	de la cual
93	1ª	17	inexistente	existente
93	2ª	34	quedará	quedara
95	1ª	19	fuera	fuer
95	1ª	23	con-nveniencia	conveniencia
97	1ª	32	misma	mina
101	1ª	27	que Purificación	que en Purificación
116	2ª	18	alegó hecho	alegó haber hecho
121	1ª	9	194	494
123	2ª	2	presentación	prestación
248	1ª	8	entraba	entrada
258	1ª	12	resoltada	resaltada
258	2ª	11	aportes	apartes
293	Título	6	extrínsicas	extrínsecas
298	2ª	9	Huemberto	Humberto
322	Título	2	Cuestianorio	Cuestionario
325	2ª	19	sujetos lesio- nes	sujetos o lesiones
325	2ª	22	de delito	de delitos
337	1ª	26	un	su
338	1ª	37	Guera	Guerra
345	2ª	1	dejar	dejara
355	2ª	3	Extraoordinario	Extraordinario
389	Título	6	y	u
471	1ª	41	erróneamente por	erróneamente apreciada por
481	1ª	33	22 y 24	22, 23 y 24
481	2ª	23	de que, como	de quien, como
482	2ª	34	caso las	caso a las
482	2ª	34	las pessonas	las personas
519	2ª	15	"Si no ha	"Si se ha
520	1ª	22	al aprovechamiento	el aprovechamiento
520	1ª	26	con las	son las
551	2ª	10	cualuier	cualquier
552	2ª	33	sinalegmáticos	sinalagmáticos
552	2ª	38	sui-genieria	sui-generis
624	2ª	41	eficacia	eficiencia
625	2ª	14	actora que	actora a oue
625	2ª	37	imputa el Tribunal	imputa al Tribunal
626	1ª	17	rearguidos	redarguidos
641	1ª	11	"el es hecho	"es un hecho
641	1ª	30	observando	observado
660	1ª	28	contituada	continuada
660	2ª	8	oerjuicios	periuicios
661	2ª	26	cuando	cuándo
661	2ª	43	pueda	puede
662	1ª	33	lo	la