

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXV



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

SALA PLENA

Doctor GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, *Presidente.*
Doctor HERNAN TORO AGUDELO *Vice-presidente.*
Doctor HERIBERTO CAYCEDO MENDEZ, *Secretario.*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor CESAR GÓMEZ ESTRADA, *Presidente.*
Doctor HERIBERTO CAYCEDO MENDEZ, *Secretario.*
MAGISTRADOS: Doctores Ernesto Blanco Cabrera.
Ernesto Cediél Angel.
José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
César Gómez Estrada hasta julio 30/70.
Guillermo Ospina Fernández hasta Sept. 9.
Alfonso Peláez Ocampo desde julio 31.
Ricardo Uribe Holguín desde Sept. 10.

SALA DE CASACION PENAL

Doctor LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, *Presidente.*
Doctor EVENICIO 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 MEJIA OSORIO, *Secretario.*
MAGISTRADOS: Doctores José Enrique Arboleda Valencia.
Juan Benavides Patrón.
Alejandro Córdoba Medina desde agosto 26.
Miguel Angel García hasta Sept. 30.
Jorge Gaviria Salazar.
Edmundo Harker Puyana hasta agosto 25.
Tito Octavio Hernández hasta julio 26.
Crótatas Londoño desde julio 27.

SALA CONSTITUCIONAL

MAGISTRADOS: Doctores EUSTORGIO SARRIA M., *Presidente.*
José Gabriel de La Vega.
Luis Sarmiento Buitrago.
Eustorgio Sarria.
Hernán Toro Agudelo.

RELATORES: Doctores Héctor Roa Gómez, *Sala Civil.*
Jaime Bernal Cuéllar, *Sala Penal.*
Ignacio Gómez Zapata, *Sala Laboral.*
Luis Ferrer Serranda, *Sala Constitucional.*

Julio, Agosto y Septiembre de 1970.

G A C E T A J U D I C I A L

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 CXXXV Bogotá, Colombia. Julio, Agosto y Septiembre de 1970.

Nos. 2330, 2331, 2332.

SALA DE CASACION CIVIL

REIVINDICACION

Prescripción como acción y como excepción
REMATE. — Su prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, siete de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación Acta N° 51 de 22 de julio de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de noviembre de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de Adolfo Camacho contra Tránsito Guzmán v. de Salazar y Carlos Alberto Salazar Guzmán.

El Litigio.

Ante el Juzgado 2° Civil del Circuito de Cali, Adolfo Camacho promovió contra los mencionados Tránsito Guzmán v. de Salazar y Carlos Alberto Salazar Guzmán, considerándolos poseedores de mala fe, demanda de reivindicación referente a dos lotes de terreno, determinados como cuerpo cierto, que forman parte "del indiviso de El Remolino", situado en el Municipio de Candelaria, alindado como se expresa en la súplica primera del libelo. Los hechos pertinentes afirmados por el actor como fundamento de su pretensión, pueden resumirse así:

a) Adolfo Camacho es dueño de los lotes de terreno que reivindica por haberlos adquirido por compra hecha a Julio Pizarro,

según aparece de la escritura 894 de 3 de julio de 1951, otorgada en la Notaría 1ª de Palmira;

b) Julio Pizarro adquirió tales lotes de terreno por adjudicación que de los mismos se le hizo en la diligencia de remate llevada a cabo por el Juzgado Civil del Circuito de Palmira, el 30 de junio de 1938, en el ejecutivo adelantado por él contra Adolfo y Juan Jacobo Camacho, quienes, a su vez, los habían adquirido por compra hecha a Abigaíl Camacho v. de Vidal mediante la escritura 538 de 18 de junio de 1934, pasada ante el Notario 1º de Cali;

c) "La señora Abigaíl Camacho había adquirido nuevamente el dominio, en virtud de contrato celebrado con el Dr. José Miguel López, por medio de escritura pública N° 492 de 12 de julio de 1932, de la Notaría Segunda de Cali, que dejó sin valor una venta que la señora Camacho v. de Vidal había hecho al Dr. José M. López, por escritura pública número 84 de 17 de febrero de 1927, de la Notaría Segunda de Palmira";

d) Por escritura número 83 de 31 de octubre de 1931, otorgada en la Notaría de Florida, Abigaíl Camacho v. de Vidal y Adolfo Camacho dieron en arrendamiento a Víctor Romero los dos lotes de terreno mencionados, contrato que ratificaron luego mediante la escritura 492 de 12 de julio de 1932, pasada en la Notaría Segunda de Cali;

e) El arrendatario Víctor Romero vendió a Pedro Guzmán las mejoras puestas por él en el inmueble arrendado, según aparece de las escrituras 492 de 5 de octubre de 1936 y 258 de 31 de marzo de 1937, otorgadas en la Notaría Primera de Palmira;

f) Pedro Guzmán "con el título proveniente de la venta de las mejoras que le había hecho Víctor Romero, vendió a Manuel Higinio Salazar los dos lotes a que se contraen los hechos de esta demanda", por escritura número 2 de 2 de enero de 1939, de la Notaría Tercera de Cali;

g) Por escritura 2856 de 5 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaría Tercera de Cali, se constituyó la sociedad "Ingenio El

Retiro Salazar & Cía. Ltda.", y a ella aportó Manuel Higinio Salazar "los dos lotes objeto de esta demanda, como dueño del terreno", los cuales volvieron nuevamente al patrimonio de éste al disolverse y liquidarse la citada sociedad, según aparece de la escritura 227 de 26 de octubre de 1951, otorgada en la Notaría de Florida;

h) Muerto Manuel Higinio Salazar, en el juicio de sucesión se denunciaron como de su propiedad los dos lotes de terreno precisados, y así pasaron "a ser propietarios de las mejoras que nunca de la tierra, la señora Tránsito Guzmán v. de Salazar y su hijo Carlos Alberto Salazar Guzmán".

i) Como Víctor Romero, en su condición de arrendatario, "no podía transmitir a Pedro Guzmán cosa distinta de las mejoras, ni cosa distinta de la tenencia de los lotes mientras usufructuara esas mejoras... la aparente posesión de Pedro A. Guzmán, luego de Manuel Higinio Salazar y hoy sus herederos, es de mala fe, porque bien sabido que Víctor Romero no fue más que un simple arrendatario, es decir tenedor, y según nuestra ley civil, nunca la tenencia se puede convertir en posesión, y el que adquiere un derecho derivado de un tenedor, no adquiere nunca nada distinto de lo que se le transmite".

Los demandados se opusieron a la pretensión del actor, negando algunos de los hechos de la demanda, manifestando no constarles otros y proponiendo las excepciones que denominaron prescripción de la acción, carencia de acción o de derecho para demandar, inexistencia de la obligación de la parte demandada y prescripción adquisitiva del dominio.

El Juzgado desató el litigio en sentencia de 18 de octubre de 1962, mediante la cual acogió las súplicas formuladas en el libelo y condenó en costas a los demandados, los cuales apelaron de esa resolución. Surtido el segundo grado del juicio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó el fallo del a-quo, y en su lugar, resolvió: "Declarase que la señora Tránsito Guzmán vda. de Salazar y el señor Carlos A. Salazar... son dueños exclusivos del predio a que se refiere la demanda y que aparece

singularizado en el hecho 1º del libelo y que hace parte integrante de uno de mayor extensión poseído por los citados demandados, por haberlo adquirido en virtud de la prescripción adquisitiva del dominio". Ordenó, además, el registro de la sentencia y condenó al demandante en las costas del juicio. Tal es el fallo materia del recurso extraordinario que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Advierte el Tribunal que de las condiciones axiológicas de la acción de dominio ejercitada en la demanda, se cumplen cabalmente las referentes a la singularidad e identidad del bien vindicado y a la posesión de la parte demandada; que "en la restante condición —el dominio— y en sus relaciones con la posesión material, radica el conflicto de autos", razón por la cual debe estudiarse este punto para definir cuál de las dos partes tiene un mejor derecho a la cosa.

Hace, con tal propósito, un detenido estudio de los títulos presentados por las partes y de las pruebas allegadas al proceso, con el fin de establecer la posesión material de los demandados; expresa que a partir de la venta hecha por Pedro Guzmán a Manuel Higinio Salazar, mediante la escritura número 2 de 2 de enero de 1939, otorgada en la Notaría 3ª de Cali, "se inicia el proceso de interversión del título, porque... el vendedor no confiesa el ánimo precario de simple tenedor, sino que se afirma dueño de la finca, con sus mejoras"; y concluye así:

"De lo expuesto se deduce la conclusión de que los demandados y sus antecesores en el dominio y posesión del bien, lo han poseído por espacio de más de veinte años; que su posesión ha sido real, con los atributos de su publicidad, de no haber tenido interrupciones ni naturales ni civiles y de haber sido pacífica. Este ejercicio posesorio se reitera a lo largo de un período mayor a los veinte años suficiente para configurar la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

"El origen viciado del título que esgrime la parte demandada, no constituye impedimento para reconocer la existencia en au-

tos del fenómeno prescriptivo. Se observó el modo como surgió el proceso de interversión del título; de cómo el tenedor se arrogó la calidad de poseedor y excluyó con sus actos privativos al titular del dominio. La posibilidad de que surja esta situación jurídica, está consagrada en el artículo 2531 del C. Civil. Pese a la previsión del artículo 777 *ibidem*, de acuerdo con la cual el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión y al precepto del artículo 752 que establece que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada, pese a tales disposiciones, la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos de la cosa vendida, (sic) mientras no se extingan por el lapso de tiempo. Con relación a este precepto la Corte ha sostenido que la venta de cosa ajena, es título justo que habilita al comprador para adquirir el dominio de las cosas por la vía de la prescripción ordinaria".

Agrega el sentenciador que el reconocimiento de la prescripción adquisitiva ordinaria por parte de los demandados habría sido posible si hubieran aducido el título que ampara su posesión; pero que como no se allegó a los autos el trabajo de partición, no obstante haberse ordenado, "el juzgador ignora la existencia del título que hubiera franqueado la prescripción ordinaria". Examina el caso a la luz de las normas que regulan la usucapión extraordinaria, particularmente del artículo 2531, numeral 3º, del C. C., y encuentra que "el pretense dueño no demostró que en ningún momento durante el transcurso de más de veinte años, desde 1939 hasta el presente, se llegó a reconocer expresa ni tácitamente su dominio por quienes opusieron la prescripción; y al propio tiempo los demandados, como se ha visto, probaron haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción durante el lapso indicado". Dice que es necesario extinguir la situación conflictiva que ha subsistido entre las partes por largo tiempo, pues "así lo exigen razones superiores de orden social y la necesidad de que operen los efectos de la usucapión para darle estabilidad al grupo de relaciones patrimoniales en con-

tradición, evitar que se perpetúen como indeterminados y para consolidar la propiedad en cabeza de quien demostró un mejor derecho a la cosa". "En suma —expresa— los demandados señora V. de Salazar y Sr. Carlos A. Salazar demostraron un mejor derecho a la cosa, puesto que al explotarla, mejorarla, poseerla, ininterrumpida, pacífica y públicamente con ánimo exclusivo por espacio de más de veinte años, debe considerárseles como sus dueños verdaderos".

La Demanda de Casación.

De los dos cargos que en ella se formulan contra la sentencia del Tribunal, la Corte encuentra fundado el que, con apoyo en la causal segunda, denuncia falta de consonancia entre dicho fallo y las excepciones propuestas por la parte demandada, y, en consecuencia, contrae a él su estudio.

Dice el recurrente que al declarar el Tribunal que los demandados son dueños del predio determinado en la demanda por "haberlo adquirido en virtud de la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio", falló extrapetita, ya que la prescripción fue alegada por ellos como excepción y no como acción, incurriendo así en incongruencia.

"La sentencia del Tribunal de Cali —agrega— se aparta en su decisión de la materia propuesta, al acoger como acción adquisitiva del dominio, por prescripción extraordinaria, lo que fue presentado como una excepción, atendiendo equivocadamente a una posesión de señor o dueño que no ha existido en Manual Higinio Salazar, ni en sus sucesores, y por haberse separado de los artículos 7º de la ley 120 1928 que ordena citar al Ministerio público y emplazar a todas las personas conocidas y desconocidas que pudieran tener interés en oponerse a la declaración de pertenencia. Deducimos de lo anterior que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, además de fallar extrapetita, lo hizo sin atender al procedimiento especial que para esos casos de prescripción adquisitiva de dominio señalan las leyes".

Considera la Corte:

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

2.—El artículo 2512 del Código Civil distingue la prescripción adquisitiva o usucapión de la prescripción extintiva. La primera es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas que están en el comercio, por haber sido poseídas con las condiciones legales; la segunda un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo y siempre que concurren los demás requisitos de ley. Aquélla, dada su naturaleza, ha de hacerse valer como acción a efecto de obtener la declaración judicial de que el bien pertenece al demandante por haberlo adquirido por el modo de la usucapión; la otra, en cambio, constituye una excepción encaminada a paralizar la acción del demandante, y debe alegarse expresamente por el demandado.

3.—Hasta el año de 1928 la prescripción solo podía alegarse como excepción, pues no existía el instrumento legal que permitiera a quien había adquirido el dominio sobre una cosa por usucapión, obtener la declaración judicial de pertenencia que le sirviese de título de propiedad de la misma. Mas el legislador de ese año, con el fin de consolidar legalmente la situación de hecho de los poseedores que habían adquirido el domi-

nio por prescripción, expidió la ley 120, cuyo artículo 2º estatuye que "todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, la cual una vez obtenida cuando se trate de inmuebles, será inscrita en el libro número 1º de la correspondiente oficina de registro y producirá los efectos señalados en el artículo 2534 del Código Civil".

4.—Siendo fundamentalmente distintas, por su naturaleza y fines que persiguen, la prescripción adquisitiva y la extintiva, es palmario que cuando en un proceso se alega una de ellas el fallo debe proveer concretamente sobre la invocada, so pena de incurrir en el vicio de inconsonancia, bien sea por no haberla decidido (mínima petita), o por haber reconocido una distinta de la que fue alegada (extra petita). Y esto último es precisamente lo que ocurre en el caso sub-lite, puesto que no habiéndose alegado por la parte demandada la prescripción como acción sino como excepción, el sentenciador ha debido limitarse a declarar probada ésta, si se daban los supuestos legales, en lugar de hacer una declaración de pertenencia que no fue demandada en debida forma, ya que para ello habría sido menester que el demandado hubiera promovido demanda de reconvención, lo que no hizo.

5.—La falta de consonancia entre la excepción de prescripción extintiva invocada por los demandados y el fallo del Tribunal mediante el cual reconoció en favor de ellos la prescripción adquisitiva de dominio, resulta manifiesta, y, por lo mismo, ha de casarlo la Corte para proferir en su lugar el que corresponda.

Sentencia de reemplazo

1.—Háse dicho reiteradamente que como al poseedor material lo ampara la presunción de dueño consagrada por el artículo 762 del C. C., para que triunfe la pretensión del demandante en reivindicación tiene éste que destruir esa presunción presentando un título de dominio anterior a la posesión del demandado. Y que cuando éste, a más de ampararse en su posesión, presenta un título inscrito, han de confrontar-

se los títulos alegados por las partes a fin de determinar a cual de ellas asiste mejor derecho. En tal evento la pretensión del actor solo podrá prosperar si sus títulos son anteriores a la posesión y títulos del demandado.

En el caso sub-lite, a los títulos del demandante se enfrentan la posesión y títulos de la parte demandada, y, por consiguiente, se hace necesario examinar unos y otros para establecer a quién corresponde la preferencia. Mas como en la causa pendiente del libelo incoativo de este juicio, hechos 11 y 14, se afirma que los demandados son herederos de Manuel Higinio Salazar calidad ésta que se halla acreditada en el proceso, y en el petitum del mismo se solicita se condene a los demandados, como poseedores de mala fe, a restituir al actor el inmueble vindicado y a pagarle los frutos percibidos "desde la fecha en que Manuel Higinio Salazar, entró a poseer también en forma clandestina y de mala fe", la posesión y títulos que han de tomarse en cuenta son los del citado Manuel Higinio Salazar, para enfrentarlos a los del actor.

3.—Está demostrado en el proceso que la posesión de Manuel Higinio Salazar sobre los dos lotes que forman el inmueble materia de la reivindicación se inició el 2 de enero de 1939, pues en esa fecha los adquirió por compra que de ellos hizo a Pedro Antonio Guzmán, por medio de la escritura número 2, otorgada en la Notaría 3ª de Cali y registrada el 10 de ese mismo mes. En dicho instrumento expresa el vendedor Guzmán que "es dueño de una finca rural, con sus mejoras correspondientes, situada en el 'Remolino', en el indiviso del mismo nombre, en jurisdicción de Florida, la cual se encuentra dividida en dos lotes"; que "transfiere a título de venta real y en perpetua enajenación al otorgante Manuel Higinio Salazar, la referida finca con todas sus dependencias, cercos, mejoras, anexidades, servidumbres activas y cultivos, sin reservarse parte o cosa alguna, con el objeto de consolidar en el adquirente el verdadero dominio de las mejoras y del suelo para la explotación económica de unas y otros"; y que desde esa fecha le hace entrega real de la finca al comprador con sus mejoras y

anexidades. El comprador Salazar declara, a su vez, que ha recibido "la propiedad, las fincas y derechos, declarándose en posesión de lo comprado".

4.—Trátese o no de una enajenación a non dómimo, lo cierto es que el comprador Salazar entró a poseer el inmueble referido el 2 de enero de 1939, pues en esa fecha se conjugaron en él los dos elementos que, según el artículo 762 del Código Civil, configuran la posesión: la tenencia material de una cosa determinada y el ánimo de señor y dueño. Dados los términos en que se hallan concebidas las cláusulas que se dejaron transcritas, no puede abrigarse la menor duda de que la venta recayó sobre el suelo y las mejoras, no sobre estas exclusivamente, pues allí se expresa que la enajenación se llevó a cabo "con el objeto de consolidar en el adquirente el verdadero dominio de las mejoras y del suelo, para la explotación económica de unas y otros". (Se subraya).

Concurren a demostrar la posesión material del comprador Salazar sobre el inmueble prenombrado, a partir del 2 de enero de 1939, los testimonios contestes y responsivos de Miguel Altamirano, Ramón Valencia, Manases Calcedo, Apolinar Medina y Faustino Medina, trasladados a este proceso del ejecutivo que ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira promovió Manuel D. Serrano contra el aquí demandante Adolfo Camacho a que alude el Tribunal en su sentencia, los cuales fueron recibidos, a petición de los demandados en el presente juicio, en el incidente de levantamiento del secuestro del inmueble trabado en esa ejecución y que es el mismo que en este proceso se pretende reivindicar. Y la corroboran la escritura 2856 de 5 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaría 3ª de Cali por medio de la cual Manuel Higinio Salazar aportó a la sociedad "Ingenio El Retiro Salazar & Cía. Ltda." el inmueble mencionado, en propiedad, y le hizo entrega material del mismo, según se expresa en la cláusula XXI, y la 227 de 26 de octubre de 1951, pasada ante el Notario de Florida, mediante la cual se disolvió y liquidó dicha sociedad, y se adjudicó el mismo inmueble a Manuel Higinio Salazar, el cual declaró

"haber recibido la propiedad, constituirse en su poseedor material, aceptar para sí y en su beneficio la adjudicación y declaraciones que se le hacen".

5. — Visto como está que la posesión y títulos de la parte demandada tuvieron su inicio el 2 de enero de 1939, incumbía al demandante aportar un título anterior a esa fecha para que su pretensión fuera acogida. Acontece, empero, que no cumplió aquél su carga probatoria, pues no obstante que en la demanda afirmó la existencia de una cadena de títulos que comienza con la escritura 894 de 3 de julio de 1951, otorgada en la Notaría 1ª de Palmira, y que se remonta hasta el año de 1932, dejó sin acreditar el segundo eslabón de la misma, como se pasa a ver.

En el libelo se afirma, en efecto, que Adolfo Camacho es dueño de los lotes de terreno que reivindica por haberlos adquirido por compra a Julio Pizarro, mediante la escritura 894 precitada; que Julio Pizarro los adquirió por adjudicación que de ellos se le hizo en la diligencia de remate llevada a cabo el 30 de junio de 1938, en el ejecutivo adelantado por él contra Adolfo y Juan Jacobo Camacho en el Juzgado Civil del Circuito de Palmira; que éstos los adquirieron por compra hecha a Abigañ Camacho v. de Vidal mediante la escritura 537 de 18 de junio de 1934, pasada ante el Notario 1º de Cali; y que Abagañ los adquirió de José Miguel López por medio de la escritura 492 de 12 de julio de 1932, de la Notaría 2ª de Cali. Y si bien es cierto que el demandante allegó al proceso copia debidamente registrada de las escrituras antes mencionadas, no adujo, sin embargo, copia auténtica de la diligencia de remate mediante la cual Julio Pizarro habría adquirido los lotes de terreno que luego vendió a aquél y, por consiguiente, al no estar probado el eslabón que según la demanda debía unir el título de adquisición del actor con los de sus antecesores, la titulación de aquél queda reducida única y exclusivamente a la escritura 894 de 3 de julio de 1951. Tal título, empero, por ser posterior en doce años a la fecha en que la parte demandada entró en posesión del inmueble que se pretende reivindi-

car, es ineficaz para desvirtuar la presunción de dominio que por virtud del artículo 762 del C. C. milita en favor del poseedor, y, por lo mismo, la pretensión del reivindicante resulta impropia.

7.—Si, como lo establece el artículo 1052 del Código Judicial, “la diligencia de remate y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública, y, por tanto, si se trata de inmuebles u otra cosa cuya tradición requiere registro, debe inscribirse en la respectiva oficina”, la prueba de haberse adquirido el dominio de un bien raíz mediante adjudicación hecha por el Juez en subasta pública, ha de ser necesariamente la copia auténtica de tales actos con la correspondiente nota de registro. La certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre el hecho de haberse inscrito la diligencia de remate y su auto aprobatorio no constituye prueba idónea del derecho de dominio adquirido en esa forma, a menos que se de alguno de los supuestos previstos en el artículo 2675 del Código Civil, que a la letra dice: “Cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública, se admitirá como prueba supletoria de dicho título (se subraya) la certificación que expida el Registrador acerca del punto o los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original perdido: esta certificación no la dará el registrador sino por orden de la autoridad competente”.

Lo cual quiere decir que las certificaciones del Registrador son, por regla general, “prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual solo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida” (CI, 100); y que excepcionalmente suplen el respectivo título en las hipótesis contempladas en el artículo 2675 prenombrado. En el caso que se examina no se acreditó la ocurrencia de alguno de los hechos previstos en dicha

norma como supuestos de su aplicación, y por consiguiente, no puede admitirse la certificación del Registrador que obra en autos como prueba supletoria de la diligencia de remate a que se hizo referencia y del auto que la aprobó.

8.—Síguese de lo dicho que el demandante no cumplió la carga de demostrar que su derecho de dominio sobre el inmueble litigado, es, anterior a los títulos y posesión de los demandados, y que, consecuentemente, al no estar acreditado el primero de los elementos axiológicos de la acción de dominio ejercitada en la demanda, las súplicas que en ella se formulan deben ser denegadas.

El rechazo de la pretensión del demandante releva a la Corte, como es obvio, del estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada.

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 fechada el cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y como juzgador de instancia revoca la del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, fechada el diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), y en su lugar, resuelve:

Primero.—Niéganse las peticiones de la demanda de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

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

Tercero.—No se condena en las costas de la segunda instancia ni del recurso de casación.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediél Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

ARENDA MIENTO

Costas.—No son materia de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, siete de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta N° 54 de 30 de junio de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de enero de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de Hipólito Alzate Z. contra Manuel Antonio Sierra Madrid.

El Litigio.

En libelo repartido al Juzgado 4° Civil Municipal de Medellín, Hipólito Alzate Z. demandó a Manuel A. Sierra Madrid a afecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1°—Que el demandado incumplió el contrato de arrendamiento celebrado con el demandante el 20 de febrero de 1963, referente al inmueble denominado "Hacienda de San Diego", al segregar una parte considerable y muy valiosa de dicha finca para entregársela a un tercero, con lo cual privó al actor del disfrute y explotación económica de la misma, antes del vencimiento del contrato.

2°—Que, en consecuencia, se reajuste el canon de arrendamiento que se había pac-

tado en el contrato, y se señale el que corresponda.

3°—Que el demandado está obligado a resarcir al demandante todos los perjuicios resultantes de su incumplimiento "en la cuantía que se demuestre y tase pericialmente durante el juicio".

Como fundamento de su pretensión afirma, en síntesis, el actor, que por documento privado suscrito en Medellín el 20 de febrero de 1963, Manuel A. Sierra Madrid le dio en arrendamiento tres lotes de terreno, debidamente determinados por su ubicación y linderos, que formaban un solo globo denominado "Hacienda San Diego"; que tomó en arrendamiento esa finca para explotarla con cultivos agrícolas, principalmente de caña de azúcar; que se acordó como término de duración del arriendo cinco años contados a partir del 1° de marzo de 1963, y como canon mensual la cantidad de \$ 7.500.00; que por escritura 2.766 de 30 de septiembre de 1964, otorgada en la Notaría 7ª de Medellín, el arrendador Sierra vendió a "Enka de Colombia S. A." dos extensas parcelas de la finca arrendada, que constituían la parte más valiosa y productiva de la misma; que por escritura 4.687 de 7 de octubre de 1964, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín, Sierra Madrid vendió al demandante "la mitad indivisa del resto del inmueble que seguía siendo suyo, después de la venta a ENKA", y el segundo la vendió luego a León Londoño, según escritura 821 del 8 de noviembre siguiente, extendida ante el Notario de Girardota; que el demandante dió su asentimiento para

que Sierra Madrid llevara a cabo esas enajenaciones, siempre y cuando que se reajustara el canon de arrendamiento y que le reembolsara las inversiones hechas en el sector enajenado a ENKA, nada de lo cual cumplió el demandado; que la reducción cuantitativa y cualitativa del inmueble arrendado, así como la perturbación o embarazo que le causó el arrendador, son definitivos e irreversibles, y dan pie al actor para "impetrar la rebaja del precio o renta, en proporción a la merma de utilidad de la cosa fructuaría, y para exigir indemnización por los perjuicios derivados de la violación parcial del contrato, por el arrendador".

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición del demandado, el Juzgado desató la litis en sentencia de 21 de julio de 1966, mediante la cual denegó las peticiones de la demanda y condenó en costas al actor, el cual apeló de esa resolución. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 31 de enero de 1967, por medio de la cual el Tribunal revocó la del a-quo y en su lugar dispuso:

"1º—Redúcese el canon de arrendamiento que debe pagar el señor Hipólito Alzate al señor Manuel Antonio Sierra y en relación con el contrato de arrendamiento suscrito el día 20 de febrero de 1963, a la suma de \$ 2.500.00 (dos mil quinientos pesos).

"2º—Desestímase la súplica relativa a perjuicios".

Contra esta decisión, en lo que le fue desfavorable, interpuso el demandante el recurso de casación de que conoce la Corte y que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Para los efectos del recurso extraordinario solo interesa conocer la motivación de la sentencia recurrida, muy breve por cierto, que sirve de fundamento a la decisión denegatoria de la súplica referente a la indemnización de perjuicios. Reza así:

"En relación con los perjuicios solicitados la Sala considera:

"Hay confesión plena de que las partes estuvieron de acuerdo en las ventas, inclusive en la realizada a Enka de Colombia, el actor sirvió de exitoso intermediario y todo se llevó a cabo con su aceptación expresa, luego solo podría pensarse en la interpretación de la cláusula 10ª sobre participación en el mayor valor de las ventas, lo que está sub-judice, según consta en el juicio.

"La cláusula 12 del contrato excluye las mejoras y las contraprestaciones se rigen por las interpretaciones de las 10 y 11 del mismo contrato, todo lo cual descarta condenación en perjuicios en este juicio, lo que no implica que el actor pueda en juicio separado reclamar y probar los perjuicios o establecer la acción pertinente".

La Demanda de Casación.

Formúlanse en ella dos cargos a la sentencia del Tribunal: por incongruencia el primero, y por violación directa de la ley sustancial el segundo, que se examinan en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

La falta de consonancia entre la sentencia impugnada "con las pretensiones oportunamente deducidas" por el actor, hácela consistir el recurrente en el hecho de haber omitido pronunciarse el Tribunal sobre la condena en costas al demandado, no obstante que en el libelo incoativo del juicio se pidió expresamente esa condena en caso de que hiciere infundada o temeraria oposición a la demanda.

Se considera:

En forma reiterada ha dicho la Corte "que la cuestión relativa a la condenación en costas no puede ser materia que se debata y discuta en casación, cuyo principal fin es el de rectificar cualquier agravio inferido a la ley sustancial en su aplicación y uniformar la jurisprudencia nacional" (LII, 775; LXXIV, 48; LXXVIII, 51), y en

consecuencia ha desechado los cargos que se fundan en la circunstancia de haber hecho condena en costas u omitido hacerla el Tribunal en su sentencia.

En casación del 4 de julio de 1958, se dijo:

“Siendo las costas un factor secundario en la secuela del juicio o una simple consecuencia procesal, extraña en rigor a los extremos materia de controversia, el reparo que se haga a una sentencia por este concepto, no da cabida a la casación, cuyo recurso extraordinario se halla de acuerdo con nuestro régimen procedimental regulado por un ordenamiento jurídico de carácter taxativo”. (LXXXVIII, 524).

Cabe agregar a lo dicho que según el artículo 2º del Decreto 243 de 1951, el sentenciador debe condenar en costas al litigante vencido, aunque no se le pida; y que en caso de acogimiento parcial de la demanda puede no hacer condenación en costas o hacerla parcialmente. No puede, por tanto, tacharse de incongruente el fallo que condena en costas a la parte vencida sin que tal condena le hubiera sido solicitada, dada la facultad que la ley le confiere al juez para hacerla de oficio; ni el que se abstiene de hacerla cuando ha habido acogimiento parcial de la demanda, dado el poder discrecional de que en tal caso goza el sentenciador para no imponer la condena en costas o para imponerla parcialmente.

Como en el caso que se examina el Tribunal acogió parcialmente la pretensión del demandante, podía legalmente no hacer condenación en costas, sin pecar por ello de insonancia.

Se Rechaza el Cargo.

Cargo Segundo.

Acúsase en él la sentencia de segundo grado por haber incurrido el Tribunal, según el recurrente, en “error in iudicando, respecto a perjuicios, debido a que el fallo es violatorio de la ley sustancial o sustantiva, no sólo por aplicación indebida sino por interpretación errónea”.

A intento de fundar la censura que le atribuye al sentenciador aplicación indebida de la ley, dice el censor que “el H. Tribunal acogió la aplicabilidad a esta litis de los artículos 1982 y 1990 del C. Civil, y no la del 1988”; que por hallarse probadas en el proceso las transferencias parciales hechas por el arrendador, reajustó aquél el canon de arrendamiento en la tercera parte de su valor primitivo, pero que incurrió “en un yerro jurídico manifiesto al evaluar en forma excesiva los alcances estrictos del convenio contenido en las cláusulas 10 a 12 del contrato en mención, y concluir que esas cláusulas descartan condenación en perjuicios en este juicio, lo que no implica que el actor pueda en juicio separado reclamar y probar los perjuicios o establecer la acción pertinente”; que las enajenaciones hechas por el arrendador de porciones del inmueble arrendado le causaron al demandante perjuicios que deben serle reparados, y con los cuales nada tiene que ver la supuesta renuncia contractual al derecho de reclamar mejoras. Hace algunas consideraciones a este respecto y concluye así:

“Resulta, pues evidente que el H. Tribunal Superior de Medellín, al tomar pie en hechos claros, ostensibles e indiscutidos (el contrato, las enajenaciones anticipadas, la comisión de cuantiosos perjuicios al actor), incurrió, sin embargo, en incorrecta apreciación de las cláusulas finales del pacto. Ello lo indujo en error manifiesto de hecho, al entender que las normas reguladoras de la opción, operante tan solo al vencimiento normal del contrato, podían regir sobre contingencias sorpresivas del arrendamiento, debidas a incumplimiento notorio y deliberado del arrendador durante el transcurso del plazo. Ese yerro de hecho incidió o determinó al Tribunal para abstenerse de aplicarle al caso controvertido, como debió y pudo hacerlo, las luminosas previsiones de los artículos 1982, 1986, 1990 del C. civil. Ejerció pues, efectiva influencia sobre la parte resolutive de la sentencia, ya que la apreciación incorrecta del contrato de opción ocasionó que el aquem denegara la justiciera solicitud indemnizatoria del demandante”.

Se refiere luego el recurrente a la parte del cargo que denuncia interpretación erró-

nea de la ley, y con el propósito de fundarlo expresa:

“La sentencia acusada adolece de un grave defecto interpretativo de la ley sustancial, al proclamar, como primer fundamento de su denegación de perjuicios, lo siguiente: puesto que las partes confiesan sin ambages ‘que estuvieron de acuerdo en las ventas, inclusive en la realizada a Enka de Colombia, el actor sirvió de exitoso intermediario y todo se llevó a cabo con aceptación expresa, luego sólo podría pensarse en la interpretación de la cláusula 10ª sobre participación en el mayor valor de las ventas, lo que está sub-judice, según consta en el juicio”.

Agrega que “el H. Tribunal Superior de Medellín, basándose en hechos protuberantes y claros, como la mediación y el consenso previo del demandante para las enajenaciones parciales y anticipadas de la Hacienda San Diego, extrajo de ahí la errónea conclusión de que los efectos de este negocio, no sólo en cuanto a la opción sino respecto al arrendamiento, deben ser regulados por el sistema de la cláusula 10ª del contrato ameritado. Craso error de derecho —dice—, consistente en evaluar mal la prueba de confesión y la indiciaria sobre forzosa cooperación del actor en las operaciones del demandado para aplicarle a sus consecuencias, una disposición legal totalmente inadecuada, o para abstenerse de aplicar los preceptos invocados, por errónea interpretación sobre hechos cabalmente demostrados”.

De donde concluye el censor que “la sentencia impugnada denegó, por notorio error de derecho emanado de la incorrecta apreciación de la prueba sobre hechos positivos, la súplica del actor sobre indemnización de perjuicios”, y que, en consecuencia, “infringe la ley sustancial aducida en respaldo de tal solicitud: arts. 1612 y ss. y 2019 del C. Civil”.

La Corte Considera:

1. — Por lo que atañe a la primera parte del cargo, referente a la aplicación indebida de la ley sustancial, cabe destacar, ante

todo, la manifiesta contradicción en que incurre el censor al formularlo, pues luego de notar que el sentenciador “acogió la aplicabilidad a esta litis de los artículos 1928 y 1990 del Código Civil, y no la del 1988”, expresa que el error de hecho en que incurrió aquél al interpretar las cláusulas finales del contrato de arrendamiento celebrado entre demandante y demandado, “determinó al Tribunal para abstenerse de aplicarle al caso controvertido, como debió y pudo hacerlo las luminosas previsiones de los artículos 1982, 1986 y 1990 del C. Civil”, si el sentenciador aplicó a la especie litigada los artículos 1982 y 1990 del Código Civil, según lo dice el censor mal pudo abstenerse de aplicarlos y, en consecuencia, la censura debe desecharse en lo que a la infracción de tales normas respecta, por violar el principio lógico de contradicción.

2.—La inconformidad del recurrente con el fallo del ad-quem se contrae, según se dejó visto, a la decisión del mismo por la cual desestimó la súplica de la demanda en la que se impetró la condena al demandado a resarcirle al actor “todos los perjuicios resultantes de su incumplimiento contractual ameritado”, o sea los provenientes de las enajenaciones parciales que hizo el arrendador del inmueble dado en arrendamiento al demandante. De consiguiente, el reparo habría tenido que formularse no por aplicación indebida de preceptos sustanciales, sino por falta de aplicación al caso controvertido de los que tutelan el derecho reclamado por el actor y que le fue denegado por el Tribunal.

3.—Como normas que habría infringido el sentenciador por falta de aplicación, cita el recurrente los artículos 1986 y 1988 del C. C., pero sin decir cuáles son las razones que en su sentir existen para que hayan de aplicarse tales preceptos al caso litigado, contrariando así el mandato del artículo 63 del Decreto 528 de 1964 de que se exprese en la demanda de casación “la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella”. Para la viabilidad del cargo que denuncia infracción de ley sustancial en una cualquiera de sus tres especies —falta de aplicación, aplicación in-

debida o interpretación errónea—, no basta que el censor cite la norma que en su concepto fue violada, sino que es indispensable, además, que explique en qué consiste su violación.

4.—Pero dejando de lado esta falla de índole técnica, lo cierto es que los artículos 1986 y 1988 del C. C. regulan supuestos totalmente distintos del contemplado en el caso sub-lite y, por ende, el Tribunal no tenía por qué aplicarlos. El 1986, en efecto, estatuye que el arrendador no podrá sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle su goce, salvo que se trate de reparaciones que no puedan diferirse sin grave inconveniente, caso en el cual el arrendatario está obligado a sufrirlas; pero tendrá derecho a que se le rebaje proporcionalmente la renta, e inclusive a dar por terminado el arrendamiento si lo privan del goce de parte considerable de la cosa arrendada. Tiene derecho además, según este precepto, “para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla”. Como en el caso sub-lite no demanda el actor pago de perjuicios en razón de reparaciones hechas al inmueble arrendado, que lo hubieran privado del goce de parte del mismo, sino de enajenaciones hechas por el arrendador de parte del bien arrendado, el artículo 1986 precitado no le es aplicable.

5.—El 1988 que regula las perturbaciones de hecho y de derecho causadas al arrendatario por terceros, establece que el arrendador no es responsable de los daños que aquellos le causen al arrendatario por vías de hecho. Y atinente a las de derecho estatuye que si el arrendatario es turbado en su goce “por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa de este derecho hubiere sido anterior al contrato” (se subraya), puede exigir aquél disminución proporcionada en el precio de la renta, e inclusive la cesación del arren-

damiento si se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada que sea de presumir que sin esa parte no hubiera contratado. “Además —reza el precepto—, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella”. En el caso de este proceso se trata del derecho adquirido por un tercero con posterioridad al contrato, y que lo fue no solo con conocimiento del arrendatario sino con su expreso consentimiento. Por consiguiente, siendo ese supuesto de hecho fundamentalmente distinto del contemplado en el artículo 1988 prenombrado, no podía serle aplicado.

6.—Tiénese, por tanto, que aún en el caso de que el Tribunal hubiera incurrido en el error de hecho que se le atribuye en la censura, ésta carecería de fuerza impugnativa puesto que el Tribunal no infringió, por falta de aplicación, los artículos 1986 y 1988 del Código Civil, señalados en el cargo, desde luego que ellos regulan supuestos distintos al del caso litigado. Lo cual significa que la censura en estudio es infundada y, por lo mismo, debe rechazarse.

7.—El segundo motivo de la impugnación denuncia errónea interpretación de los artículos 1612 y siguientes del Código Civil, a causa del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al valorar “la prueba de confesión y la indiciaria sobre forzosa cooperación del actor en las operaciones del demandado”.

Manifiesta es la falta de técnica de que adolece este motivo de impugnación, pues es bien sabido que por la vía indirecta no es de recibo el cargo de violación de ley sustancial en su especie de errónea interpretación, ya que ésta no obedece a desaciertos del sentenciador en el campo de las pruebas, sino en el del entendimiento de la norma. No son, por tanto, admisibles en el recurso extraordinario las censuras que, como la que se estudia, denuncian interpretación errónea de ley sustancial a causa de yerros de apreciación o de valoración pro-

batoria. Y de otra parte, no cita el censor, como es de rigor tratándose de un cargo por error de derecho, las normas de disciplina probatoria que habría infringido el Tribunal.

El cargo es impróspero.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha treinta y uno (31) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Hipólito Alzate Z. contra Manuel Antonio Sierra Madrid.

Costas 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 Cediél Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta N° 52 de 23 de junio de 1970).

I. - Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores Aristides Mendoza llamó a juicio ordinario a Mardoqueo Vargas, en solicitud de que en sentencia definitiva se declarase que pertenecen al primero "como actual representante de la sucesión del Dr. Aurelio Acosta, en los términos de la escritura N° 462 de diciembre 16 de 1948 el dominio pleno y absoluto de la finca denominada "Rusa" ubicada en jurisdicción del municipio de Zetaquirá, vereda Guanatá Arriba y cuya alinderación general es la siguiente: (aquí los linderos)"; que como consecuencia de la declaración anterior, se condenase al demandado a restituir la porción del inmueble antes singularizado que se determina por sus linderos en el hecho 3° de la demanda, junto con sus frutos, considerando al demandado como poseedor de mala fe.

Afirmó el actor en sustentación de sus peticiones los siguientes hechos, que se sintetizan en lo pertinente: que la finca objeto del presente juicio la adquirió el actor por compra a todos los herederos en la sucesión del Dr. Aurelio Acosta, en los términos de la escritura N° 462 arriba citada; que "la escritura a que se alude es la venta de derechos y acciones hecha por Antonio Ramírez con poder de los herederos y es

por tanto para dicha sucesión y a nombre de Aristides Mendoza actual dueño de ese terreno para quien reivindico..."; que el demandado disputa el dominio al actor, y se introdujo clandestinamente al inmueble reivindicado, so pretexto de que el padre del demandado tuvo la calidad de arrendatario primero del Dr. Aurelio Acosta, y luego del actor.

El demandado se opuso a las peticiones de la demanda, negó los hechos en que dijeron fundarse éstas, y puso de presente su condición de tenedor de los terrenos reivindicados, como arrendatario de los sucesores de Nicolás Montejo, cuestión esta que dió lugar a incidente de excepciones dilatorias decidido adversamente al excepcionante. También propuso el demandado al contestar la demanda las excepciones de prescripción, petición de modo indebido, ilegitimidad de la personería y la innominada de que trata el artículo 343 del C. J. . . .

Por sentencia de fecha 15 de mayo de 1964 el Juzgado a-quo finalizó la primera instancia acogiendo las peticiones de la demanda, declarando no probadas las excepciones propuestas por el demandado, y reconociendo en favor de éste el derecho a mejoras. Apelada esta sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja la revocó mediante la suya de 30 de junio de 1965, y en su lugar absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

II. - Al motivar su decisión consideró el Tribunal que el demandante obraba en su condición de cesionario de los derechos que a herederos del Dr. Aurelio Acosta corres-

pondieran en la sucesión de éste, y que era para dicha sucesión que reivindicaba; que mediante la escritura de cesión respectiva, los herederos en referencia vendieron al actor sus derechos herenciales vinculados en dos inmuebles, entre ellos el denominado "Rusa" mencionado en la demanda; y que el adquirente de derechos hereditarios vinculados a un bien determinado, no puede reivindicar éste para sí, antes de que se le adjudique en la partición, pero sí puede reivindicarlo para la sucesión en su condición de cesionario de los derechos de los herederos. Para agregar luego lo siguiente:

"En este caso se pidió para la sucesión del Dr. Aurelio Acosta, con base en la cesión de los derechos que sobre un bien sucesoral tenían o tienen los herederos. Pero como no se pidió ni se adujo prueba alguna que demostrara la existencia de dicha sucesión y la calidad de herederos que en la misma tuvieran los cedentes de los derechos y acciones sobre un determinado cuerpo cierto, ni tampoco que éste formara parte de dicha sucesión, por estar en cabeza del de cujus el dominio, no se ha demostrado el requisito esencial de la legitimación para poder ejercitar el derecho alegado en la demanda". Y termina diciendo que si se interpretara que la acción se ejercitó en nombre del demandante, tampoco podría prosperar porque "se trata de la compra de derechos y acciones en una sucesión aún no liquidada y por lo mismo sin posibilidad de saber si tales derechos se adjudiquen al demandante, mientras no venga la partición".

III. - Contra la anterior sentencia interpuso la parte demandada el recurso de casación que ahora se decide, el cual en la demanda respectiva quedó concretado en un solo cargo formulado con base en la causal primera de casación, por violación directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 330, 343, 445, y 448, 2º del C. Judicial, y quebrantamiento al través de éstos de los artículos 946, 947, 948, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 967, 968, 969, 970 y 971 del C. C., por aplicación indebida.

En sustentación del cargo dice el recurrente que el fallo acusado viola el artícu-

lo 26 de la Constitución Nacional, pues este precepto establece que nadie será juzgado sino de conformidad con las normas propias de cada juicio, y en tal virtud todo sentenciador antes de pronunciar fallo de mérito debe examinar si se dan "los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico procesal", pues se trata de condiciones previas indispensables para que pueda proveerse en el fondo. Expresa más adelante que en el presente caso no se podía dictar sentencia de mérito, sino apenas un fallo inhibitorio, "desde luego que no se entró a decidir sobre la existencia del derecho reclamado por el actor", ya que el Tribunal encontró que habiéndose demandado para la sucesión del Dr. Aurelio Acosta, y por un cesionario de derechos hereditarios vinculado a bienes singulares de esa sucesión, no se demostró la existencia de dicha sucesión, ni la calidad de herederos en la misma de quienes cedieron sus derechos al actor, ni tampoco que el inmueble cierto al cual se vincularon los derechos cedidos fuera de la sucesión. A la falta de esa prueba fue a lo que el Tribunal calificó de inexistencia de legitimatio ad causam activa; pero considerando que esta constituye un presupuesto de la acción, y no un presupuesto procesal como en realidad es, tal error lo llevó a dictar sentencia de mérito, en vez de proferir la inhibitoria como debe ser cuando falta un presupuesto procesal, a propósito de lo cual transcribe una Doctrina de la Corte.

Pasa luego la censura a transcribir otra doctrina de la Corte en la cual se sostiene que lo relativo a la prueba de la existencia de una sucesión para la cual se ejercita una acción, constituye cuestión atinente a los presupuestos procesales y no a las condiciones de la acción, y cómo por lo mismo la falta de dicha prueba, al implicar ausencia de un presupuesto procesal, lleva a sentencia inhibitoria y no de mérito. Y siguiendo el censor las pautas de la doctrina que se acaba de mencionar, destaca que la capacidad para ser parte y la capacidad procesal son presupuestos procesales, y que en el presente caso era indispensable, para que se pudiera fallar a fondo, determinar quien era la parte actora, para establecer si se encontraba satisfecho el primero de

los presupuestos dichos. Agrega a este respecto que aquí la parte actora no es otra que la sucesión del Dr. Aurelio Acosta, que es para quien demanda Aristides Mendoza diciéndose representante de dicha sucesión en calidad de cesionario de derechos hereditarios en ella; pero que la existencia de tal sucesión no está acreditada, porque al juicio no se ha traído la prueba pertinente de ello, de donde resulta que "el presupuesto procesal capacidad para ser parte, no está acreditado en el proceso", así como también está ausente el presupuesto capacidad para comparecer en juicio, pues tampoco está acreditado en autos que quienes cedieron sus derechos al demandante Aristides Mendoza, fueran hijas legítimas del causante Dr. Aurelio Acosta.

IV. - En relación con el cargo extractado, se considera:

De la sentencia acusada se desprende con toda claridad que el Tribunal motivó su decisión absolutoria en la circunstancia de no estar acreditada la legitimación para ejercitar el derecho alegado en la demanda, pues habiéndose deducido en favor de la sucesión del Dr. Aurelio Acosta la pretensión reivindicatoria allí contenida, no se demostró, dice el sentenciador, la existencia de dicha sucesión, ni la calidad de herederos que respecto de la misma tuvieran quienes cedieron sus derechos de tales al demandante Aristides Mendoza, ni que el bien al cual se vincularon los derechos así cedidos del que forma parte el inmueble reivindicado, fuera de aquélla sucesión.

El recurrente, de su lado, impugna ese razonamiento del Tribunal, tachándolo de equivocado porque, argumenta, implica confusión entre lo que son los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, ya que la prueba que el Tribunal echó de menos se refería a aquéllos y no a éstas, por lo cual lo que procedía no era proferir sentencia de fondo, como fue la que se profirió, sino sentencia inhibitoria. Y aunque la censura dice unas veces que la prueba faltante se refiere a la legitimación en causa de la parte actora, y otras a la capacidad para ser parte de la misma, lo cierto es que

de todos modos considera que tanto aquélla como esta constituyen presupuestos procesales, es decir, requisitos previos indispensables para que se pueda dictar sentencia de mérito en un proceso determinado.

Así planteado el parangón entre la sentencia de segunda instancia y la censura en casación, no se remita a dudas que tal situación corresponde a la misma que afrontó la Corte en sentencia de 21 de julio de 1959 (G. J. T. XCI, Nº 2.214, p. 50 y ss.), en la cual sentó doctrina, reiterada posteriormente en sentencia de 2 de julio de 1965, juicio de Isabel o Isabelina Restrepo Alvarez de Arboleda contra sucesión de Francisco Eladio Restrepo Mesa, en el sentido de que la calidad de heredero con que se demande o en que se sea demandado en un juicio, y correlativamente con ello, se agrega ahora, la existencia misma de la sucesión respecto de la cual se tenga esa calidad, son cuestiones atinentes al presupuesto procesal capacidad para ser parte; y que, por consiguiente, la falta de prueba acerca de esas circunstancias cierra la posibilidad de que se dicte sentencia de mérito, siendo viable apenas una inhibitoria.

En efecto, la Corte en la sentencia primeramente citada, luego de poner de presente que no son personas jurídicas ni la sucesión por causa de muerte, ni la masa de bienes del ausente, ni la del concursado civil, ni la del que está por nacer, ni la herencia yacente; y de transcribir, por otra parte, opiniones del tratadista Enrico Redenti, según las cuales quienes obran procesalmente para tales patrimonios no se puede decir que lo hagan en nombre propio, porque ellos no responden personalmente, ni en nombre de otro, ya que tras ellos no hay una persona natural o jurídica, de suerte que en tales casos "surge más bien un *terfium genus*, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido en calidad particular de tal", dijo lo siguiente:

"Es decir, que en los casos previstos, y concretamente en el de la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una en-

tividad, que carece de personería jurídica, sino por la calidad de herederos de que están investidos, y que desde luego debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado, que existe una tercera categoría, dentro del presupuesto procesal capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se habla venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencia de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material”.

Quiere decir, entonces, que si en el caso de autos el Tribunal sentenciador, habiendo hallado que no estaba demostrada la existencia de la sucesión para la cual se pidió la reivindicación materia de la demanda, ni que quien promovió el juicio como cesionario lo fuera de personas que tuvieran vocación hereditaria respecto del causante aludido, ha debido deducir de allí la ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte, por activa, y en tal virtud abstenerse de decidir en forma que implicara pronunciamiento acerca de la cuestión sustancial materia del debate contenido en el juicio. Sin embargo, no fue en la forma indicada como procedió el Tribunal, sino que al resolver en la sentencia acusada que el demandado quedaba absuelto de los cargos contra él formulados, fundándose en la ausencia de pruebas sobre las circunstancias atrás mencionadas, profirió un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones deducidas en la demanda destinado a adquirir fuerza material de cosa juzgada, y al cual, se repite, no permitían sino que por el contrario impedían llegar los mismos fundamentos invocados para adoptarlo.

Al tomar esa decisión, el Tribunal implícitamente puso en juego las disposiciones sustanciales de la acción reivindicatoria citadas como infringidas por el recurrente, pues la absolución del demandado, en la forma en que se profirió, supone la declaración de que dicho demandado es, respecto de la parte actora al menos, el propietario de la cosa reivindicada; y, recíprocamente, que dicha parte demandante no tiene el derecho de dominio que pretendió hacer valer en la demanda. Y como, según se ha dejado demostrado, no era procesalmente procedente una declaración con alcances como los indicados, quiere decir entonces que las disposiciones aludidas fueron tomadas en cuenta en el fallo acusado sin que hubiera lugar a ello, es decir, que se infringieron por haber sido indebidamente aplicadas.

Sea de oportunidad observar que no es de recibo en este cargo, formulado como se dejó dicho por la causal primera de casación, el reparo de haber sido quebrantado el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque por una parte las garantías procesales que tal principio consagra están amparadas en casación al través de la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, antes causal 6ª del artículo 520 del C. Judicial, y porque, por otra, no puede constituir un error in procedendo, que es el que se comete cuando se decide sobre un proceso afectado de nulidad, y por lo mismo el que ocasiona desatención, sea inmediata o mediata, del citado artículo 26 de la Constitución, sino un error in judicando, al aplicar disposiciones no aplicables al caso juzgado, como consecuencia de pronunciar sentencia de mérito cuando solo procedía sentencia inhibitoria.

Y conviene observar también, para refutar afirmaciones del opositor, que si bien el recurrente no acertó al señalar la norma vigente en la fecha de interpretación de la demanda consagratoria de las causales de casación, tal defecto no es bastante para desechar como inepta la demanda respectiva, pues ni la preceptiva legal sobre el recurso extraordinario, ni la lógica propia del mismo, exigen el acertado señalamiento de

dicha norma como requisito esencial para hacer viable la demanda de casación.

Habiéndose de casar el fallo acusado, como se deduce de lo expuesto atrás, la Corte habrá de dictar sentencia de instancia que sustituya la del Tribunal. Como fácilmente se comprende, las mismas razones determinantes de la casación indican por sí solas que la sentencia substitutiva habrá de consistir en el proferimiento del fallo inhibitorio a que conducían las premisas que el Tribunal adujo para proferir el de fondo fructuosamente acusado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el presente juicio ordinario promovido por Aristides Mendoza, en beneficio de la sucesión del Dr.

Aurello Acosta, contra Mardoqueo Vargas, y obrando como juzgador de instancia,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia dictada en este juicio por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores, y en su lugar declárase que no hay lugar a hacer pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones deducidas en la demanda;

2º Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediél Angel, Germán Giraldo Zuluaiga, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Legitimación en causa pasiva. — La declaración de renta del padre como medio de acreditar la filiación natural.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta Nº 54 de 30 de junio 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 Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Dolores Santana S., como representante legal de los menores Luis Felipe, Eudora o Aurora, Julia, Alberto y Fernando Santana, contra “la sucesión del señor Bernardo Hoyos Pardo, representada por el señor Hernando Hoyos Santana”.

En la demanda respectiva se solicitó que los mencionados menores fueran declarados hijos naturales de Bernardo Hoyos Pardo, y en tal virtud herederos de éste, y que como consecuencia de ello “carece de todo valor y efecto legal el reconocimiento de heredero del causante Hoyos Pardo, hecho a favor de su sobrino Hernando Hoyos Santana... en el juicio de sucesión del citado Hoyos Pardo...”, y el nombrado Hernando Hoyos Santana debe restituir a los actores los bienes pertenecientes a la sucesión de Hoyos Pardo que tenga en su poder, junto con sus frutos naturales y civiles.

Como hechos constitutivos de estas pretensiones se adujeron los que en segui-

da se sintetizan en lo pertinente: que desde el año de 1948 y hasta el 29 de marzo de 1962, María Dolores Santana y Bernardo Hoyos Pardo hicieron vida marital, conviviendo bajo un mismo techo; que como fruto de esas relaciones nacieron los menores Luis Felipe, Eudora o Aurora, Julia, Alberto y Fernando; que Bernardo Hoyos Pardo proveyó siempre al sostenimiento y educación de dichos menores, los trató con el cariño y las consideraciones propias de un padre, y consintió que llevaran su apellido, de modo que entre los familiares y el vecindario en general dichos menores fueron tenidos siempre como hijos de aquél; que en los libros de matrícula de los menores y en sus libretas de calificaciones, Hoyos Pardo firmó como padre de ellos, y que igualmente reconoció su paternidad en “su denuncia del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1957”; y que Hoyos Pardo murió el 29 de marzo de 1962, siendo soltero.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a lo pedido y negando los hechos en ella afirmados. Igualmente propuso varias excepciones, entre ellas la de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, la cual en alegato de primera instancia hizo consistir en que el demandado Hernando Hoyos Santana no era el único heredero del causante Hoyos Pardo, pues también lo era Ernesto Hoyos Santana, reconocido como tal en el juicio de sucesión.

El Juzgado a-quo, Noveno Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin a la primera

instancia acogiendo todas las peticiones de la demanda. A ese efecto declaró, entre otras cosas, que los menores en referencia tienen derecho a ser reconocidos en el juicio de sucesión de Bernardo Hoyos Pardo como herederos de éste, y que "cualquier reconocimiento que se haya hecho a persona distinta carece de valor legal".

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en todas sus partes mediante la sentencia objeto del recurso de casación que se decide.

La sentencia del Tribunal.

Luego de relacionar los antecedentes del litigio, entra el Tribunal a examinar los presupuestos procesales, y los encuentra debidamente establecidos. Refiriéndose especialmente sobre este particular a la personería sustantiva de la parte demandada, dice que la demanda "determinó la persona que debía sostener el debate como legítimo contradictor, esto es, aquélla que legalmente se encontraba representando la causa mortuoria de don José Bernardo Hoyos Pardo", y que por lo tanto Ernesto Hoyos Santana, quien intervino en el juicio para pedir su nulidad alegando no haber sido citado a él no obstante su condición de heredero del causante, carecía de interés jurídico para alegar falta de legitimación de la parte demandada, pues no fue demandado. "Por lo tanto, —concluye el sentenciador sus comentarios sobre este aspecto preliminar de su fallo— sigue considerando el Tribunal que en este proceso no concurre la falta de legitimación en causa de la parte demandada".

Pasando al examen de la cuestión de fondo, entra el fallador a estudiar la prueba de las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 invocadas en la demanda, con los siguientes resultados:

Respecto de la causal tercera, expresa que con la demanda se aportó la copia de la declaración de renta del causante por el año gravable de 1957 "mediante la cual reconoció como a sus hijos naturales a los

menores Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana", y dice que tal documento contiene una confesión inequívoca de paternidad del causante Hoyos Pardo respecto de dichos menores.

En cuanto a la causal cuarta, dice que la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Bernardo Hoyos Pardo y María Dolores Santana S. está demostrada en el proceso con las declaraciones de Agueda Martínez de Rodríguez, Luis María Rodríguez Silva, Arcadio Prieto, Carmen Triviño de Garzón, Bautista Martínez Ríos, José Antonio Garzón, Luis Alberto Rodríguez, Luis Vicente Pardo Riveros, María Elena Solera de Solera, Efraín Hoyos Hoyos, Elvira Hoyos de Hoyos y Eduardo Hoyos Cubides, testigos estos que en su conjunto dan razón de la vida marital seguida por aquéllos en la hacienda "Juna", municipio de La Calera, y de que de esa unión nacieron los menores Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto.

Y sobre la causal quinta expresa que la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, respecto de Bernardo Hoyos Pardo, está también acreditada con la misma prueba testimonial aducida para demostrar la causal cuarta legal de filiación.

Luego del anterior examen probatorio, que como se ve hace referencia a los menores Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, considera el Tribunal por separado el caso del menor Fernando, nacido el 14 de febrero de 1959, es decir, después de que los amantes habían trasladado su domicilio de la hacienda "Juna" en La Calera a la ciudad de Bogotá, y manifiesta que con las declaraciones de Efraín Hoyos Hoyos, Elvira Hoyos de Hoyos y Eduardo Hoyos Cubides se demuestra que Bernardo Hoyos Pardo y Dolores Santana continuaron su vida marital en Bogotá desde 1957 hasta cuando murió Hoyos Pardo, y que de esas relaciones estables y notorias nació Fernando.

Termina el Tribunal diciendo que ninguno de los hechos exceptivos propuestos por la parte demandada está acreditado.

La demanda de Casación.

Dos cargos formula la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, el primero por violación de ley sustancial, o sea por la causal primera de casación, y el segundo por incongruencia, o sea por la causal segunda. Dada la natural prelación lógica del propuesto como segundo, se estudia en primer término.

Segundo cargo.—“Basta leer las súplicas de la demanda y la parte resolutive del fallo de primera instancia confirmado sin modificación alguna por el Tribunal, —dice el recurso— para encontrar una inconsonancia manifiesta entre lo pedido y lo sentenciado”. Con el propósito de demostrar su aserto reproduce el recurrente las peticiones segunda y tercera de la demanda, en las cuales se solicitó la declaración de que los menores demandantes “son herederos del señor Bernardo Hoyos Pardo, con exclusión del nombrado Hernando Hoyos Santana”, y la de que carece de valor y eficacia el reconocimiento de heredero del causante Hoyos Pardo “hecho en favor de su sobrino Hernando Hoyos Santana... en el juicio de sucesión del citado Hoyos Pardo”, para concluir en seguida diciendo que “salta a la vista que el fallo comprendió más de lo pedido en la demanda, por cuanto las peticiones de ésta se hicieron con respecto al demandado Hoyos Santana, y el fallo se dictó respecto de toda otra persona distinta de los demandantes”.

Se Considera:

De la exposición del cargo resulta que la inconsonancia alegada se refiere a que habiéndose pedido en la demanda que los actores fueran declarados herederos del causante Hoyos Pardo, con mejor derecho que el único demandado Hernando Hoyos Santana, y que el reconocimiento de heredero en favor de éste fuera declarado sin valor legal e ineficaz, en la sentencia se dispuso que los citados actores tienen derecho a ser reconocidos como herederos de Hoyos Pardo, con el agregado de que “cualquier reconocimiento que se haya hecho a persona

distinta carece de valor legal”. La inconsonancia estaría, pues, en este agregado, que hace extensivos los efectos de dicho reconocimiento no solo al heredero demandado Hernando Hoyos Santana, sino en general a toda otra persona, es decir, erga omnes.

La incongruencia es manifiesta, porque ciertamente, la demanda se dirigió solo contra Hernando Hoyos Santana, en su condición de heredero del presunto padre Bernardo Hoyos Pardo, y en esas condiciones era apenas natural que las peticiones de la demanda se hubieran contraído como en efecto se contrajeron, a la persona de dicho, demandado; no obstante lo cual la sentencia acusada, rebasando los propios términos de la demanda, hizo con el agregado atrás transcrito una declaración con alcances relativos no solo al demandado sino a toda otra persona.

Mas si ello es así, también es cierto que el recurrente en casación carece de todo interés jurídico para impugnar por ese aspecto la sentencia acusada, pues si la incongruencia notada existe no en cuanto la declaración que la comporta vincula al recurrente, sino en cuanto tal declaración se hizo extensiva a otras personas distintas a él, ello significa que el error in procedendo cometido por el Tribunal no sería susceptible de afectar sino a esas otras personas, en ningún caso al recurrente mismo, que es el único a quien debió referirse esa declaración de la sentencia. En conclusión, al acusar en este caso el demandado recurrente por vicio de incongruencia, lo hace invocando razones que no tocan con él sino con terceros indeterminados, es decir, sin interés jurídico, como antes se observó.

Por supuesto que la circunstancia de que el cargo en examen no haya de prosperar por la razón anotada, no ha de implicar que la declaración del fallo viciado de incongruencia produzca efectos respecto de los terceros comprendidos por ella, toda vez que la eficacia erga omnes o inter partes de una sentencia es cuestión cuya regulación está reservada a la ley, y por lo tanto no

puede depender de lo que a ese respecto, disponga la sentencia misma. Así que si en el punto considerado la sentencia objeto aquí de impugnación incurrió en ultra petita al declarar sin valor legal no solo el reconocimiento que del demandado Hernando Hoyos Santana se hizo como heredero de Bernardo Hoyos Pardo en el juicio de sucesión de éste, sino también todo otro reconocimiento que en el mismo sentido y en favor de otras personas hubiere sido hecho en el citado juicio, a fuerza de decir mucho en cuanto a esto último no dijo nada en realidad, pues es obvio que conforme a principios generales de derecho procesal, a los cuales la ley no introduce excepción en un caso como el de que ahora se trata, una sentencia no puede producir efectos contra quien no fue parte en el juicio dentro del cual se profirió: ella es inoponible, pues, a terceros, con inoponibilidad que existe por sí misma con fuerza predominante sobre cualquier determinación en contrario que pueda contener la sentencia.

El cargo, pues, no prospera.

Primer cargo.—Se formula por violación indirecta de ley sustancial, a consecuencia de errores manifiestos de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba. Acusación ésta que el recurrente desarrolla en varios apartes, constitutivo en realidad cada uno de ellos de un cargo autónomo, por lo cual se estudiarán separadamente, en cuanto sea necesario, para hacer así más ordenada la exposición.

I. - Se le imputa en primer lugar al Tribunal error de hecho por haber expresado en su fallo que ninguno de los hechos exceptivos propuestos por la parte demandada está demostrado en el juicio, siendo así que en el expediente se hace visible la prueba plena del hecho en que se hizo consistir la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada propuesta en la contestación de la demanda, mejor precisada en el alegato de primer instancia presentado por esa misma parte, donde se expresó que no solo el demandado Hernando Hoyos Santana era heredero del causante Hoyos Pardo, sino también el señor Ernes-

to Hoyos Santana, reconocido como tal en el juicio de sucesión de aquél, no obstante lo cual éste no fue demandado ni citado a este juicio, habiendo debido serlo.

A folio 14 v. y 15 del cuaderno Nº 3, dice el recurrente, obra la copia del auto por medio del cual Ernesto Hoyos Santana fue declarado heredero de Bernardo Hoyos Pardo, en el juicio de sucesión de éste. Pero el Tribunal ignoró totalmente esa prueba, incurriendo en manifiesto error de hecho que lo llevó a afirmar inexactamente que no estaba probada la aludida excepción.

Estando acreditado, continúa exponiendo el recurso, que Ernesto Hoyos Santana también fue declarado heredero del causante Hoyos Pardo, "se pone de manifiesto que para obtener las declaraciones y condenas pedidas en la demanda no se demandó a todas las personas que integran la sucesión demandada como sujetos de la comunidad herencial". Y luego de argumentar, con base en los artículos 757, 776 y 1013 del C. C. que Hernando y Ernesto Hoyos adquirieron la posesión legal de la herencia desde el momento de la muerte del causante, continúa manifestando que si en un caso como el de autos la declaración de filiación natural confiere al hijo la calidad de heredero del padre, con exclusión de los hermanos de éste, "es de rigor legal que para obtener esta declaración se oiga y se venza en el respectivo juicio a todos los que van a quedar excluidos de la herencia con aquélla declaración".

Pasa luego el recurso a argüir que tratándose de una acción declarativa de paternidad natural, impera el principio de la indivisibilidad de la calidad de hijo natural respecto de las personas que deben ser sujeto pasivo de la acción, en el sentido de que "no se puede declarar que tal calidad se tiene respecto a una de esas personas y no se tiene respecto de las otras", lo que en el caso de autos significa, dice, que no se puede declarar que los actores son hijos naturales de Bernardo Hoyos Pardo respecto del demandado Hernando Hoyos Santana, y que no lo son respecto de otros sobrinos del mismo causante que no fueron deman-

dados. En tal caso, entonces, se trata de un litis-consorcio necesario.

En virtud del error de hecho a que atrás se hizo referencia, termina diciendo el recurrente, el Tribunal violó por aplicación indebida el artículo 4º de la ley 45 de 1936, en sus ordinales 3º, 4º y 5º, pues no habiendo sido demandados todos los herederos del causante, no podía hacerse la declaración de filiación que el fallo acusado hizo. Y violó también los artículos 757, 783 y 1.013 del C. C., a la vez que el 8º de la ley 153 de 1887, en relación con el 952 del mismo Código, por falta de aplicación.

Se considera:

Como se ve, el cargo se desenvuelve en torno a dos ideas centrales en que se condensa su esencia: de un lado, en que el Tribunal cometió error de hecho al haber omitido tener en cuenta la prueba obrante en autos de que Ernesto Hoyos Santana fue declarado heredero del presunto padre natural de los demandantes; y, de otro, en que si Ernesto Hoyos Santana tenía tal calidad, está acreditada entonces la que el recurrente llama excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, toda vez que la demanda fue dirigida únicamente contra Hernando Hoyos Santana, habiendo debido dirigirse contra todos los herederos del presunto padre, entre ellos el citado Ernesto Hoyos Santana.

Así las cosas, no ofrece mayor dificultad la demostración de que ninguna de las dos ideas centrales aludidas tiene consistencia, y que por lo mismo el cargo, en lo que respecta al punto concreto que se considera, no está llamado a prosperar.

En efecto, por lo que hace relación a la primera de las ideas mencionadas, no es cierto que el Tribunal haya ignorado la presencia en autos de la copia de la providencia por la cual Ernesto Hoyos Santana fue declarado heredero en la sucesión del causante Bernardo Hoyos Pardo. Así hay que deducirlo de una serie de consideraciones que el fallo acusado contiene, cuando al referirse a la legitimación en causa de la

parte demandada, se ocupa especialmente de la situación en que frente al presente proceso se encuentra Ernesto Hoyos Santana, haciéndolo en forma que no solo no permite suponer que el Tribunal hubiera ignorado la prueba que se dice pasada por alto, sino que la suposición que admite es la contraria, esto es, que sí percibió dicha prueba. No otra cosa resulta en verdad de la alusión que hace el Tribunal a la intervención de Ernesto Hoyos Santana en este juicio, cuando se presentó a pedir la nulidad de la actuación surtida en él, con base precisamente en que como heredero reconocido de Bernardo Hoyos Pardo no había sido citado al mismo ni emplazado; de la transcripción que allí mismo hace de pasos de la providencia que rechazó aquella petición de nulidad; de la consideración que el fallo hace acerca de que no habiendo sido demandado en este juicio el heredero Ernesto Hoyos Santana, carece de interés jurídico para actuar en él; y por último, de la conclusión final del Tribunal, claramente referida a la circunstancia exceptiva de no figurar aquí como demandado Ernesto Hoyos Santana, de que en el presente proceso no se da ningún defecto en lo que a la legitimación pasiva respecta.

Y en cuanto a la otra idea directriz del cargo, o sea la de que Ernesto Hoyos Santana también debió haber sido llamado al juicio como demandado, su inconsistencia aparece ostensible frente a la doctrina ya consolidada cuando se expidió el fallo acusado, sobre la legitimación en causa pasiva en materia de la acción de declaración de filiación natural. Doctrina que, con abandono de la que había venido sosteniendo que la acción de investigación de la paternidad no podía ser ejercitada sino en vida del presunto padre, por ser forzosa la presencia de éste en el juicio como demandado, pasó a admitir que tal acción procedía también después de muerto aquél, naturalmente dirigida ya contra sus herederos, con la diferencia, empero, de que al paso que la sentencia estimatoria dictada en el juicio seguido contra el padre produce efectos erga omnes, la dictada en juicio seguido desde un comienzo contra los herederos solo los produce inter partes.

Contra la aludida doctrina se hizo la objeción, que el cargo que ahora se examina repite, de que no es lógico asignarle efectos inter partes únicamente, a una sentencia que resuelve sobre materia de naturaleza indivisible como es el estado civil de las personas; y que en virtud de ello pueda una persona ser considerada como hija solo respecto a unos herederos del padre, y no respecto a otros. Pero esta objeción ha sido satisfactoriamente desvanecida, argumentándose que el mismo Código contempla expresamente hipótesis en que, no obstante aquella indivisibilidad del estado, se dan acciones de estado civil susceptibles de ser ejercitadas por una sola persona, tal como ocurre con el artículo 219 que permite impugnar la presunta legitimidad del hijo a cualquiera de los herederos del marido y en general a toda persona a quien esa pretendida legitimidad irrogare perjuicio actual, cuando el marido haya fallecido antes del vencimiento del término que tenía para declarar que no reconocía al hijo como suyo conforme a los artículos 217 y 218; con el artículo 222, que da a cualquiera de los ascendientes legítimos del marido derecho a impugnar la legitimidad del pretendido hijo de éste, aunque no tenga parte alguna en su sucesión; con el artículo 337, que autoriza ejercitar la acción de impugnación de la maternidad a toda persona a quien la maternidad putativa perjudique en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestado de los supuestos padre o madre; y con el artículo 406, que claramente hace referencia a casos de eficacia simplemente relativa o inter partes de sentencias judiciales en materia de estado civil, inclusive contra toda consideración relativa a la indivisibilidad del estado civil, cuando dispone que "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".

Y sobre la misma objeción que se viene comentando dijo la Corte en sentencia de 11 de mayo de 1948, G. J. 2.062, p. 374:

"La aplicación de la teoría de legítimo contradictor no se vincula al concepto de

divisibilidad del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Jossierand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se ha atribuido por sentencia judicial. No es pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicio de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicios de dominio: no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcance sino en relación con el litigante vencido".

Así, pues, que en el caso presente bien podía la parte actora, como lo hizo, restringir la acción de filiación natural ejercitada en la demanda a la persona de Hernando Hoyos Santana, como heredero pretendido del padre natural Bernardo Hoyos Pardo, sin que la relación procesal así constituida quedara perturbada en lo más mínimo por el hecho de existir otros pretendidos herederos del mismo causante. Lo que ocurre simplemente es que la parte actora, al demandar en esa forma, quedó desde un principio ante la situación de que la sentencia favorable que obtuviera solo produciría efectos contra dicho Hernando Hoyos Santana y no contra otros pretendidos herederos a quienes no demandó.

De donde se deduce que en el supuesto contemplado de que en el presente caso hubiera el Tribunal incurrido en el error de hecho que le atribuye el censor, no se habrían violado las disposiciones sustanciales que se citan como infringidas, pues aquello solo no sería motivo para que el Tribunal dejara de aplicar las disposiciones que determinaron la declaración de la filiación

natural reclamada, ni para que aplicara las que la censura dice que debieron serlo.

II. - Le increpa en segundo término la demanda de casación al Tribunal, el haber encontrado en la copia de la declaración de renta de Bernardo Hoyos Pardo correspondiente al año gravable de 1957, acompañada a la demanda, prueba de confesión inequívoca de paternidad respecto de los demandantes Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, por lo cual considera que aquél incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de tal documento. Error en que igualmente cayó al haber dejado de apreciar el certificado oficial traído al juicio por la parte demandada, según el cual en las declaraciones de renta presentadas por Bernardo Hoyos Pardo y correspondientes a los años gravables de 1958 a 1961, el contribuyente no declaró persona alguna a su cargo en calidad de hijo suyo.

En sustentación de la censura dice el recurrente que el primero de los documentos citados no contiene confesión inequívoca de paternidad, por dos razones: primero, porque en el capítulo del formulario de la declaración glosada destinado a hacer figurar la suma por exención personal y por personas a cargo del contribuyente, que obra en la primera página del documento, que es la que lleva la firma del contribuyente, en este caso la de Bernardo Hoyos Pardo, no señaló éste suma exenta alguna por tales conceptos. Y, segundo, porque "al reverso de la segunda de la declaración aparece un certificado suscrito por personas distintas del declarante, que dice: "Certificamos que nos consta por conocimiento personal y directo que el señor... (no expresa el nombre) tiene a su cargo y ha sostenido durante el año 195... a las siguientes personas...". En seguida expresa en el cuadro correspondiente los nombres de Luis Felipe Santana, Aurora Santana, Julia y Alberto. Como claramente se ve, esta declaración, que no expresa el nombre del pretendido padre, no es hecha por éste sino por otras personas. No puede, por consiguiente, verse en ella una declaración expresa de paternidad, que emane de la misma persona a quien se atribuye".

Y en cuanto al certificado oficial que se dice no apreciado, expresa el recurrente que él contribuye a evidenciar el hecho de que la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1957 no contiene una confesión inequívoca de paternidad, "porque si así hubiera sido, cómo se explica que en ninguno de los años subsiguientes los hubiera mencionado también como personas a su cargo para obtener a su favor la exención correspondiente?". Todo lo dicho demuestra, a juicio del censor, que en la declaración de renta aludida no haya una confesión inequívoca de paternidad, "porque para que fuera inequívoca, debería ser expresa, indubitable, y emanar del propio declarante. Lo que no ocurre en el documento en que por error de hecho se vio por el Tribunal la pretendida confesión inequívoca de paternidad".

A consecuencia de los errores indicados, expresa la demanda, se violó indirectamente el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, por indebida aplicación.

Se Considera:

I. - Refiriéndose a la declaración de renta y patrimonio como medio para acreditar la filiación natural a través de la tercera de las causales contempladas por el artículo 4º de la ley 45 de 1936, dijo la Corte en sentencia de 2 de marzo de 1956, G. J. 2.165, pág. 210, al casar la sentencia que a su turno fue objeto del recurso allí decidido: "El aludido heredero y el Tribunal no niegan que tales piezas (copias de unas declaraciones de renta) sean auténticas, sino que son de índole simple y exclusivamente fiscal, sin que puedan admitirse para acreditar la filiación, porque no fueron formuladas ni extendidas con este fin.

"Pero se olvida lamentablemente que para tal efecto la ley le otorga mérito a una simple carta o a 'otro escrito cualquiera'; y para la Corte aquéllas declaraciones formales y de indiscutible seriedad e importancia son algo más que un escrito cualquiera.

"Si para tener a una persona como hija natural de un pretense padre, basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya recono-

cido por manifestación ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (art. 2º de la ley 45)), es imposible e inexplicable... que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la Administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º, artículo 4º de la ley 45, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario.

“Dado el texto de significado o sentido irrestricto a que se hace referencia, sería absurdo admitir que el declarante sí es padre natural de cierta persona a quien sostiene por motivo de dicha calidad, para obtener reducción del impuesto, pero desconocer la misma calidad en cuanto a las consecuencias civiles que conlleva”.

No obstante que en sentencia posterior a la transcrita, de fecha 4 de junio de 1958 (G. J. 2.198, 1ª parte, pág. 156), la Corte se separó de la anterior doctrina, al no aceptar que en la hipótesis considerada pudiera dársele el carácter de confesión inequívoca de paternidad a una declaración de renta y patrimonio, pues, dijo, “el anexo sobre personas a cargo no comporta ni puede tener la calidad de una confesión del que declara la renta, tanto porque es la manifestación de terceras personas, como porque no contiene la certeza de lo dicho”, al examinar hoy de nuevo la cuestión encuentra irrebatibles los argumentos en que se apoyó la tesis primeramente expuesta, y, por el contrario, no muy sólidos los de la segunda...

En efecto, si bien de acuerdo con los formularios oficiales para declaración de renta y patrimonio, la relación de parentesco con personas a cargo del contribuyente, para fines de exenciones, figura allí simplemente certificada por terceros, obviamente no es en la información de tales terceros, cuando según ella tal relación de parentesco es la de padre e hijo natural, en donde puede encontrarse inmediatamente una confesión inequívoca de paternidad. Lo que ocurre es que como el contenido de la declaración de renta tiene por necesario cen-

tro de referencia a la persona del contribuyente que la hace, y como por lo mismo debe entenderse afirmado y aceptado por éste todo lo que allí se expresa, toda vez que precisamente al presentarla presta juramento de haberla examinado y de corresponder a la verdad, viene a ser incuestionable entonces que la aludida información de los terceros la hace suya el mismo contribuyente, lo cual es tanto más evidente cuanto que tampoco puede remitirse a vacilación que es merced a ruego y solicitud expresa del contribuyente que tales terceros han suministrado esa información, y que, por otra parte, si ésta es invocada por aquél en su favor, no puede ser sino porque está de acuerdo con ella.

Es indudable, pues, que en las circunstancias indicadas una declaración de renta y patrimonio constituye ejemplo claro del “escrito cualquier del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad”, suficiente según el ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 (hoy numeral 3º del artículo 6º de la ley 75 de 1968) para fundar una declaración judicial de filiación natural. Conclusión que se ve corroborada por la circunstancia de que el mismo derecho positivo tácitamente así lo admite, como que no otra cosa ha de deducirse del texto del art. 2º del Decreto-ley 01651 de 1961, expedido en uso de facultades extraordinarias conferidas por el art. 134 de la ley 81 de 1960, artículo que al tratar sobre la reserva de la declaración de renta y patrimonio dice en su inciso tercero: “Para los juicios de filiación natural pueden suministrarse a petición de autoridad competente, únicamente copias autenticadas de las informaciones que figuren en la declaración de renta y patrimonio para solicitar exenciones por personas a cargo, o del nombre de la persona que figure como cónyuge del contribuyente”.

2. - En el presente caso se le imputa error de hecho al Tribunal, por haber tenido la declaración de renta de Bernardo Hoyos Pardo correspondiente al año gravable de 1958 como una confesión inequívoca de paternidad de Hoyos Pardo respecto de Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, no obstante que quienes figuran allí certifi-

cando esa filiación son terceros; que éstos al dar su informe no indican el nombre del padre; que Hoyos Pardo no dedujo en esa declaración suma alguna por concepto de exenciones personales; y que en declaraciones de renta correspondientes a los años de 1959 a 1961 no hizo él mismo Hoyos Pardo figurar a nadie como persona a su cargo, según consta en documento oficial que el Tribunal ignoró incurriendo también en error de hecho.

Pues bien, la objeción de que hubo error de hecho porque quienes figuran certificando la filiación son terceros, no es de recibo tratándose de un cargo por error de hecho, pues para lo que tendría conducencia sería para proponer un error de derecho por habersele dado valor de confesión a una declaración de terceros. En cuanto a que los terceros en este caso no indicaron el nombre del padre, ello nada significa, desde luego que, como se demostró atrás, no es esa información la que constituye la confesión inequívoca, aparte de que es inequívoco también que la información sobre personas a cargo contenida en una declaración de renta se refiere siempre a la persona del contribuyente, en este caso el presunto padre Bernardo Hoyos Pardo. Ni nada significa tampoco que en la casilla especial para la anotación de deducciones por personas a cargo de la declaración de renta comentada, no haya hecho figurar Hoyos Pardo suma alguna por ese concepto, pues la existencia de la confesión inequívoca no dependía de que se señalara el valor de la exención.

Por último, la circunstancia de que en las declaraciones de renta por los años gravables posteriores al de 1957 no hubiera hecho figurar el presunto padre a los referidos menores como personas a su cargo en calidad de hijos, ningún mérito le resta a la calidad de inequívoca atribuida a la confesión contenida en la declaración por el año de 1957, porque una confesión no exige reiteración.

No incurrió el sentenciador, entonces, en los errores de hecho que se dejan considerados.

III. - Al lado de los errores de hecho comentados en el punto anterior, coloca el recurrente otro que se refiere ya a la libreta de calificaciones de Luis Felipe Hoyos, que firmada por Bernardo Hoyos Pardo como padre de éste se acompañó a la demanda. Dice respecto a esta prueba la censura que el Tribunal halló en ella una confesión inequívoca de paternidad, no obstante que el hecho de tal confesión, postulado como causa petendi bajo el punto 9º de la demanda inicial, fue expresamente negado por el demandado cuando le dio contestación a ésta en los siguientes términos: "El noveno y el décimo no son ciertos. El finado Bernardo Hoyos Pardo estuvo lesionado gravemente de la vista por algún tiempo y por consiguiente no ha podido firmar sin ver ni leer qué firmó". Agrega el recurrente que en tales circunstancias, así oportunamente negada la autenticidad de la firma en referencia, le correspondía a la parte demostrar esa autenticidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 645 del C. J. "Y como se trata de un documento privado, carece del valor de plena prueba de acuerdo con el artículo 647 del mismo Código". No obstante todo ello, el Tribunal apreció ese documento como plena prueba, reconociéndole fuerza de confesión inequívoca de paternidad, y por lo tanto incurrió en error de derecho en esa apreciación, causando como consecuencia la violación del ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Se Considera:

Ha de observarse en primer término que el error imputado solo se refiere a uno de los actores, o sea a Luis Felipe Santana, y que como resulta del despacho de la impugnación por error en la apreciación de la confesión inequívoca de paternidad envuelta en la declaración de renta y patrimonio de Bernardo Hoyos Pardo, en esta prueba encuentra suficiente respaldo la declaración de filiación natural hecha por el Tribunal en favor de aquél. Por lo tanto, en el supuesto de que el error de derecho de que ahora se trata fuera fundado, ninguna consecuencia se derivaría de ello, dado que entonces apenas quedaría destruida una de las bases de aquella decisión, permaneciendo intacta la que se acaba de mencionar.

La anterior consideración bastaría por sí sola para despachar desfavorablemente el cargo en examen, por el aspecto en cuestión. Más no deja de tener interés hacer notar que el Tribunal no cometió el error de derecho que se le imputa, por la sencilla razón de que con la contestación al hecho 9º de la demanda simplemente se negó por la parte demandada la afirmación postulada por la parte actora de que, como textualmente reza tal hecho, "Bernardo Hoyos Pardo reconoció, con su firma, su calidad de padre, en libretas de calificaciones del Colegio Académico del Sur", lo cual dista mucho de equivaler a que, como ahora lo pretende el recurrente, hubiera sido concretamente desconocida la autenticidad de la firma de Bernardo Hoyos Pardo que figura en la libreta de calificaciones que se dice erróneamente apreciada.

IV. - Le imputa también el recurso error de derecho al Tribunal, por haber éste apreciado las declaraciones testimoniales de Agueda Martínez de Rodríguez, Arcadio Prieto, Luis Alberto Rodríguez, Carmen Triviño de Garzón, José Antonio Garzón Triviño, Bautista Martínez Ríos, Luis María Rodríguez Silva, María Elena Solera de Solera y Vicente Pardo Riveros.

Sin necesidad de hacer el extracto completo de las razones que el recurso aduce para sustentar este reparo contra la sentencia acusada, dada la contestación que habrá de darse al mismo, basta decir que ellas consisten en esencia en que la recepción de dichos testimonios no se atendió a lo dispuesto por el artículo 680 del C. J., oportunamente invocado por la parte demandada y a la vez ahora recurrente en casación, y en que tal recepción tuvo lugar en circunstancias que no le permitieron a dicha parte ejercer el derecho de contrainterrogar a los testigos conforme al artículo 690 del mismo Código. El error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar esos testimonios, por haberlos tenido como prueba no obstante haber sido desatendidas las disposiciones legales mencionadas, trajo como consecuencia, dice el censor, la violación indirecta, por indebida aplicación, de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Se considera:

Las declaraciones testimoniales que se citan como erróneamente valoradas por el Tribunal, fueron tenidas en cuenta por éste para dar por establecidas respecto a los demandantes Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, las causales de filiación natural contempladas en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, es decir, las de relaciones sexuales estables y notorias habidas entre la madre de dichos menores y el presunto padre, y la de posesión notoria del estado civil de hijos naturales.

Pero como se dejó ya visto atrás, el Tribunal también encontró probada la filiación natural de los citados menores, respecto de Bernardo Hoyos Pardo, con base en la causal tercera del mismo artículo 4º citado, esto es, en la existencia de escrito proveniente del presunto padre contentivo de una confesión inequívoca de paternidad. Y si bien el recurso que ahora se decide dirigió la acusación también contra la apreciación hecha por el Tribunal de la prueba que le permitió dar por establecida dicha causal tercera de filiación, tal acusación no prosperó, de modo que quedó y habrá de quedar en pie lo resuelto en la sentencia acusada con tal fundamento.

Salta a la vista, entonces, que en las circunstancias dichas carece de todo interés examinar si se cometieron los errores de derecho alegados por el recurrente y a que ahora se hace referencia, porque cualquiera que sea el resultado a que se llegue, de todas maneras se arribará a la conclusión definitiva de que lo resuelto por el Tribunal respecto a los citados demandantes habrá de mantenerse intacto, desde luego que la invocación de aquellos yerros deja incólume y a salvo la filiación natural declarada por el cauce de la mencionada causal tercera de filiación.

V. - En último término acusa también el recurrente la sentencia del Tribunal por error en la apreciación de las mismas declaraciones a que se refiere el punto anterior, y además de las de Efraín Hoyos Hoyos, Elvira Hoyos de Hoyos, Eduardo Hoyos Cubides y Joaquín Olarte.

El error es de derecho, y se hace consistir en general en que con esos testimonios se dio por demostrada la posesión notoria del estado civil de hijos naturales invocada por los demandantes, y las relaciones sexuales habidas entre la madre de éstos y el pretendido padre "sin que de tales testimonios aparezca que se reúnen todos los elementos constitutivos de aquella posesión y del hecho crónico de las relaciones sexuales".

Concretando más la acusación, dice el recurrente que si bien los testigos mencionados declaran que Bernardo Hoyos Pardo atendió a la subsistencia y educación de los pretendidos hijos, y que los vecinos del lugar los reputaban como hijos suyos, "no expresan que esto último hubiera ocurrido a virtud del tratamiento que les daba" como lo exige el artículo 6º de la ley 45 de 1936, ni aparece tampoco de esas declaraciones que aquel tratamiento "hubiera sido continuo durante todo el tiempo que señala el artículo 398 del C. C.". Que la generalidad de los testigos que deponen sobre la posesión notoria tampoco expresan las circunstancias de modo en que tuvieron conocimiento de lo que afirman. Y que por todo lo anterior, tales declaraciones no configuran "el conjunto de testimonios fidedignos" que conforme al artículo 399 del C. C. se necesitan para establecer de modo irrefragable una posesión notoria.

Y en cuanto los testimonios de que se trata se refieren a las relaciones sexuales habidas entre la madre de los demandantes y Bernardo Hoyos Pardo, dice el recurso que ellos no comprueban "el requisito legal de la notoriedad que exige de manera expresa el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, pues el hecho de vivir en una misma casa los dos sujetos, no pone de manifiesto la existencia de aquellas relaciones. Y el dormir en un mismo lecho, que afirman algunos testigos, es tan íntimo y tan oculto a la percepción del público, que no puede tener el carácter de notorio, es decir que pueda ser percibido por la generalidad de los habitantes. Tampoco expresan los testigos las circunstancias de modo en que percibieron el hecho de dormir en una misma cama la madre de los hijos y su preten-

dido padre, y por consiguiente carece de todo valor probatorio su dicho a ese respecto de conformidad con la norma del artículo 697 del C. J. desobedecida por el Tribunal en su fallo".

En virtud de los errores de derecho indicados, termina diciendo el recurrente, se violó el artículo 4º de la ley 45 de 1936 en sus numerales 4º y 5º, por haber sido aplicados sin estar demostradas las relaciones sexuales y la posesión notoria a que allí se alude.

Se Considera:

Como se dejó dicho atrás, en la demanda se solicitó la declaratoria de filiación natural para Luis Felipe, Aurora, Julia, Alberto y Fernando Santana. En relación con los cuatro primeros, el Tribunal halló acreditadas respecto de cada uno las causales 3º, 4ª y 5ª de filiación, con la copia de la declaración de renta del pretendido padre la tercera, y con las declaraciones de Agueda Martínez de Rodríguez, Luis María Rodríguez Silva, Arcadio Prieto, Carmen Triviño de Garzón, Bautista Martínez Ríos, José Anatolio Garzón, Luis Alberto Rodríguez, Luis Vicente Pardo y María Elena Solera de Solera la cuarta y la quinta. Y en relación con el último de dichos demandantes, o sea Fernando Santana, el Tribunal dedujo la filiación natural pretendida de las declaraciones de Efraín Hoyos Hoyos, Elvira Hoyos de Hoyos y Eduardo Hoyos Cubides, con cuyos dichos halló demostradas las citadas causales 4ª y 5ª de filiación.

Así las cosas, bien se ve que al error de derecho ahora examinado, en cuánto toca con los demandantes Luis Felipe, Aurora, Julia y Alberto Santana, le es exactamente aplicable, por tratarse de igual circunstancia, lo dicho para despachar la censura por error de derecho considerada bajo el punto IV de la presente sentencia, pues evidentemente también aquí, como allá, queda desvinculada de la acusación la motivación del fallo que le permitió al Tribunal fundar en la causal tercera la filiación que declaró en favor de dichos demandantes. En tales condiciones, y habiendo de quedar de todas maneras en firme lo resuelto con apoyo en

la aludida causal, es indiferente que puedan haberse cometido por el Tribunal los yerros de que ahora se trata, pues en el supuesto de que se hubieran cometido ello no conduciría a la casación del fallo acusado, por aquella razón.

Solo queda como objeto de la censura, entonces, la declaración de filiación hecha en favor del menor Fernando Santana. Siendo de entenderse que también aquella se ve necesariamente reducida en cuanto a los testimonios mismos que se dan por mal apreciados, pues de todos ellos solo los rendidos por Efraín Hoyos Hoyos, Elvira Hoyos de Hoyos y Eduardo Hoyos Cubides tienen qué ver con la motivación de la sentencia a propósito del citado menor Fernando Santana.

Precisadas así las cosas, bien se ve que es técnicamente equivocada la formulación del cargo por error de derecho en la apreciación de tales testimonios, pues no son cuestiones de derecho sino de hecho las que se aducen como constitutivas de la defectuosa estimación de éstos. En efecto, solo error de hecho puede ser el que se hace derivar de la circunstancia de que los testigos no hubieran declarado que la posesión notoria afirmada por ellos, hubiera creado entre los vecinos una reputación de filiación natural, precisamente como consecuencia del tratamiento que Bernardo Hoyos P. le daba a Fernando Santana. Y solo errores de hecho pueden ser también los que se hacen provenir de que los testigos no expresaran que el tratamiento de hijo natural a que se refieren, fuera continuo durante todo el tiempo que señala el artículo 398 del C. C., ni indicaran las circunstancias de

modo en que percibieron los hechos que declaran, ni, a propósito de las relaciones sexuales por ellos testificadas, aludieran a hechos de los cuales pudieran inferirse la notoriedad de esas relaciones.

Desatendida así la preceptiva del recurso, no hay lugar entonces a penetrar en el examen a fondo del cargo, por estos aspectos.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, No casa la sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio ordinario promovido por María Dolores Santana Silva, en representación de sus hijos menores Luis Felipe, Aurora, Julia, Alberto y Fernando Santana, contra Hernando Hoyos Santana como heredero de Bernardo Hoyos Pardo.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e 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, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PACTO COMPROMISORIO

Arbitramento forzoso y convencional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, nueve de julio de mil novecientos setenta.

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

Conoce la Corte del recurso de Casación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de febrero de 1966, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Vallejo Mesa contra el Instituto de Crédito Territorial, sentencia de la cual se transcriben los antecedentes del litigio:

“El señor Alfonso Vallejo Mesa contrató con el Instituto de Crédito Territorial el suministro de 60.000 metros cuadrados de listón machihembrado, por un valor total de \$ 450.000.00. Las condiciones de la entrega de esa madera por parte de Vallejo y el pago del valor por parte del Instituto, se consignaron en el documento privado que lleva fecha 7 de octubre de 1955, en el cual se pactó, entre otras cosas, que las diferencias que pudieran surgir entre las partes por razón de la ejecución y cumplimiento del contrato, serían dirimidas por un Tribunal de Arbitramento. Como en efecto se presentaron discrepancias conforme al documento fechado el 13 de octubre de 1960, se constituyó un Tribunal de Arbitramento que decidió en derecho, como se había pactado, declarar responsable del incumplimiento del contrato al señor Vallejo Mesa y condenarlo a las indemnizaciones correspondientes. Después de fenecido ese expediente y

protocolizado en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, conforme a escritura N^o 3.500 de fecha 28 de septiembre de 1961, el señor Vallejo Mesa por medio de apoderado resolvió instaurar la acción ordinaria que nos ocupa, con fecha once de octubre siguiente, a fin de obtener que la justicia ordinaria declare que Vallejo no firmó ni confirió poder para firmar el documento de fecha 13 de octubre de 1960 sobre pacto de compromiso arbitral; que los abogados designados como árbitros no pertenecen al Colegio de Arbitros, como debieran en virtud de lo pactado en el contrato inicial con el Instituto; que Vallejo Mesa no intervino en el nombramiento de árbitros. Circunstancias estas que invalidan la actuación del Tribunal de Arbitramento y en manera alguna comprometen a Vallejo Mesa en su responsabilidad, por ser nula la sentencia que se profirió”.

El Juez de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda, en sentencia del 25 de noviembre de 1963 que fue revocada íntegramente por el Tribunal de Bogotá, el cual absolvió a la parte demandada de todos los cargos que le habían sido formulados.

La Sentencia Acusada

El Tribunal interpretó la demanda en el sentido de entender que no se pretende la revisión de la sentencia arbitral, sino la declaratoria de nulidad del juicio respectivo, por una indebida representación del demandante Alfonso Vallejo Mesa, al tenor del artículo 457 del C. Judicial. En estas

condiciones, sostiene que no fue indebida tal representación ni hubo tampoco extralimitación del mandato por parte del apoderado de Vallejo, porque el pacto que dio origen al arbitramento fue estipulado por las partes en el mismo contrato del 7 de octubre de 1955 y no, como lo pretende el actor, mediante el documento suscrito el 13 de octubre de 1960, al cual se le achaca también que fue escrito en papel común, debiendo haberlo sido en papel sellado y que carece de las firmas de testigos.

A juicio del sentenciador de segundo grado, el mandatario de Vallejo, según el poder que había recibido, tenía facultad para designar el árbitro que a éste le correspondía; además, sostiene que los requisitos atinentes al compromiso, tales como el otorgamiento en papel sellado y las firmas de testigos que establece el primer colon del art. 1216 del C. J., son simplemente de orden fiscal, el primero, y "ad probationem" el segundo, por lo cual su omisión produce consecuencias distintas a la nulidad del contrato; agrega que la nulidad solo se aplica a la pretermisión de las formalidades establecidas en los tres numerales de dicho artículo; y concluye diciendo que el citado artículo 1216 "no le es aplicable al documento de fecha 13 de octubre de 1960. Dicha norma es exclusivamente aplicable al pacto compromisorio y en el presente caso ese pacto tuvo lugar por medio del documento de fecha 7 de octubre de 1955; el de octubre de 1960, es ya la ejecución del compromiso, que es muy distinto".

Finalmente, el Tribunal estima que tampoco es motivo de nulidad la circunstancia de que los árbitros nombrados no hubieran formado parte del Colegio de Arbitros, en primer término porque aquellos no tenían el carácter de apoderados de las partes y en segundo lugar, porque esa calidad que solo había sido fruto del convenio inicial de los contratantes bien podía ser modificada posteriormente, como lo fue, sin que con ello se contraviniese el numeral 2º del citado artículo 1216 del C. J., que al efecto solo exige que los árbitros designados deben ser capaces de comparecer en juicio por si mismos.

El recurrente pretende la casación del fallo acusado con base en la primera causal, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1602, 2157, 2174 y 2175 del Código Civil, y con fundamento en la causal segunda, por "no estar la sentencia conforme con las pretensiones de la acción".

Por razones de técnica se estudia primeramente el segundo cargo que le atribuye a la sentencia un error "in procedendo".

I. - Causal Segunda.

Se acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones de la acción, por motivos que se reducen a decir que los árbitros han debido ser escogidos de la lista del Colegio de Arbitros; que el documento que equivocadamente se estima como compromiso, no fue extendido en papel sellado y que Vallejo Mesa no estaba exento de esa clase de impuesto, que dicho documento no fue firmado por ante testigos; por todo lo cual "las pretensiones de la acción consignadas en la demanda y en los demás escritos obrantes en el proceso (sic) han sido desestimados desdeñosamente por el Ad-Quem".

Se considera:

Para rechazar este cargo, basta con recordar lo que de vieja data ha sostenido la Corte al respecto: "Apenas habrá que repetir lo que de manera uniforme viene sosteniendo la Corte en su jurisprudencia, de que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado tan solo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (extra petita); o porque se condenare a más de lo pedido (plus petita); o porque no se fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita). Únicamente en algunas de tales circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demandada y la resolutive de la sentencia. Mas nunca tal disonancia podrá hacerse consistir en que el

Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como las aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguno de éstos". (G. J. N° 1955, pág. 307).

La situación a que se refiere la jurisprudencia transcrita y que la Corte reitera, es exactamente la que ocurre en este caso. Se atribuye a la sentencia falta de consonancia con las peticiones de la demanda, por el solo hecho de que el Tribunal en desacuerdo con el demandante y con el Juez de primera instancia, desechó todas las súplicas formuladas y en consecuencia absolvió a la parte demandada de los cargos. Pero ello no implica falta de consonancia con tales súplicas, sino apenas que el sentenciador no las acogió.

Además, de una sentencia que ha negado todas las súplicas del actor y que por consiguiente se ha pronunciado sobre la totalidad de ellas, mal puede decirse que no está en consonancia con la demanda. Por lo expuesto se rechaza el cargo.

II. - Causal Primera.

El recurrente achaca al fallo acusado, la infracción directa, dentro de la órbita de la causal primera, de los arts. 2157, 2175 y 1602 del Código Civil y la aplicación indebida de los arts. 1216 del C. Judicial y 1540, 1541 y 1602 del Código Civil, por las razones que se sintetizan en seguida:

Que los árbitros designados, debiendo haber sido "escogidos de entre los miembros del Colegio de Arbitros, Institución con Personería Jurídica aceptada (sic) mediante la Resolución Número 9 de abril 13 de 1951", no lo fueron, a pesar de que ello era una condición a que se sujetó el compromiso; que el apoderado de Alfonso Vallejo Mesa no estaba facultado para nombrar árbitro a persona ajena a la nómina del mencionado Colegio ni "para estipular puntos sobre la materia misma del arbitraje, pues para ello había necesidad expresa de decirlo en el escrito, cosa que no se dijo en él.

De esta suerte, cuando el Dr. Ramírez Hoyos nombró para árbitros al Dr. Gonzalo Gaitán y cuando admitió (sic) los nombres de los Drs. Muñoz Zambrano y Agudelo Ríos, extralimitó las facultades a él conferidas por su mandante"; que el apoderado solo podía representar a Vallejo Mesa en el juicio arbitral y no actuar en su nombre para celebrar el compromiso respectivo; y por último, que el Tribunal "infringió directamente la Ley en el fallo acusado, respecto del artículo 1602 del Código Civil, pues ha debido entender lo que tan profundamente se ha debatido en el juicio, o sea que el contrato celebrado entre el Inscudial (sic) y Alfonso Vallejo Mesa el 7 de octubre de 1955, en su cláusula 8ª, tenía "fuerza de Ley" y como tal obligada a Ramírez Hoyos de cuyo modo no podía el H. Tribunal tener como suficiente el poder de que se habla".

Se Considera.

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

2. - La violación de la ley sustancial puede ser, por tanto, directa o indirecta. La primera ocurre cuando el sentenciador, contemplando los medios de prueba tal como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en cuanto a su apreciación y

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

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

4. - Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse éste, ha de señalarse la norma que fija su valor y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es posible —ha dicho la Corte— demostrar el error de derecho en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se supone 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 ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial". (Providencia de noviembre 3 de 1966, aún no publicada, proferida en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelina Hernández y otra).

5. - Cuando la acusación se funda en error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el Tribunal por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis ésta que comprende la desfiguración de la prueba, cercenando su contenido o haciéndolo decir lo que no expresa". (Sentencia del 20 de febrero de 1970, no publicada aún, dictada en el juicio ordinario de Carlota Vásquez de Monroy contra Josefa Rodríguez de Rodríguez y otro).

El cargo en estudio no está formulado de acuerdo con la técnica de casación, pero la Corte, obrando con amplitud, lo interpreta en el sentido de entender que se ha formulado por la vía indirecta, a consecuencia de un error de hecho en la prueba del compromiso y del mandato, lo cual produjo, a juicio del censor, la violación de las normas sustanciales que indica en la demanda, ya que el poder conferido por Vallejo Mesa no autorizaba a su apoderado "para estipular puntos sobre la materia misma del arbitramento".

El error que se atribuye al fallo acusado estriba, pues, como se colige de los términos de la demanda, en que el Tribunal tuvo como prueba del compromiso el mencionado documento de 1966, el cual no reunía los requisitos que al efecto señala el artículo 1206 del Código Judicial, y además, en que no tuvo en cuenta que el apoderado carecía de facultades suficientes para celebrar ese contrato.

7). - El arbitramento puede ser de dos clases, el forzoso, establecido en materia laboral y el convencional que requiere siempre la celebración previa de un contrato denominado compromiso, en el cual se determine específicamente la controversia que debe ser decidida y para cuyo perfeccionamiento es necesario cumplir los requisitos que señala el artículo 1216 del Código Judicial. El arbitramento convencional se puede estipular también en la llamada cláusula compromisoria, consistente en que las partes se obligan a someter a decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que puedan surgir entre ellas con motivo de un determinado contrato, pactos que por regla general se celebran en este mismo. Salvo la capacidad para transigir que deben tener las partes, la clase de sentencia que se espera de los arbitradores, es decir, si en derecho o en conciencia y si pueden o no transigir las pretensiones opuestas, requisitos éstos que son comunes a los dos casos de arbitramento convencional, a la cláusula compromisoria no le es aplicable lo dispuesto por el artículo 1216 del Código Judicial. Si dicha cláusula compromisoria forma parte del contrato, bastará que respecto de ésta se hayan cumplido los requisitos generales que según su naturaleza exige la Ley y desde luego que se haya consignado por escrito; si por el contrario ha sido celebrado separadamente, estará sujeta a las normas de la Ley 2ª de 1938.

8). - Alfonso Vallejo Mesa y el Instituto de Crédito Territorial celebraron un contrato para el suministro de un determinado número de metros de listón machihembrado, mediante documento privado suscrito en esta ciudad, el 17 de octubre de 1955, en cuya cláusula octava convinieron que serían sometidas a decisión arbitral todas las controversias que pudieran surgir entre ellos con motivo del contrato en cuestión. Esta cláusula compromisoria, cuya validez no ha sido atacada en el juicio, fue la que vino a cumplirse posteriormente, cuando el Instituto y el apoderado de Vallejo, según documento de fecha 13 de octubre de 1960, designaron los árbitros que con el tercero debían integrar el Tribunal. Mediante este último documento, pues, no se celebró nin-

gún compromiso, por lo cual era innecesario que el apoderado tuviera facultad expresa para realizarlo y que se hubiera sujetado en su forma a los requisitos que establece el artículo 1216 del Código Judicial.

De acuerdo con lo anterior, resulta innegable que no existe el error de hecho que se le achaca a la sentencia, porque el Tribunal acertadamente tuvo como prueba del compromiso el documento en que se hizo constar el contrato celebrado entre Vallejo Mesa y el Instituto, en el cual, como se dijo, se pactó la cláusula compromisoria y no el mencionado documento del 13 de octubre de 1960.

Por otra parte, el apoderado de Vallejo no se extralimitó en el ejercicio del mandato, porque con el poder que aquél le había conferido, quedó expresamente autorizado... "para nombrar el árbitro que a mí me corresponde, para intervenir en el juicio de arbitramento que se constituya... y en fin para llevar mi representación total hasta la terminación del juicio...". Por consiguiente, el Tribunal interpretó bien ese poder al estimar que la facultad para nombrar árbitro, así otorgada, sin haberse sujetado a condición alguna, llevaba consigo la de prescindir de la calidad específica que debían tener los árbitros según se había convenido en la cláusula compromisoria. Tal calidad, es decir, la de pertenecer los árbitros al Colegio cuya personería jurídica le fue reconocida por Resolución Nº 9 de 1951 (9 de abril), era apenas una cláusula accidental del contrato que las partes o sus apoderados bien podían suprimir o modificar, como en efecto lo hicieron. Así pues, no encuentra la Corte, y menos aún con el carácter de ostensible que exige la Ley, el error de hecho que se atribuye a la sentencia acusada, lo cual es un nuevo motivo para rechazar el cargo.

Por último, la censura acusa la sentencia del Tribunal por interpretación errónea del artículo 472 del Código Judicial, y para sustentar el cargo se limita a copiar el mencionado precepto, sin indicar cuál es la verdadera inteligencia del mismo y cómo ha debido, a su juicio, aplicarse en el caso sub-júdice, ni explicar por qué esa exégesis

equivocada del citado artículo tuvo influencia en la decisión del Tribunal. Estas circunstancias, por sí solas, justifican el rechazo del cargo, a las cuales debe agregarse, que la causal primera de casación exige y presupone una violación de la Ley sustancial y el artículo 472 del Código Judicial no lo es.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 25 de febrero de 1966, en el juicio ordinario de Alfonso Vallejo Mesa contra el Instituto de Crédito Territorial.

Condénase en costas al recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 12 de junio del presente año, como consta en el Acta N° 48).

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

COMPETENCIA

El competente para conocer del juicio de alimentos es el Juez de menores de la residencia de éstos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según acta N° 56).

Decide la Corte el conflicto de competencias suscitado entre los jueces de menores de Ocaña (Norte de Santander) y Valledupar (Cesar), en el juicio de alimentos que, contra Rufino Vega, inició Carmen Rosa Rincón Pérez en su calidad de madre natural de los menores Rubén Angel y Alvaro.

El Juez promiscuo de menores de Ocaña, en auto de 16 de diciembre de 1969, admitió la demanda y, para su notificación al demandado, quien reside en Curumaní (Cesar), comisionó al Juez de este distrito. La demanda fue notificada el 8 de enero de 1970 y en esa diligencia Rufino Vega manifestó que consentía en ella.

A petición de la demandante y apoyándose en que el domicilio del demandado es el municipio de Curumaní (Cesar), lo que determinaba la competencia del Juez de menores de Valledupar al tenor del artículo 152 del C. Judicial, en auto de 30 de marzo pasado, el juez promiscuo de menores de Ocaña dispuso remitir a aquel el expediente. Ni la demandante, ni la defensora de menores, a quienes se notificó esa providencia, recurrieron contra ella.

Afirmando que el artículo 152 del C. Judicial no impera la competencia en juicios de alimentos que se adelanten ante los jueces de menores, la que está determinada, no por el domicilio del demandado, sino por el lugar de la residencia de los incapaces, en auto de 21 de abril de 1970, el Juez de Menores de Valledupar dispuso devolver los autos al de Ocaña, por estimar que era el competente, y agregó que, en el evento de que éste no admitiera serlo, le provocaba colisión negativa.

Insistió el Juez de Menores de Ocaña, con fundamento en la regla 2° del artículo 152 del C. Judicial, en que no tenía competencia y dispuso enviar el expediente a la Corte. Al ser notificado de esta decisión, el defensor de menores de Ocaña compartió la tesis del juez de Valledupar que pregonaba la competencia en el juez de la residencia de los menores.

Concepto del Procurador General de la Nación:

Después de notar que la ley 83 de 1946 acogió el concepto de que la competencia de la jurisdicción especial de menores no se debía reducir al conocimiento de los delitos y contravenciones, sino que era indispensable extenderla a aquellas situaciones que fácilmente pueden llevar al menor a una actividad delictiva, como el abandono, la mendicidad, la vagancia, agrega que, con igual criterio de defensa, atribuyó a los Jueces de Menores la competencia para conocer de juicios de alimentos y desde luego de

investigación de la paternidad natural, y que esos mismos principios fueron recogidos en el decreto 1818 de 1964 y en la ley 75 de 1968.

Después de transcribir pasos de la decisión de esta Sala, calendada el 19 de septiembre de 1966, concluyó conceptuando que el competente es el Juez Promiscuo de Menores de la ciudad de Ocaña.

Consideraciones de la Corte.

En verdad, no existe norma expresa que atribuya al Juez de menores de la residencia de éstos, la competencia para conocer de los juicios de alimentos que ante él puedan adelantarse. Tal la razón para que algunos, apoyados en la regla 2ª del artículo 152 del C. Judicial, hayan sostenido que el competente, en esos casos, es el Juez de Menores del domicilio del demandado.

Aquel vacío que, en la ley 75 de 1968, artículo 47, solo fué llenado respecto a la comisión, de los delitos de abandono de los deberes familiares y de dilapidación, cuya competencia, para la investigación y fallo en primera instancia, se radicó en los jueces municipales de la residencia del titular del derecho, no se llenó en forma expresa respecto a los juicios de alimentos y de investigación de paternidad natural, cuando se adelantan ante los jueces de menores.

La competencia, empero, por la finalidad de la ley expresada y de las demás normas que rigen la protección de los menores, radica en el juez de la residencia de éstos, como lo ha sostenido la Corte en casos anteriores.

Así, en auto de 19 de septiembre de 1966 dijo:

“...el artículo 2º de la ley 83 de 1946 encomendó al conocimiento de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallare el menor de 18 años, al

juez de menores del territorio en que aquel se encuentre. Solución que ciertamente consulta las necesidades de su defensa, la que podría verse entrabada o diferida si tuviera que ocurrir al fuero de distinta circunscripción territorial, cuyo juez, por la distancia y por ser ajeno al medio social en que se desenvuelve la situación de peligro o abandono del menor, no estaría en capacidad suficiente de apreciar los remedios que esa situación requiere y de darles aplicación oportuna.

Después de hacer referencia a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 50 y 51 de la ley 83 de 1946, concluye la Corte así:

“Tratándose de la acción de alimentos contemplada en los artículos 69 a 83 inclusive de la misma ley, es evidente que el Juez de Menores del lugar en que reside el menor tiene la competencia para conocer de la denuncia, aunque el padre contra quien se dirige esté domiciliado en otra jurisdicción. De ello no dejan duda los textos, ninguno de los cuales atribuye la competencia al Juez del domicilio del demandado, por lo cual corresponde, según el artículo 2º, al Juez del “respectivo territorio” en que se encuentre el menor.

“Reza el artículo 70 en su primera parte, que cuando el padre de un menor de 18 años se niegue a prestarle alimentos, la madre o el pariente más cercano, o el menor mismo, pueden acudir ante el Juez de Menores, verbalmente o por escrito, en solicitud de que se obligue al padre al cumplimiento de su deber.

Sería contrario al sistema de la ley, el que se obligara a la madre del menor o a las personas que pueden pedir por él, o al menor mismo, a desplazarse a otra sección territorial; sufriendo todos los inconvenientes, y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho por la falta de recursos con que sufragar los gastos que implica la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, acorde con el concepto del Ministerio Público, decide que el Juez de Menores de Ocaña es el competente para conocer de este juicio de alimentos que, contra Rufino Vega, propuso Carmen Rosa Rincón Pérez.

Comuníquese esta decisión a los jueces de Menores de Ocaña y Valledupar y remítase a aquél este proceso.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

César Gómez Estrada, Germán Giraldo Zuluaga, Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Guillermo Ospina Fernández, José María Es guerra Samper.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

MARCA DE FABRICA

El artículo 8º de la ley 94 de 1931 no es ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dieciséis de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta N° 55 de 10 de julio de 1970).

La sociedad "Nestlé, S. A." demandó a Luis y Ricardo Vargas Acosta solicitando se declarase cancelado el certificado de registro de la marca de fábrica "Milko-Algarra", distinguido con el número 34.665. Se fundó la demanda en que la sociedad demandante es propietaria de la marca "MILO", según certificado de registro número 25.554 de 9 de junio de 1949, vigente a la fecha de la demanda; en que con posterioridad al registro de la citada marca, con fecha 30 de diciembre de 1954, los demandados obtuvieron el registro a su favor de la marca "Milko-Algarra" cuya cancelación se solicita; en que una y otra marcas amparan artículos de la misma naturaleza y de la misma clase, o sea leche, leche en polvo y otros productos lácteos, mantequilla y queso de que trata la clase 22ª del Decreto 1.707 de 1931; y en que entre tales marcas existe "evidente semejanza, tanto por su aspecto fonético como por su aspecto visual, lo cual hace que las dos marcas sean confundibles a primera vista y solamente por medio de un examen detenido sea posible distinguir una de otra", de suerte que son similares "porque entre ambas existen partes esenciales idénticas".

La parte demandada negó la similitud marcaria afirmada en la demanda, y se

opuso a las pretensiones en esta formuladas. Así las cosas, y practicadas las pruebas solicitadas por las partes, el Juzgado del conocimiento, Primero Civil del Circuito de Bogotá, finalizó la primera instancia con sentencia de fecha 26 de octubre de 1966, negando las peticiones de la demanda y absolviendo en consecuencia a los demandados. Apelada esta providencia por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó sin salvedad alguna mediante fallo de 5 de julio de 1967, el cual a su turno fue recurrido en casación por la misma parte, recurso este último a cuya decisión procede la Corte en esta oportunidad.

La Sentencia del Tribunal.

El Tribunal, luego de hacer algunas consideraciones jurídicas en torno a las marcas comerciales y a las acciones de oposición y de cancelación consagradas en la ley para su protección, pasa a comentar el artículo 8º de la ley 94 de 1931, que define lo que es marca original y marca imitada, a la vez que determina lo que se entiende por imitación, recuerda lo que sobre ese mismo particular había dispuesto con anterioridad el artículo 43 de la ley 31 de 1925, y observa que según esos preceptos la confusión entre dos marcas puede provenir de imitación "cuando se reproducen apenas los elementos más sobresalientes de la otra marca, con supresión o agregación de detalles secundarios. Lo anterior puede ocurrir cuando en las dos marcas existe una o más partes esencialmente parecidas. La expresión 'esencial', que emplea la ley, ha dicho el Tribunal, 'puede tomarse en dos sentidos:

o bien se indica con ella que las diversas partes de las marcas no pueden tener una semejanza absoluta, o expresar que en las partes que pueden servir para definir las, que las llevan a ser lo que son, es decir que constituyen sus atributos fundamentales, de los que sus otras cualidades se derivan, no puede existir semejanza tan grande que pueda inducir a confusión". Agrega que la confusión debe surgir a primera vista, y que en este caso la ley "se coloca en la posición del público comprador o consumidor que, lejos de prevenirse contra cualquier engaño, es generalmente distraído y no está en condiciones de realizar una inspección o cotejo minucioso y referente a los detalles distintos que existan entre las marcas". Y termina estos comentarios generales poniendo de presente cómo la jurisprudencia y la doctrina han elaborado criterios adicionales al legal para definir cuándo hay confusión entre dos marcas, proveniente de semejanza entre ellas, tales como el ortográfico, relativo "a la escogencia de las letras de que están compuestas las palabras"; el etimológico, "referente al origen de los vocablos"; el fonético, "atinente a la pronunciación de los mismos"; el visual, "por razón de la forma gráfica que se da a los caracteres con que las marcas se estampen"; y el ideológico, "procedente de su significado (el de las palabras que constituyen la marca) y de la asociación de ideas que éstas puedan suscitar en la mente".

Con este enfoque teórico de la cuestión, pasa el Tribunal a analizar la prueba pericial practicada con el objeto de establecer la similitud que pueda existir entre las marcas materia de este juicio, y extracta las opiniones de los dos peritos principales y la del tercero, para sacar de ellas la conclusión de que dos de dichos peritos "concurdan, con fundamentos aceptables, en excluir toda posible confusión entre las marcas Milo y Milko-Algarra, tomada esta íntegramente en sus dos elementos. Su dictamen uniforme, habida cuenta de la prestancia intelectual de los expertos y de la forma concluyente como está rendido, es plena prueba". Y más adelante dice: "Al aplicar los principios sobre la materia enunciados inicialmente, en armonía con

la prueba pericial practicada, se debe admitir que la marca "Milko-Algarra"... presenta verdaderos rasgos de originalidad, desde el momento en que para integrarla entra en combinación necesaria con el segundo de sus elementos, "Algarra", el cual resulta predominante y le impone al conjunto un distintivo especial y, por lo mismo, novedoso".

La Demanda de Casación.

Luego de señalar el recurrente los que a su juicio son los elementos estructurales de los conflictos marcarlos, de comentarlos uno por uno, de hacer otro tanto con los medios que la ley brinda para solucionar tales conflictos, y de destacar que en el caso de autos la diferencia entre las partes versa única y exclusivamente sobre la semejanza o similitud que pueda haber entre las denominaciones en que consisten las marcas de que las partes son titulares respectivamente, entra a formular dos cargos, ambos en la órbita de la causal primera de casación, así:

Primer cargo.—Desarrollándose sobre la base de lo que debe entenderse por imitación de una marca de comercio, a la luz del artículo 8º de la ley 94 de 1931, y de la manera equivocada como, a juicio del recurrente, en el presente caso entendió el Tribunal que la marca "Milko-Algarra" no era imitación de la marca "Milo" todo a consecuencia de haber interpretado erróneamente aquella disposición, el censor termina por precisar y concretar la acusación así: "La sentencia es directamente violatoria del artículo octavo de la ley noventa y cuatro (94) de mil novecientos treinta y uno (1931), por errónea interpretación de su genuino sentido".

Se Considera:

Preceptúa el artículo 8º de la ley 94 de 1931, que, como se ve, es la única norma que en calidad de substancial cita el cargo en examen como directamente infringida, por interpretación errónea:

"Marca original es la inscrita. Marca imitada es la no inscrita, igual o semejante a la inscrita. Hay imitación desde que entre

ambas marcas exista una o más partes esencialmente parecidas o desde que puedan confundirse a primera vista, de suerte que solo por medio de un examen detenido sea posible distinguir la una de la otra y siempre que la marca original y la imitada se apliquen a distinguir artículos de la misma clase y naturaleza”.

Basta reparar en el contenido de la norma transcrita, para advertir de inmediato que fundamentalmente consiste en determinar las circunstancias de hecho que configuran el concepto de imitación en materias relacionadas con el derecho marcario. Es decir, que esa norma no es atributiva de derecho subjetivo alguno, ni versa tampoco sobre la modificación o extinción de derechos de esa clase. Por consiguiente, no siendo ni atributiva, ni modificativa, ni extintiva de derechos, está privada del carácter de substancial que la preceptiva legal exige respecto de las normas de derecho positivo cuya infracción en una sentencia de segunda instancia hace posible la acusación de ésta por el primer motivo de casación, según el entendimiento que del concepto de “norma sustancial”, para efectos del recurso extraordinario, tiene adoptado con reiteración la jurisprudencia de la Corte.

Es manifiesta, entonces, la conclusión a que conduce la anterior observación: el cargo es improcedente, porque normas como la que en este cargo se da por infringida no están sujetas, en cuanto a su aplicación por los Tribunales, al menos por sí solas, a control en casación.

Segundo cargo.—Empieza diciendo el recurrente que uno de los peritos principales y el perito tercero conceptuaron que las expresiones Milo y Milko tienen similitud gráfica, fonética e ideológica, y que solo por la agregación a la segunda de la palabra Algarra, con formación de la denominación compuesta Milko-Algarra permite distinguir aquéllas. Estos peritos, pues, aceptaron que entre las dos marcas existe una similitud parcial y una diferenciación igualmente parcial, pero “sacaron la errónea conclusión de derecho de que la similitud parcial, resultante del fenómeno recí-

proco de la diferenciación parcial, impedía la descalificación de la marca “Milko-Algarra”, porque la ley la considera esencialmente distinta”. “La conclusión de derecho” a que llegaron dichos peritos, sigue diciendo el censor, es errónea, porque la simple coincidencia parcial de las dos marcas es bastante para la descalificación legal de la segunda; ellos acertaron al encontrar semejanza entre las palabras Milo y Milko, y en gracia de discusión podría aceptarse que acertaron también al considerar que Milo resulta diferente de Milko-Algarra, por el carácter compuesto de la última, pero erraron fundamentalmente “en la calificación o determinación de las consecuencias jurídicas de la similitud o disimilitud parciales, al creer que la ley acepta como registrable y como no cancelable a la expresión compuesta parcialmente similar a otra, contra el espíritu del artículo 8º de la ley 94 de 1931”. Y agrega que este error de fondo de los peritos comporta también otro error de forma implícito en la consideración de que “los peritos pueden hacer la calificación jurídica de los hechos sometidos a su dictamen, cuando es evidente que tales calificaciones solo corresponden al juzgador”. Sintetiza en seguida el censor los errores que le viene imputando al peritazgo, así: “En síntesis: el dictamen pericial no puede hacer calificaciones jurídicas; y la calificación jurídica que hace es legalmente equivocada”.

Refiriéndose ya a la sentencia acusada, expresa la censura que el Tribunal, al haber apreciado “la calificación jurídica que contiene el dictamen pericial”, lo aceptó como medio probatorio apto “para formular calificaciones jurídicas”, contra la naturaleza de esa prueba, que solo permite la demostración de cuestiones de hecho. De otra parte, “el Tribunal hace suyo el error de los peritos. Extralimita el alcance del dictamen de manera indebida, al derivar de él una conclusión que probatoriamente no contiene, y que si materialmente la comporta, ésta es equivocada”. Anota a continuación que la apreciación por el Tribunal del dictamen pericial constituye un doble error de derecho, con violación del artículo 722 del C. Judicial que fija el valor probatorio de la prueba de peritos. Error de dere-

cho este que lo condujo a no darle aplicación al artículo 8º de la ley 94 de 1931, al no haber aceptado que la identidad parcial entre dos marcas es suficiente para fundar la acción de cancelación establecida en los artículos 37 de la ley 31 de 1925, y 4º y 5º de la ley 94 de 1931. "Si el Tribunal hubiera abstraído la calificación de derecho que contiene el dictamen y lo hubiera limitado a su órbita propia, que se reduce a acreditar la similitud parcial de las marcas", hubiera aplicado las disposiciones mencionadas, y por lo mismo no las habría violado indirectamente por falta de aplicación, como sucedió. El mismo error de derecho hizo incurrir al Tribunal en violación indirecta del artículo 31 de la ley 31 de 1925, "por indebida aplicación".

Se Considera:

El cargo viene montado sobre el supuesto de que el dictamen pericial practicado para establecer si la marca "Milko-Algarra" constituye una imitación o no de la marca "Milo", está afectado por dos errores que el mismo recurrente expresamente compendia, así: "En síntesis: el dictamen pericial no puede hacer calificaciones jurídicas; y la calificación jurídica que hace es legalmente equivocada". Luego, deduce el recurso, al haber fundado el Tribunal su decisión en ese dictamen, hizo suyos los mencionados errores de que adolece, que son de derecho, violando el artículo 722 del C. J. y de rebote los artículos 4º, 5º y 8º de la Ley 94 de 1931, y 31 y 37 de la ley 31 de 1925.

La fuerza del cargo, entonces, quedó dependiendo radicalmente de que correspondiera a la realidad lo que él pregona con tanta insistencia y de manera tan enfática: que los peritos dictaminaron fundándose en consideraciones de orden jurídico, invadiendo de esa manera la órbita propia del juzgador. Ahora bien, como de dicha circunstancia es de donde hace derivar el censor el error de derecho que en la apreciación del peritazgo le imputa al Tribunal, y como conforme a la disciplina del recurso de casación pesa sobre el recurrente la carga de demostrar los errores de apreciación probatoria que invoque (art. 52 del Decreto-ley 528 de 1964, inciso 2º, del numeral

1º), síguese que en este caso debería aparecer demostrada en el desarrollo del cargo la aludida circunstancia. Pero no ocurre así, porque el censor se limita a hacer afirmaciones generales a ese respecto, sin respaldarlas en el contenido del dictamen y dando por supuesta la verdad de ellas. Se encontraría en ello motivo bastante, por consiguiente, para tener como insuficientemente formulado el cargo.

Por lo demás, no le habría sido posible al censor demostrar el hecho a que se viene haciendo referencia, por la sencilla circunstancia de que los peritos no cometieron el error que el cargo les atribuye. En efecto, basta leer lo dicho por ellos para advertir sin el menor esfuerzo que fue a base de un análisis de las expresiones "Milo", "Milko" y "Milko-Algarra", y de la comparación de ellas entre sí por sus aspectos gráficos, fonético e ideológico, es decir, en consideración a circunstancias de puro hecho y precisamente del tipo de las que para la misión a ellos encomendada les correspondía examinar, como llegaron a las conclusiones consignadas en sus respectivos informes. No se advierte, entonces, en dónde pudo el recurso hallarle respaldo a su afirmación de que fueron apreciaciones de derecho las que llevaron a los peritos a sostener que la marca "Milko-Algarra" no constituye imitación de la marca "Milo".

Afirma el censor, aparentemente dándole una nueva dimensión al cargo que se examina, que el Tribunal "amplió indebidamente el alcance de los dictámenes periciales, para llegar a la falsa conclusión de que las marcas parcialmente distintas son jurídicamente admisibles, en contra de los textos legales sustantivos, para los cuales la similitud parcial fundamenta suficientemente el ejercicio de las acciones de oposición y cancelación". Pero a lo anterior se observa, haciendo abstracción de toda cuestión relativa a técnica de casación, que el Tribunal no argumentó sobre la falsa idea que la censura le endilga; él razonó teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 94 de 1931, y eso solo permitiría entender que en ningún momento sostuvo que entre marcas parcialmente distintas; o sea parcialmente parecidas, no se de la

figura de la imitación; lo que hay que entender como aceptado por el Tribunal, y así resulta de su referencia a la disposición citada y de los términos mismos de pasos de su fallo, es algo muy distinto a aquéllo: que cuando entre dos marcas no existan "una o mas partes esencialmente parecidas", (subraya la Sala) según expresamente reza el texto legal aludido, no se trata de imitación.

Lo expuesto es bastante para rechazar el cargo.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha cinco (5) de julio de mil novecientos sesenta y

siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio sobre cancelación de una marca comercial promovido por "Nestlé, S. A." contra Luis y Ricardo Vargas Acosta.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e 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.

FILIACION NATURAL

INSPECCION OCULAR

No es medio hábil para probar el estado civil.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediell Angel)

(Aprobación; Acta N° 57 de 16 de julio de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 19 de mayo de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá en el proceso ordinario de José Gregorio Parra contra Dolores Colorado de Parada y otras.

El Litigio.

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Zipacón, José Gregorio Parra demandó a Dolores Colorado de Parada, Ana Isabel Parada de Palacios y Luis Parada Colorado, en procura de la declaración de que el demandante es hijo natural de Leonidas Parada Cruz, ya fallecido, de que en tal carácter tiene derecho a heredar a éste en la proporción legal, y de que las demandadas están obligadas a restituírle los bienes herenciales hasta concurrencia de lo que le corresponda en su condición de legitimario, previa reforma del trabajo de partición.

En los cuatro primeros hechos de la causa petendi y afirma el actor:

1º De conformidad con la partida de bautismo respectiva, mi poderdante nació en la población de Zipacón, en la fecha que tal documento significa, siendo hijo de la señora Manuela Parra.

“2º. — Desde corta edad, y dado su carácter de hijo natural del señor Leonidas Parra Cruz, éste proveyó a su educación, sostenimiento y establecimiento, de tal modo que sus deudos y amigos y el vecindario en general, por más de diez años continuos lo reputaron como hijo del mencionado señor Parada Cruz, precisamente por ese mismo tratamiento.

“3º) La educación, sostenimiento y establecimiento por parte del señor Parada Cruz para su hijo José Gregorio Parra, fueron permanentes, constantes y regulares, y, además siempre públicos.

“4) El señor Parada Cruz hizo vida marital extramatrimonial con la señora Manuela Parra, manteniendo relaciones sexuales con comunidad de habitación”.

En los tres restantes hechos alude el demandante al trabajo de partición llevado a cabo en la mortuoria de Leonidas Parada Cruz, debidamente aprobado y registrado, y a las adjudicaciones que en él se hicieron a las demandas.

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición de aquéllas, el juzgado

desató la litis en sentencia de 12 de julio de 1966, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda. En virtud de apelación interpuesta por la parte vencida surtióse el segundo grado del juicio, el cual culminó con la sentencia de 19 de mayo de 1967, confirmatoria de la del a-quo, y que, según se expresó anteriormente, constituye la sujeta materia del concurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Luego de observar el Tribunal que en el caso sub-lite se cumplen satisfactoriamente los presupuestos procesales, y de notar que la ausencia de la prueba del carácter de heredero con que se demanda o se es demandado, por incidir en el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, implica sentencia inhibitoria, expresa:

“Ahora bien, puede afirmarse que en nuestro asunto no se acreditó la legitimación en causa del demandante ni la capacidad para ser parte de las demandadas?

“En cuanto a la primera ha pretendido el apoderado de la parte demandada que como la copia de la partida acompañada a la demanda no fue firmada por el alcalde no sirve para acreditar el correspondiente estado civil de hijo natural del demandante con respecto a la señora Manuela Parra.

“No obstante, para esta Sala esa copia sí acredita ese estado civil ya que la ley en parte alguna exige que las copias expedidas por las alcaldías deben ser firmadas por ellos y no por sus secretarios. Ellos tienen la misma facultad de los secretarios de los Juzgados Municipales, (art. 121 C. J.) los cuales de acuerdo con el Código Judicial pueden expedir copias de las providencias que dictan los jueces.

“Además, durante la inspección ocular practicada en la segunda instancia se pudo establecer que el libro de registro civil correspondiente al año de 1941 no se hallaba en los archivos de la alcaldía, razón por la cual puede apreciarse como prueba suple-

toria, si se le quiere dar esa calidad, la partida firmada por el Secretario de la Alcaldía. No obstante, esta Sala considera que dicha partida, de acuerdo con lo expuesto anteriormente sí fue expedida con las formalidades legales y comprueba el estado civil que con ella se quiso acreditar.

“En cuanto a la oportunidad procesal en que se acompañó la segunda copia tenemos que de acuerdo con el artículo 597 del Código Judicial las pruebas han de estimarse por haberse ‘presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes’.

“Además la parte demandada no hizo objeción alguna a la práctica de la inspección ocular decretada en la segunda instancia y el auto que la ordenó quedó ejecutoriado y no fue motivo de reclamo alguno.

“... ”

“De tal manera que con esa inspección ocular, a la cual no concurrió la parte demandada, la cual tampoco formuló reparo alguno a la providencia por medio de la cual se ordenó la inspección ocular, también se acreditó la calidad de herederos de los demandados, ya que allí se tomó cuenta exacta de las partidas de origen eclesiástico que establecen ese carácter de herederos del señor Leonidas Parada.

“La inspección ocular dice textualmente:

“El señor Cura Párroco puso a disposición del personal de la diligencia los libros de la Parroquia y se comprobó la existencia de las siguientes partidas: a) Partida de matrimonio de Leonidas Parada, hijo legítimo de Francisco Parada e Ignacia Cruz con Dolores Colorado, hija legítima de Jacinto Colorado y Natividad Macena, el cual se celebró el 10 de junio de 1916. La partida anterior aparece bajo el número 61 del Libro 15 de matrimonios folios 25. b) Partida de bautismo de María Luisa hija legítima de Leonidas Parada y Dolores Colorado. Abuelos Paternos y maternos los mismos de María Luisa Parada. La anterior partida fue sentada al folio 40 y bajo el número 117 del mismo libro de bautismos número 22 y tiene fecha 5 de julio de 1919’.

“Sostener que las anteriores constancias que equivalen, dados los datos tomados, a copias de las partidas correspondientes no acreditan el estado civil de que allí se da cuenta sería desconocer flagrantemente la realidad procesal, el hecho incontrovertible que surge de esa prueba practicada, con citación de la contraparte y la cual no fue atacada, según lo exponíamos anteriormente”.

Sobre la base de que no existen impedimentos procesales para proferir sentencia de mérito, procede al Tribunal a examinar la prueba testimonial aportada al proceso con el fin de acreditar las causales invocadas, y encuentra que “los distintos testimonios relacionados entre sí, sin lugar a dudas producen la convicción absoluta de que José Gregorio Parra nació mucho después de que se iniciaron las relaciones sexuales estables y notorias entre José Leonidas Parada y Manuela Parra y también mucho antes de que ellas finalizaran, por lo cual debe presumirse hijo de aquéllos”. Agrega que “estando demostradas las relaciones sexuales estables y notorias entre el padre de José Gregorio Parra y la madre de éste, en virtud de las cuales se produjo el nacimiento de aquél, no es necesario entrar a hacer un análisis de la causal de la posesión notoria”.

La demanda de Casación.

Con base en la causal primera acúsase la sentencia del Tribunal por violación del artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936, artículo 19 del mismo estatuto, y artículos 1321 y 1323 del Código Civil, todos ellos por aplicación indebida, a causa de los siguientes errores en que habría incurrido el sentenciador: a) error de hecho evidente en la interpretación de la demanda: b) error de derecho el estimar probados el nacimiento del demandante y la condición de herederas del presunto padre en las demandadas: c) errores de derecho y errores evidentes de hecho en la apreciación de la prueba testimonial; y d) error de derecho en la apreciación de los testimonios de la parte demandada.

La Corte encuentra que el cargo está llamado a prosperar con fundamento en el error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al dar por probada la condición de herederas de las demandadas respecto del presunto padre natural, y, por consiguiente, contrae a esa censura su estudio.

Sostiene el recurrente que la inspección ocular no es “el medio para que un Tribunal, en segunda instancia, cerrada ya para las partes la oportunidad de pedir como pruebas documentos preexistentes a la primera instancia, no allegados o no pedidos por culpa de ellas, se traslade a los sitios en donde se hallen tales documentos para tomar copia de éstos. Y menos, mucho menos, cuando de escrituras públicas o de actas de estado civil se trata, cuya prueba solo puede consistir en copia autorizada por el correspondiente funcionario, es decir, por el Notario, el Alcalde, o el sacerdote párroco, según el caso”.

Dice que al dar el Tribunal por probada la calidad de herederos de las demandadas respecto del presunto padre natural, con la inspección ocular practicada en la segunda instancia sobre los libros parroquiales, violó los preceptos de indole probatoria contenidos en los artículos 1º y 18 de la ley 92 de 1938, 682 del Código Judicial, 22 de la ley 57 de 1887 y 395 del Código Civil, e indirectamente las normas sustanciales citadas en el encabezamiento del cargo: que la violación medio de los artículos 22 de la ley 57 de 1887 y 395 del Código Civil antes citados, “consiste en haber tenido como prueba del estado civil de las demandadas los ‘datos’ que el Tribunal tomó en la inspección ocular practicada en la casa cural de Zipacón sobre los libros de la Parroquia”; que ni como prueba principal ni como supletoria puede considerarse tales “datos”, por que conforme al artículo 22 renombrado “se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil... las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales”, y porque según el 395 mencionado “la falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario por otros documentos auténticos...”:

que en el caso de autos no se trata de falta de las actas de estado civil, sino de que el demandante no presentó, pero ni solicitó siquiera, copia de ellas; que, finalmente, considerar plenamente probado el estado civil de las demandadas con unos "datos" tomados por el Magistrado ponente en los libros parroquiales es olvidar que, como lo ha expresado la Corte muchas veces, "las pruebas del estado civil son taxativas y precisas".

La Corte Considera:

1. - La trascendencia que tiene el estado civil de una persona, ha determinado al legislador a reglamentar en forma severa y minuciosa la manera como ha de llevarse a cabo el registro de los distintos estados civiles y para señalar en forma taxativa los medios a través de los cuales puede acreditarse su existencia. "Dicha calidad —establece el artículo 347— deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado".

2.—El artículo 22 de la ley 57 de 1887, aplicable a los estados civiles constituídos con anterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, preceptúa en lo pertinente: "Se tendrán y admitirán como 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 actas o partidas existentes en los libros parroquiales (Se subraya). Tales certificaciones, a partir de la vigencia de la ley 92 precitada, solo tienen el carácter de prueba supletoria según el artículo 19 de la misma que a la letra dice:

"La falta de los respectivos documentos del estado civil (las actas a que se refiere el 347 del C. C., nota la Corte) podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales... por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil".

3.—Tiénesse, por tanto, que tratándose de estados civiles constituídos con antelación a la vigencia de la ley 92 de 1938, son también prueba principal de los nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, "insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales". A partir de la vigencia de dicha ley, según se establece en el artículo 18 de la misma, "solo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley".

4.—Habiendo ocurrido el nacimiento de las demandadas María Luisa y Ana Isabel, y el matrimonio de Dolores, mucho antes de la vigencia de la ley 92 de 1938, podía acreditarse su existencia con certificaciones expedidas por los respectivos sacerdotes párrocos, "insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales". La inspección ocular que en la segunda instancia se practicó sobre los libros de la parroquia de Zipacón no acredita la existencia de tales estados civiles, por las siguientes razones:

a) Porque la inspección ocular sobre los libros respectivos no constituye prueba principal ni supletoria del estado civil;

b) Porque ese medio probatorio no es idóneo para establecer hechos que requieren prueba solemne; y

c) Porque aún admitiendo, en gracia de discusión, que la inspección ocular fuera procedente para tal efecto, es lo cierto que no se insertaron las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, y son esas actas las que prueban el respectivo estado, según lo estatuye el artículo 347 del C. C.

5. - El error de derecho en que incurrió el Tribunal al tener la inspección ocular precitada como prueba de los estados civi-

les a que se hizo referencia es manifiesto, pues le dio a ese medio un mérito probatorio de que carece, con lo cual violó directamente los artículos 395 del C. C., 22 de la ley 57 de 1887, 18 de la ley 92 de 1938 y 632 del C. J., e indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 4º, numeral 4º, de la ley 45 de 1936, y 1321 y 1323 del C. C., citados en el cargo, el que, por lo mismo, está llamado a prosperar.

6. - El argumento del opositor de que la calidad de herederos de las demandadas respecto del presunto padre natural se halla acreditada con el certificado del registrador acompañado a la demanda, en el cual se copian las hijuelas de adjudicación de bienes que a aquéllas se les hizo en la mortuoria de Leonidas Parada Cruz, no es de recibo porque las certificaciones del registrador de Instrumentos Públicos, según lo tiene dicho la Corte, son, por regla general, "prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual solo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es de su copia formalmente expedida". (CI. 100). Solo excepcionalmente suplen el respectivo título, en las hipótesis contempladas en el artículo 2675 del C. C. En el caso que se examina no se acreditó la ocurrencia de alguno de los hechos previstos en esta norma como supuestos de su aplicación, y, por consiguiente, el certificado prenombrado acredita tan solo el registro del trabajo de partición llevado a cabo en la mortuoria de Leonidas Parada Cruz, más no las adjudicaciones que en él se hicieron ni, por lo mismo, la calidad de herederas de las demandadas respecto de aquél.

Sentencia de Reemplazo.

Reiteradamente se ha dicho que la calidad de heredero que invoque quien reclama un derecho o que se predique del demandado para deducirle en ese carácter una obligación, forma parte del presupuesto proce-

sal de la capacidad para ser parte: y que, consecuentemente, "la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material". (XCI, 52).

Como en el caso sub-lite no se acreditó el carácter de herederas de las demandadas respecto del presunto padre natural, ha de declarar la Corte su inhibición para desatar en el fondo la controversia planteada en la demanda incoativa de este juicio.

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, cassa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá, en el presente negocio, con fecha diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967), y como juzgador de instancia revoca la de doce (12) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966), del Juzgado Promiscuo Municipal de Zipacón, y en su lugar declara su inhibición para pronunciar sentencia de mérito, por faltar en las demandadas el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte.

Condénase al demandante en las costas de la primera instancia.

Sin costas la segunda instancia y el recurso de casación.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cedeñel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Criterio subjetivo de nuestra legislación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 58 de 17 de julio de 1970).

Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá demandaron Raquel Franco de Rodríguez, Raquel Rodríguez de Palacio, Mercedes Rodríguez de Suárez y Gabriel Rodríguez Franco a la sociedad "Inmobiliaria de los Andes, S. A." de Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario se declarase a esta última civilmente responsable de los perjuicios sufridos por los actores como propietarios de la casa situada en la carrera 12 de la ciudad de Bogotá, marcada en sus puertas de entrada con los números 23-63 y 23-71, a consecuencia de los daños que a dicho inmueble causó la construcción de un edificio contiguo por el costado norte, de propiedad de la sociedad demandada y construido a sus expensas, y por lo tanto se condenase a la misma sociedad a pagar a los actores, en proporción a sus respectivas cuotas de dominio en el inmueble, el valor de tales perjuicios.

Las anteriores pretensiones se apoyaron en las siguientes afirmaciones que se extractan en lo pertinente: que los actores eran dueños exclusivos del inmueble antes mencionado, cuyos linderos se relacionan, habiéndolo adquirido por los modos y en la proporción que respecto de cada uno se in-

dica; que encontrándose la casa aludida en buen estado, y explotada por sus dueños mediante arrendamiento, sobre el lote contiguo a ella, por el costado norte, se inició por cuenta de la sociedad demandada la construcción de un edificio de varias plantas, ya terminado cuando se presentó la demanda, y cuya nomenclatura corresponde al número 23-77 de la carrera 12; que la cimentación y construcción del edificio dicho causó daños a la casa de propiedad de los demandantes, tan graves que la hicieron inhabitable, de suerte que su arrendatario se vio en la necesidad de entregarla a los propietarios, y éstos luego a demolerla; que en virtud de los hechos anteriores los propietarios dejaron de percibir renta del inmueble en cuestión desde el 10 de noviembre de 1961 hasta mediados o fines de 1962, cuando empezaron a recibir del lote un producido inferior al que les hubiera rendido la casa.

Adelantado el juicio con la oposición de la sociedad demandada, el Juzgado a-quo finalizó la primera instancia con sentencia mediante la cual acogió las peticiones de la demanda y dispuso que la regulación de los perjuicios a cuyo pago condenó, se hiciera por el procedimiento del artículo 553 del C. J.

Apelada dicha sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en todas sus partes mediante la suya de 22 de septiembre de 1967. Al motivar la confirmación, el Tribunal empezó por observar cómo los avances de la doctrina en materia de responsabilidad civil habían llevado has-

ta admitir "la denominada responsabilidad sin culpa por actos excesivos que causan daño, originada en las relaciones de vecindad", a propósito de lo cual transcribe casi en su totalidad la sentencia de 31 de agosto de 1954 proferida por esta Sala de Casación Civil (G. J. 2.145, pág. 426 y ss.), en la cual, tras larga exposición y con fundamento en los artículos 669 del C. C. y 30 de la Constitución Nacional, se llega a la conclusión en materia de relaciones de vecindad concernientes al ejercicio del derecho de propiedad inmueble, de que cuando a consecuencia de un goce anormal se causa un daño excesivo, y en casos que queden situados fuera del ámbito de las servidumbres y del abuso del derecho, "no se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presume sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad". Aplicando este antecedente jurisprudencial al caso sub-lite, dice más adelante el Tribunal que se trata de un problema de relaciones de vecindad en el que según la demanda "los actos realizados por la sociedad demandada no son ni ilegales ni abusivos, sino excesivos, pues no fueron ejecutados con torcida intención, pero ni siquiera con descuido, no obstante lo cual causaron daño al vecino, por lo cual para que surja la obligación de indemnizarlo basta la prueba del daño y del vínculo de causalidad, únicos extremos estos que hay necesidad entonces de examinar". Extremos estos que, de acuerdo con lo anunciado, examina efectivamente con el resultado de encontrarlos establecidos. Es así como el Tribunal remata sus razonamientos diciendo que la sentencia de primer grado merece ser confirmada.

Contra la sentencia del Tribunal que se viene de extractar, interpuso la parte demandada el recurso de casación que en esta oportunidad tiene la Corte bajo su conocimiento. Recurso que en la demanda respectiva se concreta en un solo cargo que se enuncia como de violación por interpretación errónea de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, y se sustenta en las razones que a continuación se resumen:

El texto del artículo 2.341 del C. C. incluye como elemento de la responsabilidad extracontractual a la culpa, y por lo tanto aquélla debe tener origen en ésta. Por consiguiente, suprimir la culpa cuando se pretende deducir una responsabilidad civil extracontractual, constituye manifiesta violación del precepto indicado, pues el daño y el vínculo de causalidad no son bastantes por sí solos para que aquélla surja, ya que aún existiendo esos factores puede no haber responsabilidad, precisamente por falta de culpa. En la sentencia acusada ocurre que a la norma pertinente al caso, la del artículo 2.341 considerado, "se le cerceña uno de sus elementos básicos, como es la culpa, para fundarse entonces la decisión solo en los otros dos... Si el Tribunal hubiera tomado en su integridad el mencionado artículo 2.341 habría llegado a conclusión distinta a la que llegó"; pero como eliminó de él el factor culpa y en esas circunstancias condenó a la sociedad demandada, "ha interpretado erróneamente, violándolo, el artículo 2.341 del C. C."

Y en cuanto al artículo 2.356 del C. C., dice el censor que constituye una excepción al principio general consagrado en el 2.341 *ibidem*, y que como tal "no es dable su aplicación a otros casos no previstos en la mencionada norma", para volver luego a insistir, trayendo a cuento citas de autores, en que la culpa es elemento constitutivo necesario de la responsabilidad civil, y regresar en seguida a comentar el citado artículo 2.356 observando al efecto que en tal disposición se consagra una presunción de culpa, sin que en ningún caso se establezca allí que la culpa no sea necesaria. Pasa a expresar que el Tribunal reconoció en la sentencia que en el caso aquí considerado la sociedad demandada no incurrió en culpa, pues dijo que los actos imputados a ésta no son ni ilegales, ni abusivos, pues no fueron ejecutados con torcida intención, ni siquiera con descuido; no obstante lo cual "la condena dando aplicación a los artículos 2.341 y 2.356 del C. C., que exigen como primer elemento esencial de la responsabilidad civil la culpa del demandado y la relación de causa a efecto entre dicha culpa y el daño causado al demandante. Luego

el Tribunal violó directamente los textos indicados, ya que si, como él reconoce, no existió culpa en la demandada, mal podría condenársele, con base en textos que exigen la demostración de culpa o al menos que esta se presume, para ser aplicables”.

La Corte Considera:

Evidentemente, como lo pone de presente el recurso, en la sentencia acusada se deduce a cargo de la sociedad demandada una responsabilidad civil extracontractual, con fundamento único y exclusivo en que la construcción de un edificio de propiedad de dicha sociedad causó daños en un inmueble contiguo de propiedad de los demandantes. Es decir, y así lo aceptó expresamente el sentenciador, que en un caso como el de autos solo era indispensable demostrar el daño sufrido por los actores, y el vínculo de causalidad respectivo, o sea que ese daño fue producido a consecuencia de la construcción del edificio de la sociedad demandada. Se prescindió en absoluto, pues, al calificar la pretensión hecha valer en la demanda, de toda idea de culpa, y se admitió así que en nuestro derecho puede tener cabida una responsabilidad civil extracontractual resultante de factores puramente objetivos, esto es, una responsabilidad absolutamente independiente y ajena al concepto de culpa.

Como ya se hizo ver atrás, al decidir en tal forma y con dicho criterio, no hizo el Tribunal cosa distinta a aplicar al caso de autos la tesis que mediante sentencia de fecha 30 de agosto de 1954 (G. J. N° 2.145, pág. 425 y ss.), sostuvo la Corte en materia de relaciones de vecindad ocasionadas por el ejercicio del derecho de dominio, sentencia ésta que la ahora recurrida transcribió casi totalmente para efectos de su propia motivación. Una rápida esquematización de la argumentación de la Corte contenida en la sentencia mencionada, indica que los siguientes son los puntos culminantes de la tesis allí defendida: 1) las relaciones de vecindad que crea el ejercicio de la propiedad inmueble, pueden clasificarse en tres grupos: a) el de las servidumbres, regulado por las normas legales pertinentes a éste dere-

cho real; b) el de aquéllas relaciones no previstas especialmente, pero que sanciona la teoría del abuso del derecho con fundamento en la culpa; y, c) el de aquéllas relaciones tampoco previstas especialmente, pero que requieren grupo especial por no encajar dentro de la teoría del abuso del derecho; 2) este tercer grupo se caracteriza porque las relaciones a que da lugar proceden de actos ejecutados sin torcida intención, ni siquiera con culpa, pero que, siendo excesivos o anormales, en el sentido de que rebasan los límites de la tolerancia natural con que deben ser soportados por todo propietario los actos legítimos de goce de su vecino, causan un daño que debe ser indemnizado; 3) se da entonces en los casos que configuran el tercer grupo, una responsabilidad civil a la cual es extraño, sin que por lo mismo tenga nada que ver con ella, el concepto de culpa. Textualmente expresa allí la Corte a este respecto: “No se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad”; y, 4) la fuente legal de la especial responsabilidad sin culpa que se presenta en los casos del tercer grupo de relaciones de vecindad considerado, no puede estar en el artículo 2.341 del C. C., toda vez que éste parte de la base de que el responsable del daño incurrió en culpa; pero sí está en los artículos 669 del C. Civil y 30 de la Constitución Nacional.

II. - Tiénese, entonces, que la tesis en que se apoya la sentencia ahora acusada en casación, halla respaldo en la doctrina en la providencia de la Corte que acaba de sintetizarse, máxime si se tiene en cuenta además que la situación de hecho planteada en el juicio dentro del cual se profirió esta última, es igual a la que dio origen al presente negocio.

Pero la verdad es que la aludida tesis no fue acogida por la Corte sino en la oportunidad recordada, pues en ocasiones posteriores en que hubo de volver a contemplar el tema no solo se cuidó de hacerlo bajo aquel enfoque, sino que manifiesta-

mente lo desechó, poniendo de presente cómo en el actual estado de nuestro derecho positivo no puede pretenderse en ningún caso prescindir de la culpa para estructurar el concepto de responsabilidad civil extracontractual. Así, en sentencia de 5 de abril de 1962, publicada en la G. J. Nos. 2.253, 2.254, pág. 343, juzgando también un caso de relaciones de vecindad de la misma, clase de los que aquí se han venido considerando, dijo:

“Mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Solo que en salvaguardia de la víctima se invierte en su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa”.

Y más a fondo y con mayor detenimiento se trató la misma cuestión, nuevamente con ocasión de perjuicios causados por la construcción de un edificio a los propietarios de predios contiguos, en sentencia de 8 de mayo de 1969, no publicada aún, juicio de Pompilio Rueda contra María Fernández de García. Allí se dijo:

“Verdad sabida es que la vida social conlleva numerosos riesgos para quienes en ella participan, y que aquellos se multiplican al ritmo del desarrollo material de dicha vida. Entonces y en principio, el sufrir los efectos de esos riesgos es para el individuo tan natural como padecer los que le causan las fuerzas físicas. La equidad, norte y guía de toda elaboración jurídica y de toda hermenéutica, únicamente autoriza el traslado de la carga de estos riesgos del damnificado hacia otra persona, cuando esta última ha faltado al deber primordial que tiene como ser político de observar una conducta honesta y prudente que, al propio tiempo que le permita satisfacer sus intereses legítimos, evite la lesión injusta de los derechos ajenos. Tal es el fundamento deontológico del postulado *neminem laedere* que se traduce en la ya mencionada regla jurídica, según la cual nadie ha de sufrir perjuicio por la culpa ajena (*nemo ex altera culpa praegravari debet*), cuyo solo enunciado implica la calificación moral de la conduc-

ta de aquél a quien se síndique de injuria a otro. Repugna, en una concepción espiritualista, la pretensión de estructurar la institución de la responsabilidad en general, y cuyo efecto civil consiste precisamente en trasladar el daño experimentado por la víctima a otra persona llamada a indemnizarlo, y esto a base de un criterio materialista que, al prescindir de la valoración ético-jurídica de la conducta humana, opera en forma mecánica e incurre en la injusticia de sancionar a quien está exento de toda falta. Esta es la filosofía que emana de la Ley Aquilia y que, combina con el profundo sentido práctico de los jurisconsultos romanos, condujo a que se sustituyera la imputación física por la moral como fundamento de la responsabilidad civil; pero sin descuidar la debida protección de la víctima al exigirle a toda persona, por el solo hecho de vivir en sociedad, la máxima diligencia y prudencia en sus actuaciones, so pena de responder hasta de la culpa levísima. Y esta es la filosofía que al respecto ha inspirado desde entonces al derecho occidental, a los principales modelos de nuestro ordenamiento civil, y a éste mismo. Agrégase a lo dicho que nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procura en la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, sino que también, por aplicación generalizada del artículo 2.536 del C. Civil en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquella índole resulte extremadamente difícil, pues este tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto, razón para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva... En suma: si nuestro C. Civil, siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han

de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia ...”.

III. - En el caso del recurso de casación que ahora se decide sucede que el único cargo formulado contra la sentencia impugnada consiste precisamente en que el sentenciador fundó su decisión en la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa. Entonces, si efectivamente el Tribunal aplicó a este caso la teoría mencionada, y si de su lado la teoría opuesta a esa, o sea la de la responsabilidad subjetiva o derivada de culpa, es la que actualmente sigue la Corte, como se reitera en esta oportunidad, por ser la que indudablemente consagra nuestro derecho positivo, de la discrepancia doctrinaria así denotada aparentemente debería resultar la casación de la sentencia.

No será así, sin embargo, ante todo por la circunstancia de que el cargo en examen no se ajusta a la exigente disciplina técnica del recurso de casación, cuando, como aquí, de la causal primera se trata. En efecto, ya se destacó atrás cómo la sentencia del Tribunal no tomó en cuenta para nada la responsabilidad civil derivada de culpa, pues en su motivación se afirma con reiteración que en un caso como el de autos la culpa no juega papel ninguno porque basta que exista el daño y la relación de causalidad. Lo cual significa, entonces, que no fueron ni pudieron ser las normas legales que integran el Título 34 del Código Civil, “Responsabilidad Civil por los Delitos y las Culpas”, ni por lo mismo ninguna de ellas en particular, las que el Tribunal aplicó al decidir el caso de autos. Según los considerandos de dicha sentencia, las normas en que se fundó la condena proferida contra la sociedad demandada fueron los artículos 669 del C. C. y 30 de la Constitución Nacional.

Si ello es así, como indudablemente lo es, salta a la vista que el cargo anda descaminado cuando le imputa al Tribunal el error jurídico de haber incurrido en errónea interpretación de los artículos 2.341 y 2.356 del C. Civil, que forman parte integrante del Título 34 a que se acaba de hacer referencia. Y anda en este sentido descaminado el cargo, porque la errónea interpretación, que al lado de la falta de aplicación y de la

indebida aplicación, forma los tres conceptos precisos y específicos por los cuales puede ser quebrantada una norma sustancial, como resulta del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, supone lógica y necesariamente que el sentenciador ha sabido elegir y efectivamente ha aplicado al caso la norma legal llamada a gobernarlo; solo que ha errado en el exacto entendimiento de lo dispuesto en la norma así certeramente elegida, ya por que limite el alcance de sus efectos, o, por el contrario, porque los exagere, o también porque le asigne efectos distintos a los en ella contemplados. No es concebible, por lo tanto, quebranto por errónea interpretación de una norma sustancial no aplicada por el sentenciador al caso sub-lite. En un evento tal, si se considera que esa norma debió ser aplicada, lo que procede es impugnar el fallo por falta de aplicación de ella, como es obvio.

Defecto de técnica el que se deja observado al cual puede agregarse otro cometido también por el recurrente. Y es el de que, habiéndose formulado el cargo por errónea interpretación de los citados artículos 2.341 y 2.356 del C. Civil, con la aducción de razones sustentatorias de esa pretendida equivocación, luego aparece invocándose también, dentro del mismo cargo, la indebida aplicación de esos mismos preceptos. En efecto, el censor, tras opinar que el Tribunal estimó que la sociedad demandada no había incurrido en culpa (opinión que no es exacta), protesta de que ante tal premisa se hubiera condenado a dicha sociedad con aplicación de los artículos 2.341 y 2.356 mencionados “ya que dice el recurso - si como él reconoce, no existió culpa en la demanda, mal podría condenársele con base en textos que exigen la demostración de culpa o al menos que ésta se presume, para ser aplicada”. Planteamiento este que no solo es desacertado en cuanto que, como ya se vió, el Tribunal no fundó en esas disposiciones la condena que profirió, sino que coloca al recurrente en contradicción consigo mismo, puesto que critica por indebida aplicación unos preceptos que al mismo tiempo, desde el momento en que los considera mal interpretados por el Tribunal, los supone debidamente aplicados.

Resta observar, por lo demás, que en el supuesto de que el cargo se hubiera formulado en debida forma, y de que por lo atrás expuesto la Corte lo hallara fundado, tampoco seguiría de ello la casación de la sentencia acusada, pues de todas maneras vendría a resultar que los elementos daño y vínculo de causalidad, ya establecidos por el Tribunal y no impugnados en casación, se integrarían con la culpa presunta de la sociedad demandada, por fundarse la pretensión indemnizatoria de los actores en una actividad peligrosa a la cual le es aplicable el artículo 2.356 del C. C. (G. J. 2.253, 2.254, pág. 343), de modo que estarían así presentes los tres elementos axiológicos exigidos por la teoría subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual consagrada en nuestro sistema, y procedería entonces la condena a que por otro cauce llegó la sentencia objeto del recurso que se decide.

El 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 veintidos (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio ordinario de Raquel Franco de Rodríguez y otros contra "Inmobiliaria de los Andes, S. A."

Sin costas en el recurso, en razón de rectificación doctrinaria.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Hernando Morales M. Conjuez, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

CONDICION RESOLUTORIA

La acción resolutoria por incumplimiento es personal. — Situación jurídica de los causahabientes a título singular — Legitimación en causa del actor

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 16 de los corrientes según Acta N° 57 de esa fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 7 de noviembre de 1966 proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio ordinario de Antonio Jiménez Gómez y otro frente a Carlos Estrada Escobar y otros.

El Litigio.

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago, Javier Gómez Botero y Antonio Jiménez Gómez demandaron a Martín Castrillón R., Adela Echeverri de Echeverri, Mariela, Hernando, Adela, Jaime, Guillermo y Ligia Echeverri, como herederos de Marceliano Echeverri, Manuel Montoya Vélez, Lisandro Franky Alzate, Bernardino Alvarez O., Carlos Estrada Escobar, Joaquín Montoya Freydel y la Caja de Crédito Agrario, Sucursal de Cartago, para que, por los trámites de la vía ordinaria, se tomasen las siguientes determinaciones:

“Primera. — Que, por falta de pago del precio, queda resuelto el contrato de compraventa que entre Javier Gómez Botero y Martín Castrillón se hizo constar mediante la escritura pública N° 638 de fecha 17 de abril de 1950, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito de Cartago:

“Segunda. — Que, por lo mismo, se ordena la cancelación de dicho instrumento público, mediante anotación en la escritura matriz o protocolo, así como la cancelación del correspondiente registro cumplido por la Oficina de este Circuito con fecha 26 de abril de 1950 bajo la partida N° 979, folios 161 a 163, tomo II del Libro 1º.

“Tercera. — Que, en consecuencia, carecen de valor y eficacia respecto del demandante Javier Gómez Botero, todas las enajenaciones o gravámenes verificados a partir de dicho instrumento público y con base en el contrato allí contenido en relación con el mencionado derecho de mitad del predio “Maracaibo”, por parte de los demandados en el juicio;

“Cuarta. — Que el demandante Joaquín Montoya Freydel, desde la ejecutoria de la sentencia, debe restituir o hacer entrega material al demandante Javier Gómez Botero, del referido derecho de mitad del predio “Maracaibo”, singularizado en el hecho primero, con todos sus frutos naturales y civiles pendientes, mejoras o anexidades, y

libre de todo gravamen o limitación del dominio;

“Quinta. — Que el demandado Martín Castrillón, desde la ejecutoria de la sentencia, debe pagar a mi mandante Javier Gómez Botero todos los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato de compraventa ya referido, conforme a la estimación que de ellos se haga en el juicio;

“Sexta. — Que el demandado Joaquín Montoya Freydel, debe pagar al demandante Javier Gómez Botero los frutos y civiles (sic) producidos por la mitad del predio “Maracaibo” desde la notificación de la demanda hasta cuando se verifique su restitución o entrega material, y no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder, conforme a la estimación pericial que se obtenga en el juicio;

“Séptima. — Que los demandados deben pagar las costas y expensas del juicio, si lo afrontaran o se opusieren a las pretensiones de la demanda”.

Los hechos fundamentales de la causa petendi se pueden sintetizar así; a) por escritura pública 638 otorgada en la Notaría 2ª de Cartago el 17 de abril de 1950, debidamente registrada en el mismo circuito el 26 de abril subsiguiente, Javier Gómez Botero le vendió a Martín Castrillón la mitad de una finca agrícola, ubicada en Ansermanuevo, denominada Maracaibo y alindada como se indica en el hecho primero del libelo; b) el precio de la compraventa fue de \$ 80.000.00, pagaderos en un plazo de cuatro años contados a partir de la fecha de la compraventa, con intereses mensuales a la tasa del 1½ mensual y con garantía hipotecaria sobre el mismo inmueble vendido; c) el vendedor Gómez Botero cumplió sus obligaciones de hacer tradición registral y entrega material del inmueble al comprador Castrillón; d) al tiempo del contrato estaba vigente un gravamen hipotecario sobre el derecho inmueble, por valor de \$ 40.000.00, constituido en favor de Arturo Gómez Mejía mediante escritura pública

4-11 del 8 de febrero de 1950 otorgada en la Notaría 2ª de Pereira; d) por escritura 994 otorgada en la Notaría 1ª de Cartago el 27 de septiembre de 1950, Martín Castrillón le transfirió a Marcelino Echeverri los derechos que le había comprado a Gómez Botero, según ya quedó expresado, negociación que se hizo por un precio de \$ 70.000.00 que el vendedor Castrillón dejó en poder del comprador Echeverri “a fin de que arrostre todas las contingencias de los créditos hipotecarios que a virtud de la mitad proindivisa que vende soporta”; f) fallecido Marceliano Echeverri, sus causahabientes Manuel Montoya Vélez, Lisandro Franky Alzate, Bernardino Alvarez O. y Carlos Estrada Escobar compraron todos los derechos que en el mencionado predio Maracaibo les correspondían a los sucesores del causante nombrado, a saber: Adela Echeverri de Echeverri, Mariela, Hernando, Adela, Jaime, Guillermo y Ligia Echeverri de Echeverri, mediante las escrituras 783 del 2 de octubre de 1961 otorgada en la Notaría 1ª de Cartago y 657 del 25 de febrero de 1952, pasada en la Notaría primera de Cali; en esta compraventa se convino un precio pagadero por los compradores así: \$ 5.000.00 en dinero efectivo, “y obligándose expresamente los compradores a cubrir los créditos hipotecarios pendientes por \$ 40.000.00 en favor de Arturo Gómez Mejía y por \$ 80.000.00 en favor de Javier Gómez Botero”; g) en el juicio mortuario de Marceliano Echeverri, protocolizado en la Notaría 1ª de Cartago el 4 de febrero de 1953, “se adjudicó el mencionado predio de Maracaibo a los subrogatorios de los derechos hereditarios comprados a los herederos de dicho causante, conforme títulos ya citados en el numeral anterior”; h) los copartícipes Bernardo Alvarez O. y Carlos Estrada Escobar transfirieron sus derechos a Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate por un precio de \$ 100.00 “de contado, obligándose los compradores al pago de los créditos hipotecarios ya citados”; i) el primer crédito hipotecario de \$ 40.000.00 en favor de Arturo Gómez Mejía fue objeto de sucesivas cesiones hasta radicarse finalmente en Miguel Mejía Velásquez y Ernesto Ospina Mejía; j) el acreedor hipotecario de segundo gra-

do, Javier Gómez Botero cedió la mitad de su crédito por \$ 80.000.00 a Antonio Jiménez Gómez, mediante escritura 672 otorgada en la Notaría 2ª de Cartago el 21 de abril de 1950, y posteriormente aquél cedió la otra mitad del mismo crédito a Horacio Gómez Gómez; k) los cesionarios del crédito hipotecario de primer grado por \$ 40.000.00, Miguel Mejía Velásquez y Ernesto Ospina Mejía instauraron juicio especial de venta contra Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate, juicio al que concurren Horacio Gómez Gómez y Antonio Jiménez Gómez, cesionarios del crédito hipotecario por \$ 80.000.00 que había constituido Martín Castrillón en favor de su vendedor Javier Gómez Botero; l) el precio del remate realizado en dicho juicio solamente alcanzó a cubrir parte del crédito de los demandantes Miguel Mejía y Ernesto Ospina "cedido en juicio al señor Joaquín Montoya Freydel, a quien se adjudicó el inmueble en tercera licitación" y por la suma de \$ 68.000.00; m) consecuentemente, quedó insoluto el crédito hipotecario de segundo grado por \$ 80.000.00, de que eran cesionarios Horacio Gómez Gómez y Antonio Jiménez Gómez, pese a lo cual el Juzgado del conocimiento al aprobar al remate declaró cancelados todos los gravámenes hipotecarios que afectaban el predio Maracaibo; n) posteriormente Antonio Jiménez Gómez instauró juicio ejecutivo contra Manuel Montoya y Lisandro Franky Alzate, a fin de obtener de éstos el pago de su cuota parte en el crédito hipotecario que le había cedido Javier Gómez Botero, juicio que prosperó hasta dictarse sentencia de pregón y remate, confirmada por el Tribunal Superior de Buga y en la que se ordenó el pago del crédito por \$ 40.000.00 en favor del ejecutante; pero posteriormente el Juzgado del conocimiento, al presentársele certificado de cancelación de la hipoteca, decretó la terminación del juicio "en consideración a que la acción invocada era la real hipotecaria, por lo cual al cancelarse la hipoteca respectiva desapareció también la respectiva acción hipotecaria trabada en el juicio ejecutivo", y esta providencia también fue confirmada por el Tribunal ad quem; ñ) consecuentemente, el crédito por \$ 80.000.00 constituido a cargo de Martín Castrillón en favor de Javier Gómez Botero, continúa insoluto; o)

en la escritura 638 otorgada en la Notaría 1ª de Cartago el 17 de abril de 1950 y registrada en el mismo Circuito consta que el comprador Castrillón quedó debiendo la totalidad del precio de la compraventa allí consignada. "y en dicha oficina pudieron o debieron conocer tal circunstancia quienes posteriormente celebraron contrato en relación con el mencionado predio Maracaibo"; p) todos los adquirentes del predio Maracaibo, a partir de la compra que hizo Martín Castrillón, no solamente pudieron y debieron conocer la condición resolutoria tácita que implicaba la falta de pago del precio por valor de \$ 80.000.00. "sino que expresamente se declararon concedores de tal circunstancia al estipular expresamente en las respectivas escrituras públicas de compra su compromiso especial de pagar todos los créditos hipotecarios pendientes y detallados en cada una de dichas escrituras de compra"; y q) el 29 de febrero de 1953, Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate, condueños del predio Maracaibo, "constituyeron prenda agraria en favor de la Caja de Crédito Agrario en Cartago para garantizar el crédito por \$ 10.000.00 con vencimiento el 29 de enero de 1956".

Notificado el libelo, los demandados se opusieron a las súplicas del mismo, a excepción de Adela Echeverri de Echeverri, quien no contestó la demanda, y de la Caja de Crédito Agrario que manifestó haber recibido el pago del crédito con prenda agraria que habían constituido en su favor Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate.

Finalizó el primer grado del juicio con sentencia proferida por el Juez del conocimiento, cuya parte resolutoria dispuso;

1º. - Declárase resuelto por falta de pago parcial del precio, el contrato de compraventa que entre los señores Javier Gómez Botero y Martín Castrillón se hizo constar mediante la escritura pública N° 638 de fecha 17 de abril de 1950, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito;

"2. - Que, en consecuencia, se ordena la cancelación de dicho instrumento público, así como la cancelación del correspondiente registro cumplido por la oficina de este Circuito con fecha 26 de abril de 1950, bajo la

partida N° 979, folios 161 a 163, tomo 2° del Libro Primero;

"3° - Que, en consecuencia, carecen de valor y eficacia respecto del demandante Javier Gómez Botero, las enajenaciones verificadas en su orden por los señores Martín Castrillón, herederos del señor Marceliano Echeverri y por los señores Bernardino Alvarez O. y Carlos Estrada Escobar, así como el gravamen constituido a favor de la Caja de Crédito Agrario Sucursal de esta ciudad, por los señores Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate.

"4° - No se hacen las declaraciones solicitadas en los puntos 4° 5° y 6° de la demanda. En consecuencia, absuélvese al demandado señor Joaquín Montoya Freydel de los cargos de la demanda.

"5° - Condénase al comprador señor Martín Castrillón, a devolver al demandante señor Javier Gómez Botero, el valor del inmueble vendido por éste a aquél, según la escritura N° 638 de 17 de abril de 1950, estimado tal inmueble por su precio comercial día siguiente a aquel en que quede ejecutoriada la presente providencia. A la vez el señor Javier Gómez Botero, restituirá al señor Castrillón, la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000.00).

"6° - Como la acción real no prosperó, se ordena la cancelación del registro de la demanda.

"7° - Condénase a los demandados exceptuando al señor Montoya Freydel quien fue absuelto a pagar al demandante las costas del juicio".

Por apelación interpuesta por ambas partes tramítose el segundo grado del juicio que culminó con la revocación de la providencia recurrida, la absolución de los demandados y la condenación en costas a los actores.

La Motivación del Tribunal

Historiados el litigio y el desarrollo del juicio, funda el Tribunal su pronunciamiento.

Declara que es indiscutible la existencia de la acción resolutoria del contrato de

compraventa celebrado entre Javier Gómez y Martín Castrillón, en razón de no haberse pagado el precio de \$ 80.000.00, garantizado con hipoteca sobre el bien vendido, o sea sobre la mitad del predio Maracaibo. Y agrega que en el libelo se acumulan, de modo sucesivo, la acción reivindicatoria para que le sea devuelta a Gómez Botero la dicha mitad del predio y se cancelen los actos de enajenación posteriores a aquel contrato de compraventa. A este respecto, observa el Tribunal que no se adujeron al proceso las escrituras contentivas de la venta que le hizo Antonio Jiménez a Javier Gómez de la cuarta parte del predio Maracaibo (escritura 671 de 1950), adquirida por el vendedor de Arturo Gómez, ni la de venta de Javier Gómez y Antonio Jiménez en favor de Marceliano Echeverri, relativa a la mitad del inmueble (escritura 1557 de 1951). "La observación debe extenderse al hecho de que no solo la restitución del inmueble sino la de los frutos y el pago de perjuicios se piden únicamente para el señor Gómez Botero, no obstante que teóricamente el demandante Jiménez tendría el mismo derecho. En igual forma ha de extenderse la observación a la circunstancia de que la acción reivindicatoria solo tiene en la demanda un derecho consecencial a la acción resolutoria, pero no está respaldada por ningún hecho del libelo, ni aparece consignada en el poder que dieron los actores. Efectivamente, por ninguna parte de ella se afirma que alguno de los numerosos demandados, posea el inmueble objeto de la restitución".

Considera el sentenciador que la contestación de la demanda es de gran importancia porque a ella se acompañaron una letra de cambio por \$ 30.000.00 que Martín Castrillón le dio a Marceliano Echeverri al hacerle la venta de la mitad del predio en referencia, como también un documento de Horacio Gómez y Javier Gómez debidamente reconocido en que éstos liberan a Castrillón de su responsabilidad personal por el crédito de que da cuenta la escritura 638, para dejar así subsistente solo la garantía hipotecaria que lo respaldaba.

Refiriéndose a los alegatos de la parte demandada, en los cuales esta afirma que es inválida la cesión de la mitad del crédito

por \$ 80.000.00 contraído por Castrillón en la compraventa cuya resolución se impetra, cesión, hecha por Javier Gómez y Antonio Jiménez Gómez, por no haberle sido notificada al deudor Castrillón en la forma prevenida en el artículo 1961 del C. Civil, estima el Tribunal que tal objeción es fundada. "No existió, pues, la notificación, y por lo mismo el señor Jiménez no llegó a ser dueño del 50% del crédito aludido en la escritura 638. Esta deuda continúa en poder del señor Gómez Botero, y en tales condiciones, sería válida la liberación que de sus obligaciones personales se hizo en favor del señor Castrillón... Sin embargo, la liberación de las obligaciones personales no excluye la responsabilidad del señor Castrillón por la acción resolutive. En el caso de autos, la compraventa consignada en la escritura 638 de que se viene hablando, hizo nacer para el vendedor la posibilidad próxima de recuperar su derecho real de dominio o de hacer el cobro garantizado con hipoteca. En cualquiera de estos dos casos, la acción sería real por referirse a derechos de igual naturaleza. Esa condición de la acción se transmite al término de la relación que ella significa, de manera que no obstante el carácter de las obligaciones del comprador en este caso, no podrá sustraerse al efecto que le comunica a la acción resolutive su denunciada calidad de real".

"Tampoco existe esa liberación por el aspecto de la indivisibilidad de la acción resolutoria, que en el caso de autos se desprendería del contenido categórico del artículo 1546 del C. Civil... e igualmente provendría esa indivisibilidad del hecho de haber generado la convención de compraventa el derecho real de hipoteca que así mismo es indivisible" (art. 2443 del C. C.)". En apoyo del anterior aserto trae el fallo una serie de consideraciones relativas a la indivisibilidad, para concluir; "Por consiguiente, si, por el aspecto del carácter real de la acción resolutive el demandado señor Castrillón debe responder a ella, no obstante la liberación a que antes se hizo mención, por el aspecto de la indivisibilidad de la misma el demandado no tiene igual compromiso, porque quien la ejerció (Gómez Botero) no es dueño de la totalidad del crédito sino de parte de él".

Para el supuesto de que su anterior razonamiento no fuese valedero, habría que concluir que, de ser admisible la acción resolutoria, "por virtud del artículo 1548 del C. Civil lo serían también las otras dos acciones ejercidas, o sean la de cancelación de los contratos posteriores al celebrado con el señor Martín Castrillón y la de restitución del inmueble objeto de la convención cuya resolución se pretende...".

"No obstante, al resultado de la restitución solo podría llegarse si estuviera bien establecida la cadena de las tradiciones operadas después de la escritura 638. En efecto, para que el actor y primer vendedor, señor Gómez B. vuelva a ser mirado como dueño de una cuota parte de la mencionada finca raíz, se requiere que todos, sin excepción, los contratos de venta posteriores... Es que en el caso de autos al contrario de lo que ocurre con una declaración actual de dominio, se pretende una regresión del derecho hacia un anterior propietario, en cuyo caso en lugar de operar las cancelaciones hacia adelante, se proyectan retroactivamente para dejar escueta y libre la propiedad que alega el demandante. Por lo tanto, si en esas condiciones falta alguno de los títulos y la cancelación respectiva no puede hacerse, resulta afecto el derecho de dominio del actor, con lo cual falla uno de los factores de la reivindicación".

A propósito de esta acción últimamente aludida, advierte el fallo que ni en la inspección ocular practicada en la segunda instancia del juicio ni en virtud de medio alguno aducido al mismo se ha acreditado quien sea el poseedor del inmueble por reivindicar ni la identidad de este, "con lo cual serían tres los factores de la acción que dejaron de establecerse".

Además, la referida acción también estaría condenada al fracaso, porque en el libelo de la demanda no se expusieron los hechos estructurales de la misma, especialmente el de la posesión del predio por parte del demandado, lo que conduciría a la falta del presupuesto procesal de demanda en forma. No obstante lo cual, considera el sentenciador que su fallo no debe ser inhi-

bitorio, sino de mérito. "Ya se dijo que la acción de cancelación y la reivindicatoria son consecuencia de la resolutoria, sin perjuicio de que tengan en los hechos su respectiva configuración. Se demostró también que en tesis general y en particular en este juicio, la acción resolutoria es improcedente en razón de su indivisibilidad. Pues bien, si no se puede resolver el contrato de compraventa, menos podrían decretarse las cancelaciones y la reivindicación, aunque fueren procedentes, pues ni siquiera cabría examinarlas".

La Impugnación.

Interpuesto el recurso extraordinario por los actores, fúndase en demanda que contiene cinco cargos en la órbita de la causal primera de casación consagrada por el artículo 52 del decreto 528 de 1964.

Primer Cargo.

Denuncia la censura errada interpretación por el sentenciador del libelo de la demanda, por cuanto este vio en ella una acción real, la reivindicatoria, que allí no se ejercitó, pues que "no se enuncia ninguno de los hechos que constituyen los elementos propios de dicha acción, ni entre los fundamentos de derecho se invocó uno solo de los preceptos que la gobiernan".

"El solo hecho de pedirse en una demanda la restitución de determinado bien no le confiere a la acción la calidad de reivindicatoria o de dominio, porque tal restitución puede ser pedida por causas distintas de la de ser el actor propietario del bien y el demandado poseedor de este, como ocurre en la demanda de que se trata, en la que se pide la restitución del bien, no por ser propietario de este el demandante, sino como consecuencia de la resolución del contrato materia de la acción, con efecto respecto de terceros adquirentes, en virtud de lo estatuido en los artículos 1544 y 1548 del Código Civil".

No solamente habría incurrido el fallo en esa interpretación de la demanda que pugnaría contra la evidencia del contenido de la misma, sino que, como concepto propio,

agrega que la acción resolutoria de un contrato, adicionada con la petición restitutoria del bien materia de este, la convierte en real.

"La acción resolutoria de un contrato no es real sino personal porque no se origina en un derecho real que pretenda tener el actor sobre la cosa objeto de ella, sino en una obligación personal surgida del contrato respectivo y que se dice incumplida por la parte demandante. La finalidad de la acción resolutoria es deshacer los efectos del contrato, restableciendo las cosas al estado anterior como si este no se hubiera celebrado. Y en virtud del contrato la cosa objeto de este pasó a poder de la parte incumplida, ese restablecimiento se efectúa restituyéndola a quien la entregó con causa en el contrato. Y si la cosa es inmueble y pasó a terceros que se hallen en el caso contemplado por el artículo 1548 del Código Civil, y que por ello deban someterse a los efectos de la resolución, el restablecimiento al estado anterior se hace invalidando los títulos de tales adquisiciones y entregando el bien al contratante promotor de la acción resolutoria".

Concluiríase de lo dicho que el sentenciador aplicó indebidamente a la acción resolutoria ejercitada en este juicio normas referentes a la acción real reivindicatoria, como sería las contenidas en los artículos 950 y 952 del C. Civil, que, aunque no citadas expresamente por el fallo, habrían recibido empleo por el mismo al referirse este a la titularidad de la acción reivindicatoria y al sujeto pasivo de la misma.

Segundo Cargo.

Lo es por falta de aplicación del artículo 1962 del C. Civil, que preceptúa: "La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis-contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc."

Nota el censor que en el presente juicio se trabó la litis-contestación entre los demandantes y todos sus demandados, sin que ninguno de éstos hubiera manifestado la no aceptación de la cesión, la cual quedó con-

sumada desde ese momento de conformidad con la norma en cita que el Tribunal dejó de aplicar.

Tercer Cargo.

Echa de menos el sentenciador la identificación del bien objeto de la restitución impetrada en la demanda, la que no es de rigor en toda clase de acciones personales lo es en la de dominio pero no en las acciones, como la resolutoria de un contrato cuando no hay ninguna duda sobre la identidad del objeto de este. "Y si en este proceso se examina cada uno de los títulos de enajenación del bien materia de ellos, se encontrará que no hay la menor diferencia en cuanto a su situación, sus cultivos, su nombre, ni su demarcación en las titulaciones respectivas. De donde se desprende sin lugar a duda que el bien adquirido por Joaquín Montoya Freydel es exactamente el mismo que fue materia del contrato cuya resolución se persigue y el mismo que fue enajenado de allí en adelante hasta llegar al señor Montoya Freydel". De esta suerte el Tribunal habría aplicado indebidamente a la presente acción resolutoria la norma del artículo 952 del C. Civil.

Cuarto Cargo.

Dice el recurso que, en su afán de demostrar su tesis adversa a la acción incoada, el Tribunal le atribuye a la demanda un defecto de forma consistente en que no se expresó en ella el hecho de que el demandado Joaquín Montoya Freydel sea poseedor del bien que se reclama, lo que implica una vez más aplicación indebida del artículo 952, porque dicha acción que es la resolutoria y no la reivindicatoria, se endereza a volver las cosas a su estado anterior, para lo cual basta expresar en la demanda cuál fue el último adquirente del bien objeto del contrato, según se hizo en la de este juicio.

Quinto Cargo.

Acusa falta de aplicación de los artículos 1544, 1546, 1548 y 1930 del C. Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de los errores evidentes que se le imputan al fallo en la interpretación de la demanda.

Puntualiza la censura que está plenamente establecido el contrato de compraventa cuya resolución se suplica, así como el hecho de que el comprador Martín Cas-trillón quedó debiendo la totalidad del precio pactado en la suma de \$ 80.000.00, con plazo de cuatro años e intereses; o sea que en el propio título, debidamente registrado, aparece la condición resolutoria en caso de incumplimiento de tal obligación. Por lo tanto, los posteriores y sucesivos adquirentes del bien inmueble vendido tuvieron a su alcance los medios de enterarse de la referida condición resolutoria, a lo que se agrega que en todos los títulos de dichos adquirentes se hizo referencia expresa a la hipoteca constituida en el mismo contrato como garantía de esa obligación del comprador.

Era, pues, de rigor la aplicación de las normas en cita, decretando la resolución del contrato y la restitución del bien objeto del mismo, lo que no hizo el Tribunal, con quebranto de dichas normas.

Consideraciones de la Corte:

I. - Preceptúa el artículo 1546 del C. Civil; "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Consagra así nuestro ordenamiento la resolución de los contratos por causa de su incumplimiento, creación de los canonistas medioevales fundada en la equidad y llamada a atemperar el régimen de los contratos por juramento que, por las sanciones religiosas, era tan riguroso o más que el de la stipulatio romana. Prontamente acogida por los civilistas la nueva institución fue organizada conforme a las reglas tradicionales de la condición resolutoria expresa, lo que ha determinado que aquella conserve su denominación originaria de condición resolutoria tácita y que legislaciones, como la nuestra, no la consideren separadamente como un efecto especial de los contratos, sino que la involucren en el tratado general de las obligaciones condicionales.

II. - Sin embargo, entre la condición resolutoria expresa y la dicha condición resolutoria tácita por el incumplimiento de los contratos, ofrécese, desde la adopción de esta última, una diferencia fundamental, a saber: la primera obra ipso jure, o sea que aniquila el derecho o la obligación condicional por el solo acaecer del hecho que la constituye (art. 1536), al paso que esta virtualidad deleterea en la condición resolutoria tácita está subordinada a la voluntad del acreedor insatisfecho, quien puede optar por persistir en el contrato y exigir su cumplimiento, o por impetrar la declaración judicial de resolución de este, la que le permite liberarse de las obligaciones a su cargo, si alguna le restare insoluta, y repetir lo que haya dado o pagado en razón del contrato (art. 1544).

III. - De lo últimamente dicho se concluye que, abandonando la nomenclatura antigua, más que una condición resolutoria tácita, se trata de una verdadera acción resolutoria de los contratos, establecida por la ley al lado de la acción de cumplimiento de los mismos. Tal es lo expresamente significado por el artículo 1546 antes transcrito: "Pero en tal caso (el de incumplimiento por uno de los contratantes) podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

IV. - Acerca de la naturaleza de esta acción resolutoria por causa de incumplimiento de los contratos existe consenso entre los civilistas en cuanto a su calificación como una acción personal, según lo es también el derecho crediticio que ella tutela. A tal conclusión conduce el criterio expreso del C. Civil: este derecho nace del contrato y es personal (art. 665), lo que conlleva la consecuencia de que sea relativo, vale decir que, a diferencia del derecho real, absoluto o erga omnes, aquél solo puede reclamarse del deudor, quien es una de aquellas personas "que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas" (ibidem). Y como "de estos derechos nacen las acciones personales" (ibidem), tiénese que tanto la acción de cumplimiento de las obligaciones con-

tractuales, como la resolutoria del contrato por causa de su inobservancia, son acciones personales (ex-contractu) y solamente pueden dirigirse contra el contratante infiel y, desde luego, contra sus causahabientes, en las condiciones que adelante se precisarán.

V. - De otro lado, habiéndose estructurado la acción resolutoria de que se trata a imagen de las condiciones resolutorias expresas de los derechos y de las obligaciones, conclúyese también que aquélla, como éstas, opera retroactivamente (ex tunc). Así de la propia manera que el cumplimiento de la condición resolutoria extingue el derecho o la obligación condicional, no solamente para el futuro (art. 1536), sino que también da derecho a la repetición de "lo que hubiere recibido bajo tal condición" (art. 1544), la declaración judicial de resolución del contrato por su incumplimiento paraliza la eficacia futura de este, a la vez que, en cuanto ello sea posible natural y jurídicamente, retrotrae los efectos producidos con anterioridad a dicha declaración, o sea que tal restitución de las cosas el estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del contrato es igualmente una consecuencia propia de esta acción personal.

VI. - Del hecho de ser personal la acción resolutoria de los contratos por causa de su incumplimiento y de ser de la naturaleza de la misma su efecto repetitivo, se deduce que el titular de ella, cuando la ejercita con el fin de obtener la restitución de lo que haya dado o pagado en razón del contrato resuelto, no está obligado a acreditar además los elementos axiológicos de otras acciones distintas, como serían los de la acción reivindicatoria. Así, el enajenante que subordina la tradición de la cosa a una condición resolutoria (art. 750), cumplida esta puede repetir dicha cosa mediante el ejercicio de la acción personal (ex contractu), sin que tenga que recurrir necesariamente a la acción real, de la que puede carecer si no es dueño de dicha cosa. Y, guardando este paralelismo, el vendedor de cosa ajena que la ha entregado está legitimando para recobrarla, sin que se vea en la necesidad de acreditar el dominio de esta. Trátase, en-

tonces, simplemente de aplicar el efecto propio de las condiciones resolutorias, cual es el de volver las cosas al estado en que ellas se encontraban al tiempo de la celebración del contrato, y, por lo tanto, resultaría aberrante que este efecto no se lograra porque el contratante infiel que ha recibido la cosa, a sabiendas de su eventual obligación de devolverla, obligación esta que es personal y no correlativa a un derecho real, fuese admitido a ejercer un insólito derecho de retención so pretexto de que quien se la dio bajo esa condición no pudo acreditar su dominio sobre la misma.

VII. - Las anteriores soluciones se ofrecen con la misma claridad cuando la acción resolutoria y su eficacia retroactiva se predicen respecto de los herederos del contratante incumplido, ya que ellos, como sus causahabientes a título universal de éste, ocupan su lugar y representan a su persona (art. 1155); así, en materia contractual, como si ellos mismos hubieran participado directamente en el contrato celebrado por el causante. Mas, como puede ocurrir que en el interregno que va desde la formación del contrato hasta el cumplimiento de la condición resolutoria expresa o la resolución judicial de aquel, el adquirente haya enajenado o gravado en favor de terceras personas las cosas por él recibidas, importa precisar la situación de estos causahabientes a título singular, especialmente porque nuestro C. Civil, apartándose de las soluciones clásicas romanas, ha introducido en este punto modificaciones de señalada importancia.

VIII. - Los causahabientes o sucesores a título singular, como el legatario, el comprador, el donatario, el cesionario de un crédito, no tienen otra vinculación jurídica con su causante o autor que la producida por el desplazamiento de uno o más derechos u obligaciones determinados que salen del patrimonio de éste para ingresar en el de aquéllos. (habent causam auctoris propter rem singulam.) En todo lo demás, estos causahabientes son, en principio, completamente extraños a la situación jurídica de su autor, y no representan a la persona de éste a la manera en que lo hacen sus herederos o causahabientes a título universal.

Pero hay que tener en cuenta, de otro lado, que la situación jurídica de los bienes que están en el comercio se va determinando en el curso de su existencia, principalmente en virtud de los actos celebrados por sus dueños sucesivos, quienes pueden mejorarlos o gravarlos, como también mejorarlos y acrecentarlos. Así, esta situación jurídica de los bienes viene a convertirse en una especie de estado civil de los mismos, que se conserva a ellos adherido, a pesar de que se vayan transmitiendo de unas personas a otras. Más aún, lo que verdaderamente importa desde el punto de vista jurídico es la tradición de este pseudo-estado civil de los bienes, y no el simple traspaso material de los mismos.

Las precitadas directrices determinan la situación jurídica general de los causahabientes a título singular con las siguientes determinaciones: 1º nadie puede traspasar mayor derecho que el suyo propio (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet). Luego, si el derecho del causante está sometido a causales de revocación o anulación, o a modalidades o gravámenes provenientes de actos suyos o de sus antecedentes, el causahabiente adquiere tal derecho sometido a las mismas causales, modalidades o gravámenes; 2º a la inversa, las ventajas inherentes al bien transpasado benefician al causahabiente singular: cedido un crédito, el cesionario lo adquiere con todas sus seguridades y accesorios, como fianzas, prendas, hipotecas, intereses, etc.; y 3º de esta suerte, los adquirentes a título singular reciben provecho o perjuicio de los actos jurídicos celebrados por sus antecesores, en cuanto tales actos se refieren a la constitución misma del derecho transpasado y en cuanto sean anteriores a la adquisición por parte de aquéllos. Este último requisito se explica sin mayor esfuerzo solamente con tener en cuenta que entre el causante y el causahabiente a título singular no existe vínculo alguno distinto del producido por el traspaso de un bien determinado, y que una vez verificado ese traspaso, el causante pierde todo el control que antes tuviera sobre dicho bien.

IX. — Esbozada así la situación general de los causahabientes a título singular, es

congruente con ella la determinación consecutiva de que las condiciones resolutorias expresas pactadas por sus antecesores y la acción resolutoria de los contratos por incumplimiento, establecida por la ley, tiene la ya descrita operancia contra dichos causahabientes, tal como lo concibió el derecho romano al consagrar el principio axiomático resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis. Así en este sistema el cumplimiento de la condición resolutoria aniquilaba ex tunc el derecho de todo aquel que hubiera recibido la cosa pendiente conditione: se reputaba que éste nunca había sido propietario de la misma y que, por consiguiente, no podía haber realizado válidamente acto alguno de dominio a su respecto, tales la enajenación o el gravamen de dicha cosa. Introducida en el derecho medioeval la condición resolutoria tácita y organizada bajo el mismo régimen de la expresa, idéntica fue la solución adoptada: la resolución de un contrato por el incumplimiento de uno de los contratantes afectaba el derecho de todos sus causahabientes, quienes quedaban obligados a las restituciones a que hubiera lugar, porque la declaración resolutoria del contrato anterior a su adquisición cobijaba ipso jure tal derecho, al igual que si este hubiese estado sujeto a una condición resolutoria expresa que se cumpliera.

X. — Pero, la preseñalada solución fundada en el derecho romano y ocasionada, según se le ha criticado, a la inseguridad del comercio fue atemperada por nuestro C. Civil en sus artículos 1547 y 1548, pertinentes tanto a la condición resolutoria expresa como a la acción resolutoria, con miras a la protección de la buena fé de los causahabientes a título singular abocados a restituir las cosas al acreedor condicional o al actor triunfante. El primero de tales textos deroga totalmente el ya referido principio romano: “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicar contra terceros poseedores de buena fé”. El poseedor material de cosa mueble se reputa su dueño, mientras otro no justifique serlo (art. 762), y a esta apariencia material de dominio puede atenderse tranquilo al causaha-

biente que ignora que el derecho que se le transfiere se encuentra subordinado a una condición resolutoria. Esta buena fé lo ampara no solamente contra la acción personal restitutoria que le compete al antecesor beneficiado por el cumplimiento de la condición, sino aún contra la acción reivindicatoria que éste pudiera ejercer como dueño de la cosa, independientemente del pacto condicional expreso o tácito.

No es esta la oportunidad de evaluar la tesis generalizada, según la cual el artículo 1548 tendría respecto de los bienes inmuebles el mismo alcance que el 1547 referente a los muebles, o sea que aquel descartaría, como este, no solo la eficacia retroactiva de la condición y de la acción resolutoria sino también la acción reivindicatoria. Por el momento basta solamente verificar que dicho artículo 1548 también introduce excepción al principio romano resolutio jure dantis... pues reza así: “Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”. O sea que este texto, refiriéndose ya a la resolución y, por ende, al efecto restitutorio de la misma, descarta este efecto respecto de los causahabientes singulares de buena fé que, para el caso, son quienes han negociado la adquisición o el gravamen del inmueble, ateniéndose a la titulación del mismo que lo muestra exento de condiciones resolutorias. A contrario sensu, si la condición resolutoria expresa o tácita consta en esa titulación del inmueble, en la forma prescrita por el texto comentado, al cumplirse aquella o al prosperar la acción resolutoria del contrato por su incumplimiento, se resuelve ipso jure el derecho de los causahabientes singulares quienes quedan colocados en igual situación que el primer adquirente sub conditione, o sea que quedan obligados a las restituciones a que tiene derecho el beneficiario de la resolución, sea dueño o no de la cosa, porque, se repite que este efecto restitutorio nace de la estipulación de la condición o de la presunción legal de la misma que sirve de fundamento a la acción resolutoria (ex-

contractu), y así afecta a dichos causahabientes, con independencia del derecho real que pueda tener o no ese beneficiario de la resolución.

XI. - Apúntale el recurso al fallo acusado manifiesto error por haber visto en el libelo incoativo de este juicio una acción reivindicatoria que en el no se había ejercitado, pues que allí no se menciona dicha acción ni se enuncia ninguno de los elementos axiológicos propios de la misma, ni se invoca precepto alguno de los que la gobiernan. Esta censura resulta evidente y es el propio sentenciador quien se encarga de abonarla como quiera que su pronunciamiento desestimatorio de las súplicas de la demanda se funda insistentemente en no encontrar relacionados en ella ni establecidos en el juicio los elementos constitutivos de dicha acción, llegando hasta el punto de considerar que, por esta razón, faltaría el presupuesto procesal de demanda en forma, cuando la conclusión que la lógica le imponía era bien distinta: si en una demanda no se bautiza una acción, ni se mencionan los hechos en que esta pudiera fundarse, ni se citan las normas que la rigen, lo evidente es que tal acción no ha sido postulada.

XII. - Verificado este error en que evidentemente incurrió el sentenciador, ha de dársele también la razón al recurso en cuanto glosa el fallo acusado por haber caído, consecencialmente, en varios errores jurídicos tocantes con el tratamiento legal de la acción sub lite. En verdad, dicho fallo confunde y entremezcla indebidamente el régimen de la acción, personal resolutoria de los contratos por causa de su incumplimiento y la eficacia restitutoria de la misma, por una parte, y la acción reivindicatoria, por la otra, hasta el punto de formular conceptos tan desacertados como el de que aquella acción resolutoria se enderezaría exclusivamente a que el actor pudiera "recuperar su derecho real de dominio o hacer el cobro garantizado con hipoteca", con el aditamento de que "en ambos casos la acción sería real por referirse a derechos de igual naturaleza", o con este otro: "de manera que no obstante el carácter de las obligaciones del comprador en este caso, no podrá sustraerse al efecto que le comunica a

la acción resolutoria su denunciada calidad de real". Corolario de estos planteamientos equivocados es la decisión desestimatoria de la verdadera acción incoada en el juicio, la acción personal de resolución del contrato sub lite, pronunciamiento que obedece a ideas como son las ya expresadas, y la de que la prosperidad de la referida acción presupondría que el contratante que la ejercita alegase en su libelo y acreditase oportunamente su dominio sobre lo que hubiera dado o pagado en razón del contrato, la calidad de poseedor de esto en el demandado, y la identidad de las cosas materia de las restituciones consecuenciales de la acción. Claro es, por lo tanto, que el sentenciador aplicó indebidamente la preceptiva de la acción reivindicatoria, de la que forman parte los artículos 950 y 952 del C. Civil, que se refieren a los preindicados elementos axiológicos de esta acción, según lo denuncia el recurso en sus cargos primero, tercero y cuarto. Y es igualmente cierto que dicho sentenciador también quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 1546 y 1930 ibídem, que consagran la acción resolutoria incoada en la demanda, el artículo 1544 ibídem que establece el efecto retroactivo de la misma acción, y el 1548 ibídem que solamente excluye este efecto retroactivo respecto de ciertos causahabientes a título singular del contratante que ha dado lugar a la resolución del contrato, o sea que también se encuentra fundado el quinto cargo.

En consecuencia, prospera el recurso.

XIII. - En efecto, ofrécese en el presente juicio una manifiesta ilegitimación en la causa de la parte actora. Está integrada esta parte por Javier Gómez Botero y Antonio Jiménez Gómez; la causa petendi en que se funda la acción resolutoria instaurada se hace consistir en el incumplimiento por el demandado Martín Castrillón del contrato de compraventa celebrado entre éste y la misma, por una parte, y la acción reivindicatoria, por la otra, hasta el punto de formular conceptos tan desacertados como el que aquella acción resolutoria se enderezaría exclusivamente a que el actor pudiera "recuperar su derecho real de dominio o hacer el cobro garantizado con hipoteca", con el

aditamento de que "en ambos casos la acción sería real por referirse a derechos de igual naturaleza", o con este otro: "de manera que no obstante el carácter de las obligaciones del comprador en este caso, no podrá sustraerse al efecto que le comunica a la acción resolutoria su denunciada calidad de real". Corolario de éstos planteamientos equivocados es la decisión desestimatoria de la verdadera acción incoada en el juicio, la acción personal de resolución del contrato *sub lite*, pronunciamiento que obedece a ideas como son la ya expresadas, y la de que la prosperidad de la referida acción presupondría que el contratante que la ejercita alegase en su libelo y acreditase oportunamente su dominio sobre lo que hubiera dado o pagado en razón del contrato, la calidad de poseedor de esto en el demandado, y la identidad de las cosas materia de las retituciones consecuenciales de la acción. Claro es, por lo tanto, que el sentenciador aplicó indebidamente la preceptiva de la acción reivindicatoria, de la que forman parte los artículos 950 y 952 del C. Civil, que se refieren a los preindicados elementos axiológicos de esta acción, según lo denuncia el recurso en sus cargos primero, tercero y cuarto. Y es igualmente cierto que dicho sentenciador también quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 1546 y 1930 *ibidem*, que consagran la acción resolutoria incoada en la demanda, el artículo 1544 *ibidem* que establece el efecto retroactivo de las misma acción, y el 1548 *ibidem* que solamente excluye este efecto retroactivo respecto de ciertos causahabientes a título singular del contratante que ha dado lugar a la resolución del contrato, o sea que también se encuentra fundado el quinto cargo.

En consecuencia, prospera el recurso.

La sentencia sustitutiva.

Al proceder la Corte al reemplazo del fallo del Tribunal, respecto del cual ha prosperado el recurso extraordinario, encuentra ella que es el caso de revocar el pronunciamiento de mérito del Juzgado del conocimiento, por cuanto en el presente juicio no está debidamente conformada la parte ac-

tora lo que determina una decisión inhibitoria.

En primer lugar, se observa una manifiesta ilegitimación en la causa del demandante Javier Gómez Botero. La causa pendiente en que se funda la acción resolutoria instaurada por éste y Antonio Jiménez Gómez se hace consistir en el incumplimiento por el demandado Martín Castrillón del contrato de compraventa celebrado entre éste y el primero de los nombrados actores; concretamente en no haberle pagado Castrillón al vendedor Gómez Botero la suma de \$ 80.000.00 estipulada como precio en ese contrato. Pero, resulta que en el mismo libelo de la demanda se dice que dicho vendedor y acreedor originario, Gómez Botero, le cedió por valor recibido la mitad del referido crédito a Jiménez Gómez, mediante escritura 672 del 21 de abril de 1950 otorgada en la Notaría 2ª de Cartago, y que posteriormente aquél le cedió la otra mitad del mismo crédito a Horacio Gómez Gómez, o sea que al instaurarse el presente juicio el demandante Gómez Botero ya se había desprendido de la totalidad de su derecho amparado por las acciones de cumplimiento y resolutoria del contrato, establecidas por el artículo 1546 del C. Civil, lo que inexorablemente conduce a la conclusión de que, así como él ya no le podía exigir al deudor el pago del crédito cedido, tampoco estaba legitimado para ejercitar contra el mismo la acción resolutoria del contrato, obtener la restitución de la cosa vendida, y, de contra, extinguir igualmente el derecho de sus cesionarios sobre el precio de la compraventa. Trátase así de una actuación de Gómez Botero, posterior a la cesión de su crédito, vale decir, realizada cuando él ya carecía de interés jurídico que lo legitimase en la causa.

De otro lado, según ya quedó dicho, el demandante Antonio Jiménez Gómez solamente es cesionario de la mitad del crédito insoluto, alegado como título de la acción resolutoria ejercitada en este juicio, pues la otra mitad del mismo derecho pertenece a Horacio Gómez Gómez, a quien le fue cedida también por el acreedor originario. Entonces, aún admitiendo que el cesionario de un crédito derivado de un contrato estuvie-

se siempre legitimado para impetrar la resolución de este contrato por causa del incumplimiento del deudor, es evidente que, cuando tal cesión ha sido parcial o a varios, como sucede en el presente caso, la referida acción tiene que ser ejercitada por todos los titulares del derecho crediticio amparado con ella, más no solo por alguno o algunos de ellos, pues, de no ser así, resultaría que quien apenas es titular de parte de un derecho podría disponer de la totalidad del mismo. Tal sería lo que en el presente caso ocurriría de prosperar la acción resolutoria del contrato celebrado entre Gómez Botero y el comprador Castrillón: por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial en tal sentido, quedaría afectado el derecho de mitad del crédito perteneciente a Horacio Gómez Gómez.

En Suma: el vendedor y acreedor originario, Gómez Botero no estaba legitimado para ejercitar la acción resolutoria sub lite ni para impetrar las consecuencias legales de la misma, por carecer de interés jurídico actual para el efecto, y el demandante Jiménez Gómez tampoco podía obrar en tal sentido sin contar con el concurso del cesionario de la otra parte del derecho amparado con aquella acción, Horacio Gómez Gómez, quien, por serlo, tenía la calidad de litis-consorte necesario y ha debido intervenir en este juicio coadyuvando o aceptando la acción. En tales circunstancias, resulta que no se encuentra debidamente conformada la parte actora, por lo cual este fallo de instancia debe ser inhibitorio.

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, casa la sentencia de fecha 7 de noviembre de 1966 proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio ordinario de Antonio Jiménez Gómez y otro frente a Carlos Estrada Escobar y otros, y, en su lugar,

Resuelve:

1º - Revócase el fallo dictado en el presente juicio por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago con fecha 29 de septiembre de 1959;

2º - Inhíbese la Corte de dictar fallo de mérito.

3º - Sin costas en las instancias ni 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 Sampedro, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REFORMA DE TESTAMENTO

Son litis consortes necesarios todos los herederos y legatarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 20 de los corrientes según acta N° 59 de esa fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 16 de agosto de 1966 en el juicio ordinario de Isabel Manotas vda. de Acuña frente a los herederos de Francisco Acuña Solano.

El Litigio.

Isabel Manotas v. de Acuña citó a juicio ante el juez 1° Civil del Circuito de Sincelejo “a la sucesión testamentaria de Francisco Manuel Acuña Solano” representada por sus herederos César Tulio Acuña Pertúz, Josefina Acuña Chimá de Lobo, y los menores Francisco Manuel, Luis Alfonso, Josefa María, Carmen Cristina, Olimpia Rosa, Arelis Margarita, Jorge Iván y Jaime Hernando Acuña Arrieta, representados por la madre natural de los mismos, Olimpia Arrieta, para que por los trámites de la vía ordinaria, se tomasen las siguientes determinaciones: a) decretar la reforma del testamento de Francisco Manuel Acuña Solano, otorgado en escritura pública 220 de la Notaría 2ª del Circuito de Sincelejo y de fe-

cha 27 de agosto de 1951, “en el sentido de que se subsane la omisión en que incurrió el testador al no hacer la asignación de la porción conyugal correspondiente a la cónyuge sobreviviente, señora doña Isabel Manotas vda. de Acuña”: y b) ordenar que en la partición de la herencia se adjudique a la nombrada Isabel Manotas de Acuña, a título de porción conyugal, la cuarta parte de los bienes relictos.

Los hechos fundamentales de la causa petendi se hicieron consistir: 1) el 11 de octubre de 1963 falleció Francisco Manuel Acuña Solano en la población de Sumpués; 2) éste había contraído matrimonio Católico con Isabel Manotas el 19 de junio de 1924; 3) por escritura pública 220 otorgada en la Notaría 2ª de Sincelejo el 27 de agosto de 1951 Francisco Manuel Acuña Solano otorgó testamento abierto en el cual no obstante haber reconocido la existencia del matrimonio, guardó silencio respecto de la porción conyugal correspondiente a la esposa; 4) dicha porción conyugal es una asignación forzosa; 5) la demandante tiene derecho a ella por carecer de lo necesario para su congrua subsistencia; 6) esta última situación se ofrecía también al tiempo del fallecimiento del causante y la actora no tiene bienes de ninguna clase; 7) Acuña Solano falleció sin dejar descendencia legítima; solamente hijos naturales reconocidos en su testamento; 8) la porción conyugal que corresponde a la actora es la cuarta parte de los bienes relictos; y 9) nuestra legislación establece la acción de reforma del testamento en favor de la cónyuge supérstite.

Notificada la demanda, César Tulio Acuña Pertúz y Josefina Chimá de Lobo le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones de la actora, aceptando algunos de los hechos en que se fundan y negando otros. Agregan dichos demandados que en juicio de separación de bienes promovido por la actora ante el Juzgado Unico del Circuito de Chinú se decretó la separación de bienes entre los esposos y se liquidó la sociedad conyugal, y además la esposa transigió con su marido, con permiso judicial, lo relativo a alimentos futuros, por los cuales ella recibió la suma convenida, renunciando también a todo otro derecho o acción. De lo expuesto concluyen los demandados que la actora no tiene derecho a la porción conyugal que demanda, y así formulan la excepción "de falta de derecho para pedir". Los menores demandados no contestaron el libelo.

El juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia en fallo en cuya parte resolutive dispone:

"Declárase no probada la excepción perentoria propuesta por los opositores.

"Decrétase la reforma del testamento abierto del finado Francisco Manuel Acuña Solano contenido en la escritura pública N° 220 del 27 de agosto de 1951 de la Notaría Segunda de Sincelejo.

"La señora Isabel Manotas vda. de Acuña tiene derecho a su asignación forzosa denominada porción conyugal como cónyuge sobreviviente del testador Francisco Manuel Solano.

"Adjudíquese en la cuenta de partición y adjudicación de la herencia del finado Francisco Manuel Acuña Solano a favor de la señora Isabel Manotas vda. de Acuña, a título de porción conyugal, la cuarta parte de los bienes herenciales.

"Condénase en costas a los opositores".

Apelado este proveído por los demandados que se hicieron presentes en el juicio y de quienes ya se hizo mención, surtióse el segundo grado que culminó en senten-

cia confirmatoria proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 16 de agosto de 1966, sujeta materia del presente recurso extraordinario.

La Motivación del Tribunal.

Relacionada la litis contestación, el sentenciador comienza por refutar la tesis de la parte demandada, según la cual la actora habría perdido su derecho a la porción conyugal por haber recibido los gananciales que le correspondían al liquidarse la sociedad conyugal con su esposo, por cuanto la opción que la ley le otorga al cónyuge superviviente para elegir entre los gananciales y la porción conyugal solamente tiene cabida en el caso de que la sociedad conyugal se liquide por causa de muerte. Tampoco acepta el fallo la tesis de que habiendo transigido los esposos lo relativo a alimentos, la actora hubiera renunciado a su porción conyugal, como quiera que se trata de dos especies de asignaciones forzosas distintas entre sí.

En lo tocante con este último tema se transcribe la cláusula quinta de la escritura 1090 del 30 de diciembre de 1944, en la cual la actora declaró haber recibido de su esposo la suma de \$ 8.000.⁰⁰, por concepto de sus gananciales en la sociedad conyugal y del "importe de la transacción sobre alimentos futuros a que ha llegado con el señor Francisco M. Acuña". Y refiriéndose a la parte final de esta cláusula que reza: "Y que, por consiguiente, queda definitivamente separada de bienes de su esposo señor Francisco Acuña, sin derecho alguno que reclamar, ni acción que intentar, pues el propósito de ambas partes con este arreglo, que todo quede definitivamente terminado entre los dos, renunciando ambas partes, como por medio de este acto lo hace la exponente, cualquier derecho o acción que pudiera quedar pendiente", no acepta el Tribunal la interpretación que a ella le atribuye la parte demanda, según la cual la estipulación transcrita implicaría que la transacción hubiera cobijado también el derecho o acción sobre la porción conyugal que correspondiera a la actora en caso de muerte de su esposo. Para el Tribunal la memorada cláusula se refiere exclusivamen-

te a la liquidación de la sociedad conyugal y a los alimentos futuros, y si se admitiera que en ella también hubo renuncia de la actora a su porción conyugal, "esa renuncia sería nula, con nulidad absoluta, declarable de oficio por aparecer de manifiesto en el texto de dicha escritura, ya que implicaría la renuncia de una asignación antes de que esta se hubiere deferido (artículos 1013 y 1283 del Código Civil)... Si en lugar de contener la escritura pública 1090 una mera declaración unilateral de voluntad de la señora Isabel Manotas de Acuña, diera fe de un concurso de voluntades entre ella y su marido, vale decir, si se hubiera tratado de un contrato, este también habría sido nulo, con nulidad absoluta, también declarable, de oficio por razón de objeto ilícito, ya que contravendría la prohibición contenida en el artículo 1520 del Código Civil, pues no hay duda que el cónyuge, en cuanto lleva porción conyugal, es un sucesor".

Como trabada ya la litis contestación, la parte demandada impugnara en su alegato final de la primera instancia el valor probatorio de la escritura 220 del 27 de agosto de 1951, contentiva del testamento de Francisco Acuña Solano, por carecer de la correspondiente nota de registro, considera el fallo que dicha impugnación no puede prosperar, como quiera que la actora presentó con su libelo esa escritura sin registrar y los herederos que se hicieron presentes en el proceso aceptaron la plena existencia del testamento. "De esta suerte las partes deslindaron el campo de acción del Juez, determinaron los puntos controvertidos y señalaron los que no les merecían objeción. Y la actividad del fallador en tales circunstancias debe desarrollarse dentro de los términos que le han sido delimitados". Y con citas de jurisprudencia de la Corte y consideraciones en torno a los efectos del registro, así como también teniendo en cuenta que en los autos obra copia del auto de reconocimiento de los herederos en la mortuoria de Acuña Solano, demandados en este juicio, concluye que es el caso de dar por plenamente establecida la existencia del testamento en cuestión.

En fin, por las razones expuestas se declara no probada la excepción de carencia

de acción, denominada por los demandados "falta de derecho para pedir".

La Impugnación.

Ocho cargos formula la parte demandada en su libelo sustentatorio del recurso extraordinario por ella interpuesto, de los cuales habrá de examinarse el segundo llamado a prosperar.

Con fundamento en la causal primera de casación, la censura lo es por indebida aplicación de los artículos 1230 y 1232 del C. Civil, relativos a la porción conyugal, y de los artículos 1010, 1013, 1226, 1278 y 1283 de la misma obra.

Puntualiza el censor que la demanda en este juicio reclama la reforma de un testamento para que se reconozca la porción conyugal de la demandante en detrimento de las asignaciones testamentarias a título universal y singular y que, en consecuencia, era indispensable enderezar dicha demanda contra todos los asignatarios.

Explica el recurso que los hijos naturales, como lo son todos los herederos instituidos en el testamento cuya reforma se impetra, tienen derecho a las tres cuartas partes de la herencia por ser asignatarios forzosos de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras, así atribuidas a ellos en dicho testamento; y que, por lo tanto, para reconocerle a la cónyuge sobreviviente la cuarta parte de los bienes relictos, a título de porción conyugal, habría que adjudicarle la cuarta de libre disposición, dejando sin efecto los legados que la afectan.

Ofrécese así entre todos los herederos y todos los legatarios instituidos en el testamento un litis-consorcio necesario.

Sentadas tales premisas, advierte la censura que en la demanda presentada en este juicio dejáronse de incluir varios de los hijos naturales y herederos testamentarios, a saber: Argemiro Nicolás, Alina Camela, Francisco Nicolás, Doris del Rosario y Libardo Arturo Acuña Montes, Gabriel Francisco y Gloria Inés Acuña Bravo, como tampoco se incluyeron los legatarios Aureliano

Alberto Acuña Solano, Marco Aurelio Vergara Acuña, Lázaro María Vergara Acuña, Roque Vergara Acuña, Rafael H. García Acuña y Eduardo García Acuña. "Por tanto, en el proceso existe el defecto conocido como legitimación incompleta de la parte demandada e ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada", defecto que, según la doctrina y la jurisprudencia, impide el pronunciamiento de un fallo de mérito. Ha debido, pues, el Tribunal revocar la sentencia de primer grado y declararse inhibido para fallar de fondo. No lo hizo así luego quebrantó, por aplicación indebida, los textos sustanciales en que fundó su pronunciamiento.

De otro lado, agrega la censura que el sujeto pasivo de la acción de reforma de un testamento son los herederos instituidos en este y no la sucesión del testador, la que no es persona jurídica en nuestro ordenamiento, ni sujeto de acción, pretensión o contradicción; o sea que la demanda ha debido dirigirse contra dichos herederos, en sus propios nombres y no como supuestos representantes de la sucesión, y, al no haberse procedido de esa manera, dicha demanda es sustancialmente inepta y da lugar a la ilegitimación en la causa de la parte demandada, lo que determinaría "aplicación por el Tribunal, en forma indebida, de los textos legales citados, pues ha debido inhibirse de fallar en el fondo".

Consideraciones de la Corte:

I. - Por escritura pública 220 otorgada en la Notaría 2ª de Sincelejo el 27 de agosto de 1951, Francisco Manuel Acuña Solano otorgó testamento nuncupativo, en el que declara haber contraído matrimonio católico con Isabel Manotas Martínez de quien se halla separado de bienes en forma definitiva: que el patrimonio que posee es de su exclusiva propiedad y no tiene comunidad de bienes con persona alguna a título de sociedad conyugal ni de sociedad de comercio; y que reconoce a los siguientes hijos naturales: Francisco Manuel, Luis Alfonso, Josefa, María, Carmen Cristina y Olimpia Rosa Acuña Arrieta, habidos en Olimpia R. Arrieta Lara; a Lina Carmela, Argemiro Ni-

colás, Francisco Nicolás, Doris del Rosario y Libardo Arturo Acuña Montes, habidos en Carmela Montes Ortega; Josefina del Carmen Acuña Chimá, habida en Neila Rosa Chimá Guzmán; Gabriel Francisco y Gloria Inés Acuña Bravo, habidos en Inés María Bravo Suárez y César Tulio Acuña Pertúz, habido en Dalila Rosa Pertúz Parra. El testador instituye como herederos en las tres cuartas partes de sus bienes a sus hijos anteriormente nombrados, y sobre la cuarta parte de libre disposición establece los siguientes legados: \$ 20.000.00 para ser distribuidos por partes iguales entre sus hijos Francisco Manuel Acuña Arrieta, Luis Alfonso Acuña Arrieta y Gabriel Francisco Acuña Bravo; \$ 15.000.00 para Aureliano Alberto Acuña Solano, hermano del testador; \$ 5.000.00, para su sobrino Marco Aurelio Vergara Acuña; \$ 500.00 para cada uno de sus sobrinos Lázaro María y Roque Vergara Acuña; \$ 500.00 para Rafael H. García Acuña y \$ 500.00 para Eduardo García Acuña. El remanente de la mencionada cuarta de libre disposición, si lo hubiera, acrecería por partes iguales a las asignaciones hereditarias.

II - Visto está que en el presente juicio la actora Isabel Manotas vda. de Acuña pretende la reforma del testamento de su esposo Francisco Manuel Acuña Solano, anteriormente descrito, con el fin de que se le reconozca a ella su derecho de porción conyugal preterido por el testador y, consecuentemente, se le adjudique la cuarta parte de los bienes dejados por éste. Pero, en su demanda dicha actora solamente citó como demandados a los siguientes herederos testamentarios: Francisco Manuel, Luis Alfonso, Josefa María, Carmen Cristina, Olimpia Rosa Acuña Arrieta, representados por su madre natural Olimpia Arrieta; a César Tulio Acuña Pertúz y a Josefina Acuña Chimá de Lobo. También fueron demandados Arrelis Margarita, Jorge Iván y Jaime Hernando Acuña Arrieta, quienes no figuran en el testamento, representados por su madre natural Olimpia Arrieta. Y de otro lado, no fueron incluidos en la demanda los herederos testamentarios Alina Carmela, Argemiro Nicolás, Francisco Nicolás, Doris del Rosario y Libardo Arturo Acuña Mon-

tes, Gabriel Francisco y Gloria Inés Acuña Bravo, como tampoco lo fueron los legatarios Aureliano Alberto Acuña Solano, Marco Aurelio, Lázaro María y Roque Vergara Acuña, ni Rafael H. y Eduardo García Acuña.

III. - Obvio es que en las prenotadas condiciones los juzgadores de instancia no podrían proferir fallo de mérito puesto que la acción de reforma del testamento instaurada por la actora se endereza a obtener que a ella se le adjudique en la mortuoria la cuarta parte de los bienes relictos, asignados en su totalidad a los hijos naturales del causante instituidos por éste como herederos en la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y el remanente de la de libre disposición, y a algunos de los mismos hijos naturales y a otras personas, como legatarios en parte de dicha cuarta de libre disposición. Quiere esto decir que el fallo de mérito estimatorio de las pretensiones de la actora, afectaría las asignaciones de los herederos y de los legatarios en la proporción que se determinase en dicho fallo o en su cumplimiento, lo que claramente indica que para los efectos de la reforma del testamento existe entre todos ellos un litis-consorcio necesario que, al ser desconocido por la demanda con la exclusión de varios de ellos, determina la inhibición del juzgador para dictar fallo de mérito. Desde luego, al impetrarse la reforma de un testamento el actor bien puede renunciar a los derechos que de tal reforma puedan derivar en su favor respecto de alguno o algunos de los asignatarios, quebrando así parcialmente el litis-consorcio necesario que cobija a éstos. Pero, tal no es el caso de autos, pues se repite que la actora solicita que se le adjudique precisamente la cuarta parte de los bienes relictos asignados en el testamento a todos los herederos y a los legatarios, de modo que la falta de citación al juicio de varios de ellos no puede interpretarse como una renuncia de los derechos que pretende tener dicha actora sobre la totalidad o par-

te de las asignaciones correspondientes a éstos.

Establecida así la indebida conformación de la parte demandada, conclúyese que el Tribunal sentenciador al proferir fallo estimatorio cuando ha debido declararse inhibido para ello, aplicó indebidamente las disposiciones sustanciales en que se fundó y que el recurso invoca.

Prospera el cargo.

El fallo sustitutivo.

Por las razones expuestas en el examen de la censura que prospera, la corte, como juzgador de instancia, ha de revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, declararse inhibida para pronunciarse de fondo.

Por 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 16 de agosto de 1966 proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, revoca la dictada por el Juzgado 1º Civil del Circuito del mismo nombre y, en su lugar,

Resuelve:

Declararse inhibida para dictar fallo de mérito.

Las costas de la primera y de la segunda instancia son de cargo de la parte actora. 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 Gtraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PERTENENCIA

El art. 381 no es norma de derecho sustancial.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado s. Acta N° 64 de 30 de julio de 1970).

Manuel J. Logreira demandó ante el Juzgado 2° Civil del circuito de Barranquilla, sin dirigir su acción contra persona determinada, que se le declarase dueño, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria, de un inmueble situado en jurisdicción del municipio de Barranquilla, en la banda sur de la carretera que de dicha ciudad conduce a Puerto Colombia, y comprendido por los linderos que la referida demanda relaciona.

De su lado, José V. Meza L. demandó ante el Juzgado 3° Civil del Circuito de Barranquilla a Manuel J. Logreira y Flor María Martínez, para que se le declarase propietario del mismo inmueble a que antes se hizo mención, y para que se condenase a los demandados, como poseedores de mala fe del mismo, a que se lo devolviesen con sus accesorios y frutos.

Después de haberse presentado José V. Mesa L. como opositor a las pretensiones deducidas por Manuel J. Logreira en el juicio de pertenencia primeramente citado, y cuando en tal virtud ya dicho juicio había quedado convertido en ordinario, fue incorporado en acumulación de autos al juicio

reivindicatorio a que en segundo término se hizo alusión.

Ya convertidos en uno solo tales juicios, el Juzgado que en virtud de la reforma judicial de 1964 asumió el conocimiento, o sea el Noveno Civil Municipal de Barranquilla, dictó sentencia de primera instancia declarando: a) que Manuel J. Logreira había adquirido por usucapión las tres cuartas partes del inmueble objeto del juicio; b) que José Vicente Meza era dueño de la otra cuarta parte del mismo inmueble; y c) que Logreira debía restituir dicha cuota y los frutos naturales y civiles correspondientes a ella, desde que entró a ocupar el inmueble.

Contra la sentencia anterior recurrieron en apelación ambas partes, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Estando en trámite el recurso en el Tribunal, a solicitud del apoderado de José Vicente Meza, la contraparte fue requerida para que devolviera el expediente, que a raíz del traslado para alegar de conclusión había sido retirado por ella, conminándolo además con multa de \$ 25.00 si así no lo hacía dentro de los tres días siguientes.

Vencido el término señalado sin que el expediente hubiera sido devuelto, el Tribunal, actuando sobre copias que solicitó al Juzgado a quo, en sentencia de fecha 31 de julio de 1967 dijo que la conducta de la parte demandada, al no haber acatado la orden de restituir el expediente, hacía aplicable al caso lo ordenado al efecto por el artículo 381 del Código Judicial, en su numeral

4º, y en tal virtud reformó la sentencia apelada en el sentido de declarar al demandante José Vicente Meza L. propietario de la totalidad del inmueble en disputa, y de condenar a Manuel J. Logreira y a Flor María Martínez a restituirlo junto con sus frutos y accesorios desde el día en que entraron a ocuparlo, amén de otras declaraciones y condenas que no es el caso de mencionar expresamente.

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada y vencida el recurso de casación cuya decisión ocupa ahora a la Corte.

La demanda de Casación.

Se formula en ella un único cargo, dentro de la órbita de la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por la vía directa, que se concreta en acusar por aplicación indebida el artículo 381 del Código Judicial, en su numeral 4º.

En el intento de sustentar el cargo dice el recurrente, en síntesis, que la norma señalada como infringida no puede ser aplicada sino a condición de que solo el demandante haya apelado de la sentencia de primera instancia, lo cual no ocurrió en el caso de autos puesto que de la sentencia proferida por el Juzgado a-quo recurrieron tanto el demandante como el demandado.

Se Considera:

Según el cargo, la norma que el Tribunal habría infringido directamente, por aplicación indebida, es la del artículo 381 del C. J., numeral 4º. Lo que quiere decir, viniendo como viene formulado el cargo por la causal primera de casación, y procediendo ésta solo cuando se trata de que la sentencia acusada haya infringido una norma de derecho substancial, que para el recurrente aquel precepto encaja dentro de este género de normas. La viabilidad de la censura depende ante todo, entonces, de que la aludida disposición tenga efectivamente la calidad de substancial. Examinada por tal aspecto la norma en cuestión, para el fin indicado, se tiene:

a) Que las situaciones que dan lugar a la aplicación de ella son eminentemente pro-

cesales, pues su ocurrencia no puede producirse sino en el desarrollo de la relación jurídico-procesal y en razón del incumplimiento de deberes procesales generados por esa relación;

b) Que de igual modo tienen naturaleza procesal las sanciones que la disposición comentada contempla, no solo por emanar ellas también de la relación jurídico-procesal, y por referirse a faltas procesales, como acaba de verse, sino también por hacerse efectivas dentro del mismo juicio en que tales faltas se producen y por consistir en sí mismas en la adopción por el Juez de medidas de tipo procesal;

c) Que no obsta a lo anterior la circunstancia de que a la postre la sanción vaya a repercutir sobre la relación jurídica substancial debatida en el proceso, pues aparte de que en muchos casos una norma procesal produce efectos substanciales sin que pierda su calidad de tal, lo cierto es que en el caso aquí considerado aquella repercusión viene a producirse independientemente del régimen de derecho substancial a que esté sujeta aquella relación, y por lo mismo de que la parte que resulte favorecida tenga o no el derecho que pretenda en el juicio; pues tal repercusión resulta ser consecuencia única, exclusiva y automática del hecho de haber incumplido un deber procesal la parte en esa forma sancionada.

Lo dicho sería suficiente para deducir que el artículo 381 del C. J. no contiene una norma de derecho substancial. Pero todavía se pueden advertir en ese mandato otras peculiaridades que vigorizan aquella deducción, por ser propias de las normas instrumentales. Está, por ejemplo, la peculiaridad consistente en que esa norma está enderezada a gobernar la conducta del Juez, en cuanto le impone a éste, producida la situación de hecho que ella supone, el deber de pronunciarse en los sentidos ciertos y precisos que, según sea el caso, esa misma norma determina. Es decir, que el Juez es el destinatario del precepto, y que por consiguiente el mandato en él contenido no es susceptible de ser actuado o realizado por los particulares a quienes compromete.

Que la norma del artículo 381 del C. J. no es substancial, es cuestión que por lo demás ya tiene definida la jurisprudencia de la Corte, según puede verse en sentencia de 21 de marzo de 1959, G. J. 2.207 a 2.209, p. 111, en la cual se lee: "La causal de casación invocada se refiere a que la sentencia sea violatoria de un precepto sustantivo por aplicación indebida de él. Pero el artículo 381 del C. J. señalado por el recurrente como infringido por el fallador de instancia no tiene el carácter de norma sustantiva o substancial, por cuanto no se consagra en ella un derecho... dado que solamente se limita a indicar la manera como debe fallarse el juicio en los supuestos que contempla en sus cuatro ordinales".

Se concluye de todo lo anterior que en el presente caso no podía el recurrente estructurar debidamente el cargo que formuló, limitándose a señalar como infringida únicamente la norma del artículo 381 del C. J., no siendo ella de carácter substancial, como se ha dejado demostrado. Para aquel efecto ha debido señalar como infringidas además

las normas sustanciales que tutelan los derechos pretendidos por las partes.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el presente juicio.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediél Angel, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Guillermo Ospina Fernández.

FILIACION NATURAL

Legitimación en causa.

Su falta no induce a fallo inhibitorio sino a la negación de la pretensión. — Personería adjetiva o legitimatio ad procesum.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta N° 62 de 28 de julio de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de abril de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en el juicio ordinario promovido por Marlene Silva de Rayo contra Hernando Chamorro y otros.

El Litigio.

Ante el Juzgado 2° Civil de Circuito de Palmira, Marlene Silva de Rayo demandó “a los menores Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés Chamorro... hijos de la señora Lucila Chamorro, mujer casada con el señor Hermes Victoria... en sus propios nombres y como representantes de la sucesión y con intervención del Personero Municipal de Palmira en representación del Ministerio Público, y del Administrador de Hacienda Nacional de Palmira, en representación de la nación, de acuerdo con la ley 63 de 1963, y con intervención también del señor José María Esparza... en su calidad de albacea testamentario con tenencia

de bienes”, en procura de los siguientes pronunciamientos:

a) Que la demandante es hija natural de Francisco Caicedo Escobar y Libia Silva, y que en tal calidad tiene derecho a la mitad de los bienes dejados por aquél y a la cuarta de mejoras;

b) Que se reforme el testamento otorgado por Caicedo Escobar mediante la escritura 179 de 9 de febrero de 1961, pasada ante el Notario 2° de Palmira en el sentido de reconocer a la demandante sus derechos que como hija natural del causante tiene sobre, las tres cuartas partes de los bienes herenciales;

c) Que Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés Chamorro solo tienen derecho, en su condición de legatarios, a la cuarta de libre disposición;

d) Que en el juicio de sucesión de Caicedo Escobar deben adjudicarse a la demandante las tres cuartas partes del patrimonio herencial, y a los legatarios la cuarta restante del mismo;

e) Que son nulos los reconocimientos de hijos naturales que Caicedo Escobar hizo ante el notario respecto de los menores Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés Chamorro, en razón de que la madre de éstos, Lucila Chamorro de Victoria, es casada con Hermes Victoria, quien vive actualmente; y

f) Que pertenecen a la sucesión de Francisco Caicedo Escobar los inmuebles que por su ubicación y linderos se determinan en la súplica décima de la demanda.

Los hechos pertinentes afirmados por el actor en el libelo como fundamento de su pretensión, se resumen así:

1º - Francisco Caicedo Escobar, quien, siendo soltero, falleció en Palmira el 10 de marzo de 1961, sin dejar ascendientes legítimos, tuvo relaciones sexuales notorias y permanentes con Libia Silva, de las cuales nació Marlene Silva Caicedo, el 6 de noviembre de 1938;

2. - Caicedo Escobar atendió tanto a los gastos de congrua subsistencia de Libia, madre natural de Marlene, como a los de subsistencia, educación y alojamiento de esta última, a la cual presentó ante sus parientes y amigos, por espacio mayor de diez años, como su hija natural, y en esa calidad es conocida Marlene en la sociedad de Palmira.

3º - Caicedo Escobar otorgó testamento ante el Notario 2º de Palmira el 9 de febrero de 1961, mediante la escritura 179, y luego de manifestar en él que no tenía herederos forzosos, legó a Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés Chamorro, hijos de Lucila Chamorro, los inmuebles que por su ubicación y linderos se determinan en la memoria testamentaria, y designó a José María Esparza albacea con tenencia de bienes.

4º - El testador Caicedo Escobar violó la ley al desconocerle a Marlene Silva, como hija natural suya, el derecho que tiene a que se le adjudiquen las tres cuartas partes de los bienes herenciales, y, por lo mismo, debe reformarse su testamento.

5º - Francisco Caicedo Escobar reconoció a Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés Chamorro como hijos naturales suyos y de Lucila Chamorro, según manifestación expresa hecha por aquel en las respectivas partidas de nacimiento de los menores mencionados.

6º - Lucila Chamorro contrajo matrimonio católico con Hermes Victoria el 17 de octubre de 1946, y ambos cónyuges viven.

El juzgado admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a los menores demandados, "representados por su madre Lucila Chamorro", al albacea José María Esparza, al personero municipal y al administrador de Hacienda Nacional de Palmira.

En escrito posterior manifiesta la parte actora que reforma y adiciona la demanda que había instaurado contra los menores Chamorro, representados por su madre natural Lucila Chamorro, con intervención del personero municipal y el Administrador de Hacienda Nacional de Palmira, en el sentido de incluir "entre los demandados al señor Hermes Victoria... marido legítimo de la señora Lucila Chamorro, y presunto padre legítimo, por mandato de la ley, de los menores citados, para que se hagan las declaraciones a que se refiere la parte petitoria de la demanda...", ya que estando comprometida la paternidad de dichos menores debe intervenir forzosamente en el juicio el presunto padre, de conformidad con el artículo 403 del Código Civil, so pena de nulidad.

Adelantado el trámite propio de la primera instancia, el juzgado desató la litis en sentencia de 30 de agosto de 1962, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda. En virtud de apelación interpuesta por la parte demandada surtióse el segundo grado del juicio, el cual culminó con el fallo de 24 de abril de 1967, en cuya parte resolutive el Tribunal revocó "los puntos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo" de la sentencia apelada, declaró probada, en su lugar, "la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería en la parte demandada", confirmó el punto séptimo de dicha sentencia por el cual se ordenó la cancelación del registro de la demanda y no hizo condena en costas. Este es el fallo materia del recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia Impugnada.

Al examinar los presupuestos procesales advierte el sentenciador que los menores demandados, hijos de Lucila Chamorro, nacieron entre el 3 de abril de 1952 y el 2 de julio de 1955; que como aquella contrajo

matrimonio con Hermes Victoria el 17 de octubre de 1946, ha de reputárseles hijos legítimos por la presunción que los ampara de serlo del marido; que siendo el padre legítimo el representante legal de sus menores hijos, de acuerdo con el artículo 62 del Código Civil, y no habiendo impugnado oportunamente Hermes Victoria la legitimidad de los demandados, era él y no Lucila quien debía representarlos en el proceso; que al "presunto padre de los menores demandados se le citó en juicio, pero no en calidad de representante de dichos menores, sino para que se cumpliera la exigencia a que alude al artículo 403 del Código Civil": y que los reconocimientos que de los demandados hizo Francisco Caicedo Escobar como hijos naturales suyos carecen de valor, pues el artículo 3º de la ley 45 de 1936 prohíbe el reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo, supuesto éste cuya ocurrencia no se ha demostrado.

Dice que como los demandados no tienen el carácter de herederos de Caicedo Escobar por vínculos de sangre, sino el de legatarios, se imponía traer la prueba de la aceptación respectiva, para considerarlos como sujetos pasivos de la relación procesal, "así como también el cumplimiento con relación a la copia de la escritura contentiva de la carta testamentaria, del mandato contenido en el artículo 635 del Código Judicial, certificado indispensable en el proceso para saber si las disposiciones testamentarias estaban vigentes o habían sido revocadas por el testador"; que la aceptación de la herencia es muy importante porque "solamente aceptando el asignatario, viene a representar al causante en los derechos transmisibles", puesto que "si la delación concede el derecho, la aceptación es la materialización o efectividad del mismo, de tal manera que el reconocimiento de herederos y la aceptación, son hechos que implican trámite y que deben aparecer de una actuación judicial, sin que sea dable suplirlas por otras pruebas".

Observa luego que la presencia del albacea en este proceso sí tiene justificación

porque a él compete defender la validez del testamento en juicio, mas no la del Agente del Ministerio Público dado que los menores están representados, aunque indebidamente, por su madre, y expone a continuación:

"Para poder formular peticiones en la demanda, ha menester que el actor tenga legitimación o personería sustantiva que lo faculte para ello, así como para oponerse válidamente a las peticiones de aquélla, pues en caso contrario, como es doctrina reiterada de la Corte, habrá de generarse una excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada. No aparece dentro de la situación jurídica que en la demanda se atribuye a los menores, acreditada suficientemente la capacidad para comparecer en juicio por conducto de su representante legal y que para el caso debe ser el padre legítimo Hermes Victoria, el llamado a impugnar la paternidad que la ley le atribuye en razón de hallarse vigente el matrimonio celebrado con Lucila Chamorro.

"La excepción anterior difiere de la ilegitimidad de la personería de que nos habla la regla segunda del artículo 448 del C. Judicial que viene a equipararse a la incapacidad para comparecer en juicio y que también es susceptible de configurar la excepción dilatoria, según el artículo 330 del C. Judicial, pues tiene sus raíces para el caso que nos ocupa en la circunstancia de ser los menores Hernando, Enriqueta, Lucila y María Inés hijos de matrimonio legítimo válidamente celebrado y que por su misma naturaleza de vicio procedimental, se convalida por deficiencia o informalidad del poder, como en el caso de autos en donde en el mismo memorial, se han citado varias personas como representantes de la parte demandada. Veamos como puede acoplarse esta excepción al caso de autos; el señor Hermes Victoria celebra válidamente matrimonio con Lucila Chamorro; este hecho está plenamente demostrado en autos por el actor, defendido por él, el contrato como actuante y aceptado por los procuradores de la parte demandada".

Agrega que del análisis de los testimonios que obren en el juicio llegó el a-quo a la

conclusión de que la posesión notoria del estado civil de hija natural de Marlene Silva de Rayo respecto de Francisco Caicedo Escobar había sido establecida de manera irrefutable; pero que si se analizan a fondo tales testimonios se observa que "los testigos presentados por la parte demandada también dan fe de hechos que pueden contrarrestar los testimonios del actor, encaminados a establecer esa presunta posesión notoria del estado de hija que alega Marlene Silva". Termina haciendo una breve crítica de los testimonios aportados por la demandante, por estimarla necesaria; "no obstante el planteamiento que la Sala hace en relación con la acción".

La Demanda de Casación.

Aunque en libelo respectivo se formula inicialmente dos cargos contra la sentencia del Tribunal, acontece que en el último capítulo de la demanda, bajo el epígrafe "conclusiones", propone otros dos, todos ellos del resorte de la causal primera. Este hecho pasó inadvertido para el opositor, y de ahí que en su escrito de réplica solo se refiera a los dos primeros.

Observado lo anterior, procede la Corte a examinar los cargos propuestos, así:

Cargo Primero.

En el capítulo a que se hizo referencia, denominado "conclusiones", lo resume el censor en los siguientes términos:

"El Tribunal violó por aplicación indebida, e interpretación errónea, el artículo 483 del Código Civil al declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, constituida por los menores hijos presuntivos de Hermes Victoria y Lucila Chamorro, en cuanto desechó la representación legal de su presunto padre legítimo Hermes Victoria, no obstante el emplazamiento de éste al litigio, en su calidad de marido legítimo de Lucila Chamorro, lo cual le da derecho, por ministerio de la ley, a la patria potestad sobre sus presuntos hijos legítimos, instituidos como legatarios por el señor Francisco

Caicedo Escobar, a quienes éste había reconocido como sus hijos naturales".

Se Considera:

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

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

3. - La censura que se estudia no se ajusta a la preceptiva de la técnica del recurso extraordinario, puesto que le imputa al Tri-

bunal, simultáneamente, aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 403 del Código Civil, y ese defecto en su formulación la hace necesariamente imprópera.

4. - Pero aún haciendo caso omiso de esta falla de índole técnica, es lo cierto que la censura carece de fuerza impugnativa, puesto que siendo tres los fundamentos en que descansa el fallo de segundo grado, el recurso solo atacó uno de ellos. En efecto: del extracto que se hizo de la motivación de la sentencia recurrida aparece que el Tribunal adujo como fundamento de su decisión tres razones primordiales, cada una de las cuales es bastante para sustentarla, a saber: a) que no se acreditó que, los demandados hubieran aceptado la herencia de Francisco Calcedo Escobar, "para considerarlos como sujetos pasivos de la relación jurídico procesal"; b) que no se trajo el certificado del registrador de instrumentos públicos de que trata el artículo 635 del Código Judicial, "indispensable en el proceso para saber si las disposiciones testamentarias estaban vigentes o habían sido revocadas por el testador"; y c) que los menores demandados no comparecieron en el proceso representados por su padre legítimo Hermes Victoria sino por la madre de los mismos, puesto que la intervención de aquél en el juicio "no fue precisamente la de representante de los menores hijos de Lucila Chamorro como consecuencia del ejercicio de la patria potestad que al presunto padre legítimo compete, sino por aplicación equivocada del mandato contenido en el artículo 403 del Código Civil tantas veces citado". El censor se limitó a atacar este último soporte de la decisión del Tribunal, dejando por fuera los dos primeros. La falta de impugnación de éstos determina el insuceso del recurso, pues en el supuesto de que el ataque formulado al tercero fuera próspero, los otros dos tienen consistencia suficiente para impedir la infirmación del fallo recurrido, pero sin que ello signifique que la Corte los encuentre acertados, ya que la defectuosa formulación del cargo no le permite hacer un pronunciamiento al respecto.

5. - Agrégase a lo dicho que la circunstancia de que el Tribunal hubiera considerado ilegítima la personería sustantiva de la parte demandada en razón de hallarse mal representados en el proceso los menores Chamorro, no entraña una indebida aplicación del artículo 403 del Código Civil, pues a esa conclusión llegó el sentenciador no por virtud del precepto contenido en dicha norma, que nada tiene que ver con el fenómeno de la representación legal, sino, según aparece del fallo, por aplicación del artículo 62 del Código Civil que dice quiénes son los representantes legales de una persona, y del 13 de la ley 45 de 1936 que confiere al padre, en primer término, la patria potestad sobre los hijos legítimos. Y tampoco se ve cómo puede obedecer esa conclusión a una interpretación errónea del artículo 403 precitado.

6. - No obstante el insuceso del cargo, estima necesario la Corte rectificar el concepto ostensiblemente equivocado del Tribunal de que la indebida representación de los menores demandados genera una ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, pues se trata de fenómenos fundamentalmente distintos por su naturaleza y por los efectos que producen en el proceso. En efecto:

a) La legitimación en la causa, que empleando una terminología inadecuada denomina el Tribunal personería sustantiva, constituye uno de los requisitos que han de concurrir para que el demandante obtenga sentencia favorable a su pretensión, y consiste, según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, en "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Exige, en otros términos, que el demandante sea el titular del derecho que reclama y que el demandado sea la persona frente a la cual ese derecho puede ser reclamado. No constituye un presupuesto pro-

cesal, y, por consiguiente, la falta de legitimatio ad causam del actor o del demandado no induce a un fallo inhibitorio sino a la negación de la pretensión del primero.

b) La personería adjetiva, en cambio, toca con el presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio o legitimatio ad procesum. Mira a la capacidad para actuar en el proceso en nombre propio o en representación de otro, y su falta produce nulidad de lo actuado. De consiguiente, "el defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder; o en el que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada". (LIX, 843, LXXVI, 204; LXXVII, 775; LXXXVIII, 69). La ley procesal brinda a las partes distintas oportunidades para alegar la falta de ese presupuesto procesal así: como excepción dilatoria, dentro del término del traslado de la demanda en los juicios ordinarios y en el especial de deslinde y amojonamiento; como causal de nulidad, en todos, los procesos; y como motivo de casación en los juicios en que procede ese recurso extraordinario. Siendo de observar que en los dos últimos casos solo la parte mal representada puede invocar la causal de nulidad o el motivo de casación. Además, el artículo 455 del Código Judicial ordena al sentenciador que cuando advierta la existencia de una indebida representación en el proceso, la ponga en conocimiento de la parte afectada por ella a fin de que manifieste si allana o no la nulidad.

c) Por consiguiente, al hallar el Tribunal que los menores demandados no estaban debidamente representados en el juicio, ha debido dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 455 prenombrado poniendo en conocimiento del legítimo representante de los mismos la causal de nulidad para los efectos indicados en esa disposición, en lugar de declarar probada, inconsultamente desde luego, la que denominó excepción de ilegitimidad sustantiva en la personería de la parte demandada. Y el padre de dichos

menores podía haber pedido la nulidad de lo actuado por el motivo apuntado, o impetrado la casación del fallo del Tribunal por la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, nada de lo cual hizo.

Se rechaza el cargo.

Cargo Segundo.

Denúnciase en él, violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936, y 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil.

Luego de notar el recurrente que el Tribunal "se ocupa de analizar las pruebas presentadas para comprobar las dos causales previstas en el artículo 4º de la ley 45 de 1936, en sus ordinales 4º y 5º, agrega que aquél "no hace referencia, siquiera, a la causal cuarta del artículo 4º de la ley 45 de 1936 sobre las relaciones sexuales estables entre Francisco Caicedo Escobar y Libia Silva", y que, por lo mismo, dejó de estudiar una de las causales invocadas por el actor.

Observa que los testimonios acompañados a la demanda prueban plenamente que Francisco sedujo en su propia casa a Libia; que los testigos dicen categóricamente cuáles fueron la hora y el vehículo en que la condujo de la casa materna al apartamento donde vivió en Palmira; que tales testimonios demuestran igualmente el embarazo de Libia, la continuidad de las relaciones entre ellos dos bajo el mismo techo, en forma pública, las atenciones que Francisco le prodigó a aquella durante el parto y los gastos que sufragó con ese motivo.

Dice que "la abundante prueba testimonial presentada al juicio establece en forma categórica que Francisco Caicedo Escobar presentó y trató ante sus familiares y amigos, y vecindario a Marlene Silva de Rayo como su hija natural", y que contribuía a su educación y sostenimiento; que, sin embargo, el análisis que hace el Tribunal de tales pruebas no interpreta legalmente la verdad del testigo; que con un espíritu de contradicción y de rechazo que parece preconcebido, la sentencia trata de negarle a esa prueba su autenticidad y veracidad;

que afortunadamente el número de declarantes y sus exposiciones contradicen lo afirmado en la sentencia.

Se considera:

1. - La preceptiva de la técnica del recurso extraordinario exige, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, que cuando la censura se funde en el error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de una prueba trascendente, se individualice el medio mal apreciado y se ponga de presente la existencia del error, el que, para asumir entidad en casación, ha de consistir en que el sentenciador no haya visto la prueba que obre en el proceso, o haya supuesto la que no existe en él, hipótesis estas que, por imperativo lógico, comprenden el caso de la desfiguración del medio probatorio, cercenando su real contenido o haciéndole decir lo que no expresa. Y que cuando la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio de prueba, a más de singularizar éste se indique la norma de disciplina probatoria que habría sido conculcada por el Tribunal al haberle negado a ese medio el valor probativo que la ley le asigna o atribuído uno que no le otorga.

2. - El cargo que se estudia no se ajusta a las exigencias de la técnica del recurso, pues, de una parte, no señala concretamente el censor el sentido en que habrían sido violadas las normas que en él cita, vale decir si su infracción obedeció a falta de aplicación o a aplicación indebida de las mismas, como era su deber hacerlo; y de otra, no individualizó las pruebas que habrían sido indebidamente apreciadas o valoradas por el Tribunal, ni señaló, caso de que se tratara de un error de derecho, las normas, de índole probatoria que habrían sido infringidas.

3. - Agrégase a lo dicho que habiendo quedado en pie la decisión del Tribunal mediante la cual declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, la cuestión litigiosa no podía ser desatada por impedirlo tal excepción, y en consecuencia, el cargo

formulado, el perseguir la decisión de fondo del litigio, resulta inane.

Es impróspera la censura.

Cargos tercero y cuarto.

Al formular el tercer cargo dice el censor que la sentencia impugnada "también viola por aplicación indebida y errónea interpretación, los artículos 115, 1008, 1156, 1157, 1158 del C. Civil por cuanto que los menores hijos presuntivos de Hermes Victoria y Lucila Chamorro, instituídos como asignatarios del causante Francisco Caicedo Escobar tienen al carácter de herederos, aunque se llamen legatarios, y representan por tanto, a la sucesión de Francisco Caicedo, porque de acuerdo con el testamento son asignatarios de todos los bienes".

Y al proponer el cuarto expresa:

"La sentencia también es violatoria de los artículos 1740, 1741, 1742 y artículo 3º de la ley 45 de 1936, porque los menores, con presunción de legitimidad, de hijos de Hermes Victoria y Lucila Chamorro aparecen reconocidos como hijos naturales de Francisco Caicedo y en la demanda se ha pedido la nulidad de este reconocimiento, y de acuerdo con el artículo 1742 del C. Civil, subrogado por el artículo 2º de la ley 58 de 1936, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. Por tanto, esos reconocimientos nulos de hijos naturales que la ley prohíbe reconocer por estar la madre casada, según los artículos 1º y 3º de la citada ley, le dan al acto del reconocimiento la calificación de nulo, lo cual debe ser reconocido, aún de oficio, por el Juez".

Se Considera:

1. - El cargo tercero, tal como se halla concebido es impróspero, pues en él se acusa la sentencia a un mismo tiempo por aplicación indebida y por interpretación errónea de las disposiciones que en él se citan, lo que según se dejó visto al estudiar el cargo primero, es inadmisibles. Y porque fundándose en yerros de apreciación o de valo-

ración probatorias en que habría incurrido el sentenciador, ha debido ceñirse el recurrente a las exigencias de la técnica del recurso que se dejaron expuestas, las cuales tampoco se cumplen aquí.

2. - Atinente al cuarto cargo, obsérvase, en primer término, que al proponerlo incurrió nuevamente el censor en el defecto de no indicar el sentido en que las normas citadas habrían sido violadas por el Tribunal, lo que por sí solo lo hace desechable. En segundo lugar, que la censura que en él se formula carece de fuerza impugnativa puesto que persigue la decisión de fondo de una de las peticiones de la demanda, cuando la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada que el Tribunal declaró probada y que quedó en pie, impide todo pronunciamiento de fondo sobre cualquiera de las cuestiones planteadas en el libelo con que se inició este proceso. Y por último, que el artículo 2º de la ley 50 de 1936 solo tiene aplicación cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, vale decir, cuando de la simple lectura de su contenido aparece aquella de manera ostensible, sin necesidad de acudir a otros elementos de juicio para establecer su existencia; y es obvio que en el caso sub lite no basta la sola vista de las partidas de nacimiento de los menores demandados en las cuales los reconoció Francisco Caicedo Escobar como hijos naturales, para llegar

a la conclusión de que tal reconocimiento es nulo por haber recaído sobre hijos de mujer casada, pues para establecer este hecho se hace indispensable acudir a otros medios de prueba.

Se rechazan los cargos en estudio.

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, modifica la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en el juicio ordinario seguido por Marlene Silva de Rayo contra Hernando Chamorro y otros.

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 Cedrel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

COMPETENCIA

La colisión de competencias no se suscita de oficio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, doce de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediél Angel).

(Aprobación: Acta N° 65 de 5 de agosto de 1970).

En escrito dirigido al Juez Promiscuo de Menores de Ocaña, solicitó la Defensora de Menores se hiciese comparecer a Otoniel López Molina, mayor y vecino de Valledupar, para que “bajo la gravedad del juramento manifieste si es o no el padre natural” de los menores Fredy Helí y Ledy María Serrano, hijos de Ramona Serrano, dejando a salvo el derecho de iniciar el correspondiente juicio sobre investigación de la paternidad natural de dichos menores, si a ello hubiere lugar.

El Juzgado ordenó citar a Otoniel López a fin de que bajo la gravedad del juramento hiciera la manifestación que de él se solicita, y comisionó para tal efecto al Juez de Menores de Valledupar.

El empleado encargado de hacer la citación informó que “el señor Otoniel López Molina se encuentra enfermo en el Municipio Agustín Codazzi, según informaciones recibidas en la oficina “Transportes La Costeña”, en vista de lo cual el comisionado dispuso devolver el despacho respectivo al comitente. Recibido éste, el Juzgado de Menores de Ocaña resolvió: “Por cuando el domicilio del demandado, según aparece com-

probado en autos, es el Municipio de Codazzi (Cesar), para que no sufra retardos y de conformidad con lo que dispone el art. 152, en concordancia con el art. 448 del C. J., por competencia se envía al Juzgado de Menores de Valledupar (Cesar), para que se siga tramitando de acuerdo con la ley”.

El Juzgado de Valledupar se negó a conocer del negocio y ordenó devolverlo al de Ocaña, “por cuanto la competencia para el amparo de los incapaces se radica donde ellos tengan su vecindad”. Como el segundo insistiera en su falta de competencia por considerar que es el Juez del domicilio del demandado quien la tiene, al tenor de la regla segunda del artículo 152 del C. J., dispuso remitir lo actuado a la Corte para que desatara la colisión negativa de competencia surgida con el de Valledupar.

El Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le dio el traslado prescrito en el artículo 422 del C. J., conceptúa “que el Juzgado Promiscuo de Menores de la ciudad de Ocaña es el competente en el presente caso”, con fundamento en la doctrina sentada por la Corte en providencia del 19 de septiembre de 1966, y en las razones contenidas en su vista, que por lo que luego se expresa, no es el caso de exponer.

Agotado el trámite señalado por la ley para esta clase de conflictos, corresponde a la Corte proferir su decisión, para lo cual considera:

Siempre que haya de resolverse un acto de postulación, incumbe al juzgador examinar dos cuestiones fundamentales a saber:

su admisibilidad y su fundamentación. La primera se examina al darle curso a la petición; la segunda al tiempo de decidirla. Si el acto es admisible se le da curso, aunque a la postre resulte infundado; en caso contrario, se rechaza. Si se dio curso a una petición que no reunía los requisitos de admisibilidad, el Juez no puede resolverla y, en consecuencia, debe desecharla por improcedente. Solo cuando concurren en ella tales requisitos puede entrarse a estudiar su fundamentación, esto es, a establecer si de acuerdo con la ley procesal o la sustancial es o no apta para lograr la resolución que se persiguió al formularla. Los requisitos de admisibilidad de los actos de postulación se gobiernan por las normas de derecho procesal, en las cuales se indican las personas que pueden realizarlos y se señalan las condiciones de tiempo, modo y lugar a que debe sujetarse su ejecución.

Tratándose de los conflictos de competencia que pueden surgir entre dos autoridades judiciales, sus condiciones de procedibilidad se encuentran reguladas en los artículos 413 y siguientes del Código Judicial. De tales normas interesa destacar las siguientes:

“Artículo 415. — Las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima, y pueden promoverse ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del asunto, o ante el que a juicio del peticionario sea el competente.

“Artículo 416. — El Juez o Tribunal a quien se pide que aprehenda el conocimiento de un negocio pendiente en otro Juzgado o Tribunal, en vista de la solicitud y de las pruebas que con ella se presenten, resuelve si provoca o no la competencia.

“Artículo 418. — El Juez o Tribunal requerido, previo traslado de tres días a las partes que figuran en el juicio, decide dentro los tres siguientes si se inhibe de seguir conociendo, o se deniega a hacerlo.

“Artículo 419. — Ejecutoriado el auto en que el Juez o Tribunal se haya inhibido

del conocimiento, se remite el expediente al que provocó la competencia, previa citación de las partes”.

En el caso que se examina se violaron flagrantemente las disposiciones transcritas, pues el Juzgado de Menores de Ocaña, sin que mediara petición de parte, ex officio, provocó el conflicto; en la actuación surtida no existían pruebas de que Otoniel López tuviera su domicilio en el municipio de Codazzi, ya que el informe del empleado citador no prueba ese hecho; el Juez de Menores de Valledupar no dió a las partes el traslado que prescribe el artículo 418, y no podía darlo puesto que López no se hallaba apersonado ya que no había sido citado; y por la misma razón, el expediente se remitió a la Corte sin citación de las partes.

Estas irregularidades impiden a la Corte desatar el conflicto planteado y, por lo mismo, ha de ordenar que vuelva el negocio al juzgado de origen para que siga conociendo de él por no haberse suscitado en debida forma la colisión de competencias.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, oído el concepto del Ministerio Público, se abstiene de decidir el conflicto de competencia suscitado entre los jueces de Menores de Ocaña y Valledupar, por improcedente, y en consecuencia dispone devolver el negocio al juzgado de Menores de Ocaña para que continúe conociendo de él.

Comuníquese a los funcionarios mencionados.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.



REIVINDICACION

DOMINIO. — Su prueba cuando se adquirió por remate. — **REGISTRO.** — Su prueba.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado Acta número sesenta y tres (63) de veintinueve de julio).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia que, el 27 de mayo de 1966, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del juicio ordinario de Pastor H. Flórez contra Faustino y Antonio Rincón y María Inés del Rosario Boada V. de Dallos en su propio nombre y en representación de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Jorge Enrique, Juan Crisóstomo, Luis Alberto, Melba Lucero y Miriam Inés Dallos Boada..

El Litigio.

Ante el Juzgado único Civil del circuito de Duitama aquél demandó a éstos para que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

“**Primero.** — Que se declare que Pastor H. Flórez tiene la propiedad exclusiva y plena sobre el lote de terreno ubicado en la vereda el Cajón, hoy comprendido dentro del área urbana del municipio de Duitama, con frente a la calle 11 entre carreras 17 y 18 de la nomenclatura actual, cuyos linderos se determinan así:” Por el Norte la calle pública y tierras de Manuel Alba, tapias de por medio, hoy, con propiedades de Rafael Rodrí-

guez Pinto y de Claudia Monroy de Díaz, hoy propiedad de Carlos Dulcey; por el Sur con propiedad de Claudia Monroy de Díaz, Hermógenes Pinto y Esteban Medina, hoy propiedad de Manuel Puerto y Domingo Cárdenas, y por el Occidente, con propiedad de Esteban Medina, hoy calle 11”.

“**Segundo.** — En subsidio de lo demandado en el punto anterior, que se declare que Pastor H. Flórez venía poseyendo materialmente el lote, por los linderos determinados en el aparte precedente, con plena buena fe y en virtud del título de compraventa contenido en la escritura pública número 583 otorgada el 14 de agosto de 1927 en la Notaría Segunda del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y registrada en la oficina de aquel mismo Circuito el 26 de septiembre de 1927 bajo el número 941, folio 32, posesiones materiales e inscrita en virtud de las cuales se hallaba en el caso de ganar o consolidar la propiedad sobre el inmueble por prescripción”.

“**Tercero.** — Que se declare, igualmente, que el señor Pastor H. Flórez ha adquirido por accesión las construcciones levantadas sobre el lote a que se refieren los dos puntos precedentes.

“Para los efectos del artículo 966 del C. C. si a ello hubiere lugar, opto por el pago de lo que en virtud de las construcciones valiere más el lote, previa compensación del valor de los frutos civiles a que fuere condenado cada uno de los demandados”.

“Cuarto. — Que se condene a los demandados poseedores actuales, a restituir seis días después de la ejecutoria de la sentencia, en favor del señor Pastor H. Flórez, la parte del lote total que cada uno posee, así:

“Faustino Rincón: la parte norte del lote total comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, con propiedad de Carlos Dulcey; por el Sur, con propiedad de los herederos de Segundo Dallos; por el Occidente, con la calle 11 de la nomenclatura actual, y por el Norte, con propiedad de Rafael Rodríguez y Carmen Rosa N.

María Inés del Rosario viuda de Dallos, en su propio nombre y en representación de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Jorge Enrique, Juan Crisóstomo, Luis Alberto, Melba Lucero y Miriam Inés Dallos Boada, la parte central del lote total comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, con propiedad de Carlos Dulcey; por el Sur, con el lote que posee Antonio Rincón; por el Occidente, con la calle 11 de la nomenclatura actual, y por el Norte, con el lote que posee Faustino Rincón, y

“Antonio Rincón, la parte del lote total, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, con propiedad de Carlos Dulcey; por el Sur, con propiedad de Manuel Puerto y Domingo Cárdenas; por el Occidente, con la calle 11 de la nomenclatura actual, y por el Norte, con el lote que posee la señora María Inés del Rosario viuda de Dallos en su propio nombre y en representación de sus hijos”.

“Quinto. — Que se condene a cada uno de los demandados al pago de los frutos civiles del inmueble materia de la reivindicación, no solo percibidos, sino los que con mediana inteligencia y cuidado se hubieren podido percibir, desde el día en que entraron en posesión, o desde el en que se conteste la demanda, según el caso, hasta el en que se realice la entrega.”

“Sexto. — Que se condene a los demandados en las costas del juicio.”

La causa patendi se hizo consistir en los siguientes episodios:

1º - El 14 de agosto de 1927 Rita Espejo vendió a Pastor H. Flórez, según escritura número 533 otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y registrada en la Oficina del mismo circuito el 26 de septiembre del mismo año bajo la partida 941, página 32, un lote de terreno ubicado en la vereda del Cajón, jurisdicción del municipio de Duitama, el cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: “por el Norte, la calle pública y tierras de Manuel Alba, tapias de por medio, hoy, propiedades de Rafael Rodríguez y Carmen Rosa N.; por el Oriente, con tierras de Hermógenes Pinto y Claudia Monroy de Díaz, hoy propiedad de Carlos Dulcey; por el Sur, con propiedades de Claudia Monroy de Díaz, Hermógenes Pinto y Esteban Medina, hoy propiedades de Manuel Puerto y Domingo Cárdenas, y por el Occidente, con propiedad de Esteban Medina, hoy calle 11”.

2º - Rita Espejo había adquirido el lote de terreno que le vendió a Pastor H. Flórez, como cuerpo cierto, a título de compraventa celebrada con Ramón Santamaría, según escritura pública número 430, otorgada ante el Notario Público segundo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y registrada ante el Registrador de aquel mismo Circuito, Libro Primero, Partida 732, página 302, el cinco de agosto de 1925 y el 11 de septiembre del mismo año respectivamente.”

3º - Rita Espejo poseyó materialmente el lote de terreno en cuestión, quieta y pacíficamente, desde la fecha en que se lo compró a Ramón Santamaría hasta el día que se lo vendió a Pastor H. Flórez, y éste continuó poseyéndolo materialmente hasta cuando por imperio de la “violencia” fue desterrado de Duitama.”

4º - Durante el tiempo en que mi representado poseyó materialmente el lote incorporó en él mejoras de consideración.”

5º - Actos de una aparente legalidad, pero de una repugnante inmoralidad e ilicitud en el fondo, rodearon la expropiación de que se hizo víctima a mi representado.”

6º - La posesión inscrita de mi representado no ha podido ser válidamente cancela-

da aun, porque ningún acto o mandato judicial tiene la fuerza legal necesaria para hacer cesar la que adquirió y consolidó con posesión material cuasi-treintenaria e ininterrumpida Pastor H. Flórez”.

“7º - En la actualidad poseen el inmueble fraccionado en tres lotes, Faustino Rincón, Antonio Rincón y María I. del Rosario Boada viuda de Dallos en su propio nombre y en representación de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Jorge Enrique, Juan Crisóstomo, Luis Alberto, Melba Lucero y Miriam Inés Dallos Boada.”

“8º - Los linderos originales del lote han variado considerablemente dado el progreso urbanístico de la ciudad en donde se halla ubicado.”

“9º - Hay perfecta identidad entre el lote que compró Rita Espejo a Ramón Santamaría, y que luego vendió a Pastor H. Flórez, quien lo poseyó materialmente hasta casi el término de la prescripción extraordinaria, y el que en tres fracciones poseen en la actualidad los demandados.”

“10º - Si bien es cierto que a mi representado se le arrebató la posesión material del lote en cuestión, también es verdad que por ningún acto de su libre voluntad se ha desprendido del dominio o la posesión inscrita de él.”

11º - La posesión material sobre el lote materia de la reivindicación parte del mes de agosto de 1925 y llegó casi hasta los treinta años, aproximadamente hasta 1955.”

“12º - Después de habersele arrebatado la posesión a Pastor H. Flórez sobre el lote fraccionado en tres, se han levantado construcciones por quienes los han poseído”.

Con oposición de los demandados, quienes alegaron la excepción de prescripción y presentaron demanda de mutua petición, se adelantó el juicio. Desde su primera actuación, la demandada María Inés Boada viuda de Dallos expresó que solo la representación tenía de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Juan Crisóstomo y Melba Lucero, pues los otros hijos demandados eran mayores.

Se desató la primera instancia con la sentencia de 11 de diciembre de 1964, proferida por el Juez único Civil del Circuito de Duitama, en la que se dispone:

“Primero: Desestímase la demanda presentada por Pastor H. Flórez, por conducto de apoderado en contra de María Inés del Rosario viuda de Dallos en su propio nombre y en representación de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Jorge Enrique, Juan Crisóstomo, Luis Alberto, Melba Lucero y Miriam Inés Dallos Boada, por falta del presupuesto procesal demanda en forma”.

“Segundo. - Absuélvase a los demandados Faustino y Antonio Rincón de todas y cada una de las peticiones de la demanda del doctor Gregorio Becerra, procurador de Pastor H. Flórez, por carecer éste último de título de dominio de la cosa demandada, al entablar el presente proceso y de consiguiente de acción reivindicatoria.”

“Tercero. - Ordénase, en consecuencia la cancelación de la inscripción de fecha 26 de septiembre de 1927, L. 1º, pág. 32, Nº 941, de la escritura pública Nº 533 de la Notaría 2ª de Santa Rosa de Viterbo. Librense despachos a los Registradores de Santa Rosa de Viterbo y Duitama. La cancelación en referencia extensiva solamente en relación con el numeral segundo de esta parte resolutive.”

“Cuarto. - Ordénase la cancelación del registro de la demanda, comunicado en despacho Nº 311 de 29 de octubre de 1963. Librese la comunicación de rigor.

“Quinto. - Condénase en costas al demandante.”

Este apeló del fallo y, en providencia de 27 de mayo de 1966, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia recurrida con excepción del numeral 3º que fue revocado “y con la reforma del fallo inhibitorio respecto de los demandados María Inés del Rosario v. de Dallos en su propio nombre y en representación de sus prenombrados hijos Dallos Boada, contenido en el numeral 1º de la misma parte resolutive, el cual proce-

de por falta del presupuesto procesal capacidad para comparecer en juicio en las personas así representadas, y no por falta del presupuesto procesal demanda en forma."

Fundamentos de la Sentencia.

Después de transcribir los hechos de la demanda y el petitum, y luego de resumir las peticiones de la demanda de reconvencción, entra el Tribunal al estudio de los presupuestos procesales para concluir que, respecto a María Inés del Rosario Boada v. de Dallos, demandada en su propio nombre y como representante de los siete hijos ya dichos, no falta el presupuesto procesal de demanda en forma, sino el de capacidad para comparecer en juicio, pues no se expresó si sus hijos eran menores, o tenían otros motivos de incapacidad, aunque "parece inferirse que la demanda los señaló como incapaces en razón de su edad". Que no se trajo prueba de la minoría indicada, ni de que la representación de los 7 hijos la tuviera la demandada Boada v. de Dallos. Que faltando las partidas del estado civil que demuestren aquellos hechos, no podía atenderse la simple manifestación de las partes como prueba de la representación y del estado civil de los hijos. Que no hay prueba de que los 4 primeros son menores y los 3 últimos mayores, ni la hay de que la señora Boada tenga la representación de unos y de otros. Luego de transcribir jurisprudencia atinente a lo que es capacidad procesal, que remata recordando que los incapaces comparecen en juicio por intermedio de sus representantes legales, indica que la representación del hijo menor varía según éste sea legítimo o natural, hijo de familia o emancipado. Que "la falta de prueba sobre la incapacidad y representación de que se viene hablando, configura, cabalmente, la falta del presupuesto procesal para comparecer en juicio o legitimatio ad procesum, bien distinto éllo al caso en que se evidencia en el proceso la indebida representación, pues entonces lo que opera es la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del art. 448 del C. J." Agrega que entre la demandada María Inés del Rosario Boada v. de Dallos y sus hijos, por haber sido demandadas todas estas personas como "coposeedores" de una porción determinada del

inmueble que se reivindica, sin indicar la cuota de cada uno, entre ellos se formó un litis consorcio necesario.

Que respecto a los demandados Faustino y Antonio Rincón si están cumplidos los presupuestos procesales, lo cual permite entrar en el estudio del artículo 948 del C. Civil para deducir los elementos axiológicos de la acción de dominio. Dice, al analizar el derecho de propiedad en cabeza del demandante, que, éste adujo, en orden a probarlo, copia de la escritura N° 430, pasada en la Notaría de Santa Rosa de Viterbo el 5 de agosto de 1926, por medio de la cual Ramón Santamaría dijo vender a Rita Espejo el inmueble allí singularizado, materia de la reivindicación y haber adquirido por herencia de su hermano Reyes Santamaría, y copia de la escritura N° 533, otorgada en la misma Notaría el 14 de agosto de 1927, por la cual Rita Espejo dice vender al demandante Pastor H. Flórez el mismo lote de terreno que compró a Ramón Santamaría.

Relaciona luego el Tribunal la cadena de títulos presentada por los demandados, que se remonta a la diligencia de subasta pública llevada a cabo el 2 de marzo de 1951 ante el Juez del circuito de Duitama, dentro del juicio de sucesión de Reyes Santamaría y Juan de Mata, en la que Andrés de Jesús Becerra remató el mismo lote de terreno a que hacen referencia los títulos presentados por el demandante. Dice el Tribunal que confrontando los títulos presentados por las partes, se concluye que las dos cadenas tienen una fuente común: la sucesión de Reyes Santamaría. Que la aportada por el demandante se origina en "un pretendido derecho herencial en esa sucesión que Ramón Santamaría transfirió a Rita Espejo y ésta a Pastor H. Flórez, derecho vinculado en el cuerpo cierto materia de la acción reivindicatoria". Que, en cambio, la cadena de los demandados se funda en transmisión del derecho de dominio y no en simples derechos hereditarios, lo que hace incuestionable el derecho de propiedad de aquéllos frente a la pretensión del demandante, "como quiera que la tradente de éste, Rita Espejo, solamente obtuvo, por la compra que hizo a Ramón Santamaría, el

derecho para comparecer en el juicio de sucesión de Reyes Santamaría, para hacer valer el derecho herencial que el mismo Ramón dijo tener en la sucesión, lo mismo que para la adjudicación en el globo de terreno en el que se dijo vinculado ese derecho herencial. Y como nada se adjudicó en la partición a Ramón Santamaría en el aludido terreno, como tampoco a ninguno de los presuntos subrogatorios, se concluye que lo que se da entonces no es otra cosa que la venta de cosa ajena, hecha por Ramón a Rita y por ésta al demandante".

Después de transcribir los artículos 1.401 y 1.871 del C. Civil, concluye el sentenciador que los títulos del demandante son inoponibles a los demandados, pues aquellos tratan de venta de cosa ajena, ya que al heredero Ramón Santamaría no se le adjudicó en la sucesión de Reyes Santamaría el inmueble que dijo vender a Rita Espejo. Que, por tanto, no prospera la acción de dominio.

Respecto a la petición subsidiaria, originada en la acción publiciana que consagra el art. 951 del C. Civil, dice que no prospera por cuanto el demandante, que era "cesionario de derechos hereditarios, no puede alegar mejores prerrogativas que las que tiene el heredero cedente", que no pudiendo éste invocar "posesión sobre determinado bien sucesoral sino en virtud de la partición en que se le adjudicara el mismo", y como éste no le fue adjudicado, "detentó el inmueble de la reivindicación a título precario y a nombre de la sucesión de Reyes Santamaría", lo que conduce a afirmar que el demandante no pudo ser poseedor regular.

Que como vale la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, procede revocar el numeral 3º de la sentencia del a quo; y, en fin, que como las pretensiones del demandante fracasaron "huelga el estudio de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, lo mismo que el de la demanda de reconvencción".

El Recurso.

Cuatro cargos se formulan dentro del ámbito del motivo primero de casación, por

falta de aplicación de ley sustancial; tres por la vía indirecta y por error de hecho evidente, y el otro por la misma vía, pero por error de derecho, cargo que se presenta "como subsidiario".

Primer cargo. — Este que apunta a lograr que se case el fallo en cuanto a la inhabilitación declarada, denuncia violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 214 del C. J. y 946 y 950 del C. Civil a consecuencia de dos errores evidentes de hecho: uno que consiste en que el Tribunal "dio por cierto el hecho de que los siete hijos de María Inés del Rosario v. de Dallos eran incapaces y que la representación la tenía la madre, sin que existiera prueba alguna al respecto"; el segundo, fundado en que "dejó de tomar en cuenta la evidente existencia del hecho según el cual esta demandada aceptó y confesó ser poseedora del inmueble en su propio nombre y en el de sus hijos, independientemente de que fueran mayores o menores y de que élla fuera su representante legal", pues como no contestó oportunamente el hecho 7º de la demanda, que afirma la posesión y la representación, estas quedaron probadas en virtud de la sanción establecida en el artículo 214 del C. J., y, además, porque la demandada, en el escrito de contestación extemporánea del libelo, confesó ese hecho 7º. Que, por tanto, "la demandada debe responder como poseedora en nombre propio y de sus hijos, así no lo sea, sin que en estas condiciones sea dable argüir que falta el presupuesto capacidad para comparecer en juicio, porque en María Inés del Rosario esta capacidad es inobjetable, como persona natural mayor de edad".

La Corte considera:

No existe el error de hecho primeramente denunciado, pues el Tribunal, en ningún paso de la sentencia impugnada, sostuvo que los 7 hijos de la demandada Boada viuda de Dallos fueran incapaces y que la representación de ellos la tuviera la madre. En verdad, el sentenciador, enfrentado a la simple afirmación de las partes y a la ausencia de prueba del estado civil de los demandados Dallos Boada, de quienes no se

podía afirmar si eran menores o mayores, si hijos de familia o emancipados, si estaban bajo patria potestad del padre o de la madre, concluyó en el fallo recurrido."... No pudiendo, pues, ser admisibles las simples afirmaciones de las partes en torno a este tópico, mal puede con base en ellos tenerse como menores a los cuatro primeros y como mayores a los tres últimos de los aludidos Dallos Boada; ni que la representación legal de los primeros la tenga la señora Boada viuda de Dallos". Y termina diciendo que, por tanto, "la falta de prueba sobre la incapacidad y representación de que se viene hablando configura, cabalmente, la falta de presupuesto procesal capacidad para comparecer en juicio".

Ahora bien, si no existe prueba en el juicio de que los demandados Dallos Boada sean hijos de María Inés Boada v. de Dallos y de que ésta tenga la patria potestad sobre ellos, ningún error de hecho comete el Tribunal al afirmar que no está probada la representación de la presunta madre, pues, de otro lado, tampoco existe prueba que demuestre esa representación, nacida ya de un mandato o de una guarda.

Cuando el sentenciador dijo, refiriéndose a los demandados Dallos Boada, "parece inferirse que la demanda los señaló como incapaces en razón de su edad", no afirmó la incapacidad de éstos, sino que, comentando el hecho de que la demanda se dirigió contra María Inés Boada viuda de Dallos en su propio nombre y como representante de sus siete hijos, sin decir en virtud de qué tenía esa representación, simplemente en forma hipotética interpretó esa misión, como dedúcese de las aceveraciones del Tribunal, antes transcritas.

La posición del fallador es muy clara no estando probado que los demandados son incapaces porque fuesen menores y que la madre ejerce sobre ellos patria potestad, no podía aceptar que ella tuviera esa representación, como lo predica la demanda.

El otro error imputado tampoco existe, pues habiendo llegado el Tribunal a la conclusión de que debía dictar sentencia inhi-

bitoria, no era procedente que entrara a estudiar temas de fondo como el contenido confesorio del escrito de contestación extemporánea a la demanda y la pertinencia de aplicar el artículo 214 del C. J., atinentes a un elemento axiológico de la acción.

Es bueno consignar, además, que el Tribunal sí vió el escrito de respuesta aludido, y al historiar el juicio lo relacionó.

Por tanto, no se debe a error de hecho que consistiría en haberse dejado de ver ese escrito, el que el Tribunal sentenciador omitiera analizar ese documento y no aplicara la sanción que fulmina el artículo 214 del C. Judicial. Al demandado que, en juicio reivindicatorio, no da contestación a la demanda o la da vencido el término del traslado. Habiendo llegado el sentenciador a la conclusión de que no estaba bien constituida la relación jurídica procesal, mal podría obligársele a que procediera al estudio de esos temas de fondo.

Es suficiente lo anterior para despachar desfavorablemente este primer cargo de la demanda. La Corte, empero, aclara que cuando uno de los demandados fue citado al juicio no solo en su propio nombre, sino también atribuyéndosele la calidad de representante de otros, y aquel no contesta la demanda oportunamente, la sanción que regula el artículo 214 citado de imponerle al demandado la calidad de poseedor de la cosa que se reivindica y de hacerlo responsable de la cosa o de su precio, solamente puede aplicársele al notificado, mas no a los que la demanda señala como representados por aquél, mientras no exista la prueba de la representación alegada.

Cargos contra la Sentencia de Mérito.

De los otros tres cargos que el recurrente enfila contra la sentencia en cuanto absolvió a los demandados Rincón, la Corte solo entrará al estudio del primero, por encontrarlo fundado.

Se formula por violación indirecta de ley sustancial, consistente en falta de aplica-

ción de los artículos 946 y 950 del C. Civil, determinada por el "error en que incurrió el Tribunal al dar por establecido el hecho según el cual las cadenas de títulos de actor y demandados, tendrían una fuente común, sin que existiera prueba de él y al no reconocer la existencia de la suficiencia del título del actor configurada por la cadena de inscripciones".

Dice el censor que invoca la causal primera consagrada en el artículo 52 del decreto 528 de 1954.

Desarrollando el cargo, dice la censura que para dar por demostrado que alguien es fuente común en una doble titulación de un inmueble, es necesario que obre en el juicio la copia del título del dominio del causante común, debidamente registrado. Que el Tribunal erró cuando, basado en la afirmación que hizo Ramón Santamaría en la escritura que contiene la venta a Rita Espejo, respecto a que había adquirido por herencia de su hermano Reyes Santamaría, dió por demostrado el derecho de dominio del citado causante.

Que el título más antiguo presentado por los demandados consiste en la copia del remate llevado a cabo dentro del juicio de sucesión de Juan de Mata y Reyes Santamaría. Que esa copia prueba el remate, mas no que los causantes fueran dueños del inmueble rematado, al darle este valor el Tribunal también erró.

Que el sentenciador no podía aceptar la existencia de dos cadenas de títulos, pues los demandados no presentaron el certificado de suficiencia y vigencia de los suyos, el que solo fue aportado por el demandante y en relación con sus títulos únicamente.

Que los errores anotados llevaron al Tribunal a violar las disposiciones de valoración probatoria contenidas en los artículos 1758, 1759 y 859 del C. Civil y 630, 632 y 635 del C. Judicial, "y a través de esta violación directa de normas reguladoras de nuestro

régimen probatorio, el Tribunal ha infringido los artículos 948 y 950 del C. Civil, por cuanto los dejó de aplicar".

La Corte considera:

I. - Antes de entrar al despacho de fondo del ataque, conviene hacer algunas rectificaciones doctrinales:

1ª El derecho de dominio se prueba con la copia del respectivo título de propiedad debidamente registrado. Eso es suficiente, pues no se requiere demostrar, a la vez, que todos los antecesores de este derecho también eran dueños ya que ello extrañaría exigir la probatio diabólica. Sucede sí, que la persona interesada en probar ese dominio para sumar al suyo el de sus antecesores, debe aportar copia de los títulos, también debidamente registrados, de quienes, sin interrupción, le antecedieron en el derecho de propiedad.

Mas, en el caso en que el título aportado como prueba del derecho de dominio consista en copia de hijuela formada en juicio sucesorio o de división de bienes comunes, este mero título, debidamente registrado, solo tiene valor demostrativo cuando se enfrenta a quienes tienen la calidad de coherederos o copartícipes, o son causahabientes de éstos o a terceros que alegan título o posesión más reciente, pues para hacerla valer frente al tercero, que aduce un título más antiguo o una posesión anterior, será imprescindible que se aporte también el respectivo título de propiedad del causante debidamente registrado, salvo en todo caso, que el demandado demuestre prescripción y la alegue (G. J. LXXXI, 2159, 512 y XCII,468).

2ª. La diligencia de remate llevada a cabo en juicio de sucesión y el acto probatorio del mismo, debidamente registrados, son pruebas suficientes del derecho de dominio del rematante. Este no adquiere del causante por el título de la ley o del testamento, seguido del modo de la sucesión por causa de muerte, pues el derecho no se lo da su calidad de asignatario del difunto,

sino por el título de la compraventa forzada o subasta pública, seguida del modo de la tradición. El rematador, aún en el evento de ser también heredero o legatario, es comprador del bien y no adjudicatario de él a título gratuito.

3ª. El certificado de suficiencia y de vigencia de la titularidad, no es imprescindible para demostrar dominio en el juicio reivindicatorio, pues, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, la prueba de suficiente y vigencia de un título; regulada por el artículo 635 del C. Judicial, es formalidad de excepción que deba estar circunscrita a los casos concretos que así lo ordena de manera expresa un precepto legal.

4ª. Cuando la ley dispone que el título de propiedad esté registrado, no exige con éllo que la nota de registro figure en el título mismo, sino que se aporte la prueba de que sí fue debidamente registrado. De consiguiente, el título que consiste en la copia de la diligencia de remate, de su auto aprobatorio y de la nota de registro de éstos, es título suficiente de propiedad y no se puede exigir que a ese documento, en el que aparece copia de la nota de registro original, deba reproducírsele otra que firme el Registrador. Además, como lo dijo la Corte en sentencia de 2 de febrero de 1966 (G. J. CXV, 2280, 73), tanto como la nota acreditativa del registro, estampada sobre la copia de una escritura pública, ha de valer el testimonio de tal inscripción consignado por el Registrador en certificado separado.

5ª. Como resulta del texto del artículo 63 del decreto 528 de 1964, cada cargo en casación debe tener entidad propia, es decir, debe ser autónomo y completo. Por tanto, peca contra la técnica apoyar un cargo haciendo simple referencia a temas tratados en otro. Además, no es adecuado formular cargos subsidiarios, porque la Corte tiene obligación legal de estudiarlos todos, mientras no encuentre fundado alguno.

II. - Entrando ya al examen del cargo, nota la Corte que viene formulado por error de hecho, mas los términos en que está desarrollado permiten interpretar que el yerro denunciado es de jure y no de facto,

pues fúndase en haberse concedido a determinadas pruebas un valor persuasivo del que carecen. En efecto, a la simple manifestación que Ramón Santamaría hizo en la escritura N° 430 de agosto 5 de 1925 otorgada ante el notario de Duitama, de haber adquirido el inmueble por herencia de Reyes Santamaría, le dio el Tribunal virtud demostrativa de que éste había sido dueño del inmueble litigado. Y yerro de la misma naturaleza cometió, cuando, con fundamento en que el remate se llevó a cabo dentro del juicio de sucesión de Juan de Mata y Reyes Santamaría dedujo que éste había sido dueño del mismo inmueble.

Como el dominio sobre bienes raíces se prueba con el respectivo título registrado, para que el sentenciador hubiera podido dar por demostrado que Reyes Santamaría fue dueño; y antecesor de demandante y demandados como propietario del bien discutido en este juicio, habría sido necesario que, debidamente registrado, se hubiera aducido el respectivo título de propiedad de aquel y el de los demás que hacen parte de la cadena. Dar ese valor a la simple manifestación hecha por Ramón Santamaría, entraña error de derecho, que así mismo se comete al dar por demostrado que el causante Reyes Santamaría fue también antecesor de los demandados en el apuntado derecho de propiedad, con apoyo único en que en su juicio de sucesión fue subastado ese bien. Resulta entonces, demostrado el error que se denuncia de haberse dado como establecida una fuente común en las titulaciones de demandante y opositores.

Aquellos yerros condujeron al Tribunal a conceder a los títulos que presentaron los demandados la virtud de configurar un mejor derecho al inmueble litigado, por encontrar, sin fundamento como se vio, que siendo Reyes Santamaría un verdadero antecesor en el dominio del inmueble poseído por los Rincón, sus títulos resultaban ser, por más antiguos, mejores que los del recurrente Pastor H. Flórez; del mismo modo y con la misma causa, el sentenciador fue conducido a negar valor de prueba del dominio a los títulos del demandante por encontrar que ellos decían relación a cesiones de derecho hereditario y no a ventas de

cuerpo cierto, pues en el juicio de sucesión de Reyes Santamaría, el inmueble fue rematado por un antecesor de los demandados Rincón, y, por tanto, según la afirmación del sentenciador, Ramón Santamaría, de quien arranca el derecho alegado por el demandante, únicamente pudo vender a Rita Espejo derechos hereditarios, pues él solo tenía entonces la simple calidad de heredero y no la de dueño, y que, además, como a Ramón Santamaría, en la sucesión de su hermano Reyes, no se le adjudicó el bien que fue rematado por Andrés de Jesús Becerra, los títulos del demandante no tenían virtud suficiente para probar el dominio que alega al actor.

Habiendo aportado el demandante, debidamente registrados, el título de la compraventa que celebró con Rita Espejo del inmueble que reivindica, y el que contiene la que celebraron ésta y Ramón Santamaría, el Tribunal debió aceptar, al confrontar esos títulos con los de los demandados, que estaba demostrado el derecho de dominio que alega el demandante, pues su titulación remontase al año 1925, en tanto que la presentada por los demandados no va más allá de 1951, puesto que no se adjuntó el título del causante Reyes Santamaría. Por ese aspecto, el Tribunal quebrantó las disposiciones de valoración probatoria señaladas por el recurrente y, de manera indirecta y por falta de aplicación, infringió los artículos 946 y 950 del C. Civil.

Lo expuesto conduciría a la casación del fallo. Sucede, empero, que al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, halla probada la excepción de prescripción ordinaria que, al contestar la demanda, propusieron los demandados, razón que la llevaría a absolverlos. Este resultado es el mismo al que llegó la sentencia acusada, aunque por camino distinto. Por lo dicho, ni el fallo será casado, ni se condenará en costas al demandante Pastor H. Flórez en el recurso extraordinario.

La prescripción ordinaria fluye de lo siguiente:

Andrés de Jesús Becerra, antecesor de los demandados y quien adquirió por haberse-

le adjudicado el bien en la diligencia de remate llevada a cabo dentro del juicio sucesorio de Juan de Mata y Reyes Santamaría, enajenó a Carlos Arturo Ramírez Echeverry este mismo inmueble, como aparece demostrado con la copia de la escritura N^o 724 pasada el 3 de noviembre de 1951 ante el notario 2^o de Santa Rosa de Viterbo, que fue debidamente registrada; también está demostrado que, dentro del juicio ejecutivo seguido contra éste por Domingo Combariza, el mismo inmueble les fue adjudicado, por partes iguales, a Faustino Rincón, Antonio Rincón y Segundo de J. Dallos, como consta en la copia, debidamente registrada, de la diligencia de remate y de su auto aprobatorio, llevada a cabo el 8 de marzo de 1956; y finalmente, con la copia de la escritura N^o 525 pasada el 18 de julio de 1956 ante el Notario de Duitama, registrada en forma legal, que contiene el acto de la partición que hicieron los tres comuneros, está demostrada la propiedad que cada uno de los Rincón tiene sobre los inmuebles que les fueron adjudicados. De lo anterior síguese que a estos demandados los ampare una serie ininterrumpida de títulos que, desde la notificación de la demanda, hacia atrás, se extiende por más de 10 años.

En el cuaderno 1^o, aparece copia de la diligencia de la entrega que, por comisión del juez del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, practicó el juez del circuito civil de Duitama el 19 de abril de 1951 y por medio de la cual se entregó a Andrés de Jesús Becerra el inmueble que había rematado. En esa diligencia se dejó expresa constancia de que el rematante quedaba "en posesión real y material del mencionado "inmueble". No hay constancia de que alguien se hubiera opuesto a la entrega. Con esto se demuestra que aquel antecesor, sin contradicción de alguien, recibió materialmente el inmueble.

Sacramento García y María de Jesús Santamaría, quienes depusieron durante la diligencia de inspección ocular practicada el 20 de marzo de 1964 (fs. 5 Vto. a 11 Vto.), testigos que dan la razón clara de sus dichos como vecinos del lugar en donde se desarrollaron los hechos, permiten concluir

que, del momento en que fue notificada la demanda a los Rincón (noviembre 9 de 1963), hacia atrás, estos demandados, uniendo a su posesión la de su antecesor Carlos Arturo Ramírez Echeverri, poseyeron en forma pública, quieta, pacífica y continua por un espacio mayor de diez años el inmueble materia de reivindicación. Esta posesión consistió en la explotación económica del inmueble, pues el antecesor levantó sobre él una edificación de un piso que destinó a propia habitación y a inquilinato; luego los demandados Rincón, levantaron un segundo piso con el mismo destino.

Ahora bien, los señores Faustino Rincón y Antonio del mismo apellido, tienen la calidad de poseedores regulares, pues su posesión procede de un justo título y fue adquirida de buena fe; además, como el inmueble litigado, según resulta de la prueba aportada, fue poseído sucesivamente y sin interrupción por los demandados Rincón y por su antecesor Carlos Ramírez Echeverri, aquellos están facultados legalmente (artículos 778 y 2521 del C. C.) para sumar al suyo el tiempo en que éste poseyó, lo que arroja un resultado de más de diez de posesión regular.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 2528 ibídem, y por haber poseído re-

gularmente y en forma ininterrumpida por un lapso de tiempo no inferior al señalado en la ley, los demandados tienen a su favor la prescripción ordinaria que alegaron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley no casa la sentencia que el 27 de mayo de 1966, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del juicio ordinario de Pastor H. Flórez contra Faustino y Antonio Rincón y María Inés del Rosario Boada viuda de Dallos en su propio nombre y en representación de sus hijos Delia Zoraida, Gloria Nahir, Jorge Enrique, Juan Crisóstomo, Luis Alberto, Melba Lucero y Miriam Inés Dallos Boada.

Sin costas para el recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Tacha de falsedad, debe ser expresa y clara. — Declaración de paternidad en póliza de seguro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número sesenta y siete de agosto doce de mil novecientos setenta).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia que, el 18 de marzo de 1967, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez dentro del juicio ordinario promovido por María del Carmen Romero, madre natural de los menores Ana Gilma y Maximino Romero, contra la sucesión de Maximino Rivera Ojeda, representada por la heredera Flor de María Corredor.

El Litigio.

Ante el Juez Civil del Circuito de Vélez ésta fue residenciada en juicio por la madre natural de aquellos, en procura de que se hicieran las declaraciones siguientes:

“1ª) Que Ana Gilma Romero y Maximino Romero, nacidos respectivamente el 12 de febrero de 1958 y el 24 de noviembre de 1959, como hijos de María del Carmen Romero, tienen el carácter de hijos naturales de Maximino Rivera Ojeda, fallecido en Landázuri el 28 de octubre de 1959;”

“2ª) Que, en consecuencia, Ana Gilma y Maximino Romero tienen el derecho de he-

rencia sobre todos los bienes que dejó Maximino Rivera Ojeda;”

“3ª) Que los bienes que integran la herencia de Maximino Rivera Ojeda deben ser restituidos por la demandada Flor de María Corredor, representada como se ha dicho, a los menores Ana Gilma y Maximino Romero, al que se declare hijo natural del causante, en la proporción indicada por la ley, con sus frutos naturales y civiles, dentro del término que fije el Juzgado; y,

“4) Que se condene en costas del presente juicio a la parte demandada si se opone a que se hagan las declaraciones anteriores.”

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes episodios:

“1º) Entre Maximino Rivera Ojeda y María del Carmen Romero existieron relaciones sexuales estables, de manera notoria, compartiendo siempre la misma habitación, desde el 12 de febrero de 1957, primero en la finca de propiedad del expresado Maximino Rivera Ojeda, sita en el paraje de Marsella y conocida con el nombre de Torcorona, y luego en el caserío del corregimiento de Landázuri, en casa del mismo ciudadano, hasta el 28 de octubre de 1959, fecha en la cual fue asesinado el dicho Maximino Rivera Ojeda;”

“2º) Durante la época del concubinato público, notorio y continuo de Maximino Rivera Ojeda con María del Carmen Rome-

ro fueron concebidos Maximino y Ana Gilma, habiendo nacido ésta durante tal concubinato y aquél veintisiete (27) días después de que el concubinario fue asesinado;"

"3º) Cuando se produjo la muerte violenta de Maximino Rivera Ojeda, María del Carmen Romero, quien como se ha dicho hacía vida marital con él en la misma casa, se hallaba en avanzado estado de gravidez;"

"4º) Maximino Rivera Ojeda contrató una póliza de seguro de vida por la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) en la compañía de Seguros Bolívar, con el objeto de asegurar a sus menores hijas naturales Flor de María Corredor y Ana Gilma Romero, suma que fue pagada por iguales partes a los representantes de los menores en referencia;"

"5º) Tanto en la solicitud para el seguro de vida como el respectivo contrato de seguro, debidamente suscritos por Maximino Rivera Ojeda, éste reconoció como hijas naturales suyas a las beneficiarias del seguro, las expresadas menores Flor de María Corredor y Ana Gilma Romero;"

"6º) Las relaciones concubinarias entre Maximino Rivera Ojeda y María del Carmen Romero se desarrollaron, como está dicho, de manera pública, notoria y continua ante el vecindario de los corregimientos de Cimitarra y Landázuri, hasta cuando sobrevino la muerte de Rivera Ojeda, habiendo continuado María del Carmen Romero viviendo en la casa a dónde la llevó su concubinario;"

"7º) En el Juzgado 1º Civil del Circuito de esta localidad, por providencia de 20 de septiembre de 1960, el Doctor Gustavo Castellanos fue designado curador general de bienes de la impúber Flor de María Corredor y se dispuso darle la posesión correspondiente. Mediante proveído del tres (3) de noviembre de 1960, le fue discernido el cargo al expresado curador;"

"8) Maximino Rivera Ojeda fue asesinado en Landázuri el 28 de octubre de 1959;"

"9º) Por auto del 22 de noviembre de 1960, proveniente del Juzgado 2º Civil de este Circuito, se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión ab-intestado de Maximino Rivera Ojeda y fue reconocida como heredera del causante, en su condición de hija natural del mismo, la menor Flor de María Corredor;"

"10º) Dentro del juicio de sucesión del señor Maximino Rivera Ojeda fueron inventariados y avaluados" los bienes que bajo este numeral se singularizan."

"11º) En virtud del matrimonio contraído por el señor Alfonso Caro con María del Carmen Romero, ésta perdió la patria potestad sobre sus expresados hijos naturales Ana Gilma y Maximino Romero;"

"12º) Pero en razón de que sus expresados hijos carecen de representante legal y ser ella en todo caso la persona que ha cuidado de la crianza de los mismos, María del Carmen Romero de Caro, en uso de la facultad consagrada en el artículo 10 de la ley 45 de 1936 me ha conferido poder para suscribir esta acción de filiación natural."

La primera instancia concluyó con la sentencia que, el 30 de septiembre de 1966, dictó el Juez Municipal de Vélez, por medio de la cual resolvió:

1º) Declarar que Ana Gilma Romero, nacida el 12 de febrero de 1958, es hija natural del señor Maximino Rivera Ojeda, fallecido en Landázuri el 28 de octubre de 1959."

"2º) De la anterior declaración de paternidad natural se tomará nota en el libro de Registro del Estado Civil de las personas, que se lleva en una de las notarías de esta ciudad, a fin de que se haga el registro respectivo."

"3º) Condénase a la demandada, Flor de María Corredor representada por su curador general, Doctor Gustavo Castellanos a restituir a Ana Gilma Romero o a quien la represente los bienes que integran la herencia de Maximino Rivera Ojeda, en la proporción indicada por la ley, con sus frutos naturales y civiles producidos a partir de la

notificación de la demanda, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.”

“4º) Se absuelve en las demás peticiones de la demanda.”

Por apelación que interpusieron ambas partes, de esta sentencia conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez, y la confirmó íntegramente en fallo de 18 de marzo de 1967.

Fundamentos de la Sentencia del Tribunal.

Después de transcribir los hechos y peticiones de la demanda, y luego de historiar lo sucedido en el trámite de la primera instancia, entra el sentenciador a relacionar cada una de las pruebas aducidas por las partes y a resumir los fundamentos que tuvo el Juez a quo para pronunciar sentencia.

A continuación, el sentenciador acoge las conclusiones del Juez de primera instancia respecto a que los testimonios aportados, no obstante que prueban la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales, carecen de la fuerza requerida para producir en el Juez certeza sobre la época en que esas relaciones empezaron, ya que “en este particular los testimonios son de una vaguedad desconcertante”. Dice luego que esta deficiencia probatoria hace imposible determinar si la concepción del hijo póstumo ocurrió dentro de los términos indicados en el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, razón por la cual no podía prosperar la causal de declaración judicial contenida en esta norma; pero que la causal erigida en el ordinal 3º del mismo artículo apuntado, sí debe prosperar, pues los documentos que, en fotocopia, figuran en el expediente, constituyen “confesión pura y simple, que llena ampliamente los requisitos exigidos por el texto legal antes citado”; que esta confesión es extrajudicial, lo que no obsta para que tenga la calidad de plena prueba, y “constituye el soporte probatorio principal de la sentencia que se revisa. Los testimonios allegados al juicio sirven para confirmar la convicción que deja en el ánimo la prueba de confesión”; que la parte demandada ha sostenido que “la póliza de Seguro no es medio adecuado para

producir reconocimiento de hijos naturales”, insinuando que dicho documento no es un escrito y que no emana del presunto padre; que “lo primero se demerita con su sola enunciación” y que en cuanto a lo segundo, resulta que la confesión no pierde espontaneidad por el hecho de que el agente de Seguros Bolívar haya declarado que “él insinuó a Maximino Rivera Ojeda la contratación del seguro de vida designando como beneficiarias a sus dos hijas naturales de nombres Flor de María Corredor y Ana Gilma Romero;” que “el asentimiento inmediato prestado por el asegurado a dicha sugerencia, revela muy a las claras que en el ánimo de éste último no existía duda alguna acerca del estrecho vínculo que lo unía a las dos hijas procreadas por él”.

El Recurso.

Solo un cargo formula la censura contra la sentencia de segunda instancia, que viene montado sobre el motivo primero de casación instituido en el artículo 52 del Decreto 528 de 1964. Se denuncia violación del numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 “por infracción directa o aplicación indebida”, pues en los documentos privados que obran a fs. 25, 26 y 28 del cuaderno de pruebas de la parte actora, “no aparecen demostrados los hechos hipotetizados en la norma violada”, ya que ellos no constituyen “carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad”. Que “a la violación acusada se llegó por violación previa y error de derecho en la aplicación indebida de los artículos 593, 594, 601, 607, 647 y 649 del C. J., errores estos que vinieron a incidir en el fallo.”

En desarrollo del cargo dice el recurrente que el Tribunal declaró la paternidad natural de Maximino Rivera Ojeda con fundamento en que fue aportado escrito que emana del presunto padre y que contiene una declaración inequívoca de paternidad natural, escrito que consiste en los documentos que obran a fs. 25, 26 y 28 del cuaderno de pruebas del demandante.

Que frente a lo preceptuado por el artículo 637 del C. J., “bien claro está que dichos documentos (privados) no pueden tener ja-

más fuerza de confesión judicial cuando adolecen de los requisitos de autenticidad que les son exigidos. Esta es su negativa. Es decir cuando no han sido reconocidos por las personas que estarían en capacidad legal de hacerlo." Que "el documento privado" en que apoyó el Tribunal su decisión de declarar la paternidad natural" adolece de autenticidad manifiesta, independiente a la consideración de su contenido, en lo que hace a la existencia en él de la confesión inequívoca de paternidad, a que se refiere el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Sin que valga para ello decir que dicho documento no fue objetado ni redargüido de falso por la parte demandada, pues como puede observarse de los alegatos sostenidos en los incidentes e instancias del juicio de la parte demandada, en más de una oportunidad objetó su autenticidad, en lo que hace referencia a la identidad de su autor y de su contenido." Agrega, después de citar doctrina y jurisprudencia, que para que el documento privado o escrito que emana del presunto padre, sirva para basar una declaración judicial de paternidad natural, es necesario "que la confesión sea inequívoca, que sea un reconocimiento formal directo, y por ser inequívoco exige del escrito privado un reconocimiento expreso, indudablemente querido y perseguido." Que el escrito privado, como no está amparado con la presunción de autenticidad, "no puede tenerse por el Juez como prueba de filiación natural, hasta tanto no se pruebe la autenticidad por quien pretende obtener se declare la filiación", que "la prueba literal privada tiene que estar unida al dictamen favorable de grafólogos, que establezcan la autenticidad" y que, además, debe surgir "claro y manifiesto, inequívoco el propósito de efectuar el reconocimiento de filiación natural solicitado." Que la disposición antes citada "bien claro nos está ordenando que en materia de la filiación en relación a esta causal no pueden existir reconocimientos fictos o presuntos o implícitos."

"La filiación debe estar demostrada por el reconocimiento claro y expreso del presunto padre, o por la demostración plena de los hechos que según la ley la presuponen."

Que el documento privado que contiene declaración de paternidad no pudo haber sido reconocido tácitamente, pues la demandada es incapaz y su curador no podía efectuar el reconocimiento. "Pero si así se creyera, se debe tener en cuenta que el documento en mención sí fue objetado" y que por otra parte no contiene confesión inequívoca de paternidad.

La Corte considera:

I. - Cuando el numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 repitió lo que disponía el artículo 620 del C. J., en su motivo 1º, al estatuir que procede el recurso de casación por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, ratificó el principio de que cada una de aquellas tres formas de violación de ley, tiene propia individualidad y que, en consecuencia, no pueden confundirse entre sí. La o allí empleada por el legislador es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más conceptos, lo que obliga a entender que la apuntada violación de ley sustancial puede producirse de tres maneras distintas: 1ª) por infracción directa, 2ª) o por aplicación indebida y 3ª) o por interpretación errónea. De consiguiente, no hay equivalencia entre estas tres distintas formas de quebranto de la ley sustancial. Una cosa es la infracción directa, más conocida con el nombre de falta de aplicación, y otra la aplicación indebida; y distinta a las anteriores, es la interpretación errónea. Esta, como lo tiene dicho la Corte, consiste en haber empleado el precepto legal idóneo que regula el caso litigado, pero con desvío de su verdadero sentido o alcance; la segunda consiste en haber empleado norma legal extraña a él; y la primera, o sea la infracción directa que es falta de aplicación, se produce cuando no se emplea la norma legal idónea, es decir, cuando se deja de aplicar la llamada a obrar en el caso controvertido.

Resulta de lo anterior que no puede alegarse simultáneamente, como lo hace el recurrente, el quebranto de ley sustancial por "infracción directa o aplicación indebida",

como violaciones concomitantes sobre la misma norma, pues si existe la infracción directa que, como ya se vio, es falta de aplicación, al mismo tiempo no puede alegarse que sí se aplicó el precepto, pero indebidamente. No es lo mismo infracción directa que aplicación indebida. Como son conceptos que se excluyen, no pueden, a la vez, respecto a una misma norma y en el mismo evento, ser la causa simultánea de la violación sustancial.

II. - Dejando de lado este defecto de técnica que sería suficiente para despachar desfavorablemente el cargo, pues la Corte no tiene el arbitrio de elegir entre esas dos formas de acusación que se rechazan, resulta también que no existe el error de derecho denunciado. En efecto, obran en autos las fotocopias autenticadas de los siguientes documentos no objetados de falsos: a) Póliza N° 26546 de la Compañía de Seguros Bolívar, de 10 de agosto de 1959, por valor nominal de \$ 10.000.00, en la que figura como asegurado Maximino Rivera Ojeda, quien firma, y como beneficiarias "Flor de María Corredor y Ana Gilma Romero, hijas del asegurado." Además de éste, firman el gerente, el secretario y el registrador de la compañía; b) Parte primera de la solicitud de seguro a la compañía de Seguros Bolívar, de 19 de julio de 1959, suscrita, en Vélez, por Maximino Rivera Ojeda, en la que se indica que los beneficiarios del seguro solicitado serán Flor de María Corredor y Ana Gilma Romero, y donde está escrito, como respuesta a la pregunta sobre el parentesco que éstas tienen con el asegurado: "El beneficiario es mis hijas". y c) Recibos de pago de la póliza citada número 26546 correspondiente al seguro de Maximino Rivera Ojeda, pago que fue hecho por mitades a las dos beneficiarias Flor María Corredor y Ana Gilma Romero; allí consta que el 50% correspondiente a aquella, fue cobrado y recibido directamente por su curador general Doctor Gustavo Castellanos H.

Estos documentos obraron en juicio desde cuando se practicó la diligencia de inspección ocular y fueron conocidos ampliamente por la parte demandada, la que en los alegatos de instancia los analizó tratando de menoscabar su valor probatorio, pero sin que, en ningún caso los hubiera ob-

jetado de falsedad. Y es apenas lógico que aquella parte no redarguyera de falsos esos escritos, pues ya los había aceptado como auténticos al fundar en ellos su reclamación para el pago de la mitad del seguro de vida que, oportunamente, le fue cubierta. De consiguiente, por mandato del artículo 645 del C. J., esos documentos deben tenerse por reconocidos.

II. - No es lo mismo arrojar duda sobre la autenticidad de un documento privado, que declarar abiertamente, sin rodeos, que se le objeta de que es falso, y que, por este motivo específico, se le desconoce. Esta redargución no debe ser velada o confusa; su claridad ha de ser tal, que sin esfuerzo dialéctico surja; debe aparecer nítida de la simple lectura de su formulación. Como lo exige la norma citada, el documento debe ser objetado, o redarguido de falso; no basta un ataque cualquiera para quitarle la calidad de documento reconocido.

IV. - Encuentra la Corte, tal es su diafanidad, que tanto la póliza del seguro, como la solicitud para que él se concediera, documentos firmados por el presunto padre y en los que este afirmó que la demandada era hija suya, son escritos que contienen declaración inequívoca de paternidad.

Entonces, procedió acertadamente el Tribunal cuando concedió a esos documentos virtud suficiente para sustentar la declaración judicial de paternidad natural.

Lleva lo anterior a concluir que el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que, el 18 de marzo de 1957, profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Hertberto Caycedo Méndez, Secretario.

COMPETENCIA

Es el juez de menores de la residencia de éstos el competente para conocer del juicio de investigación de paternidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Blanco Cabrera).

(Aprobado en sesión verificada el día 12 de agosto de 1970).

I. Antecedentes.

1º - Ante el Juez Tercero Civil de Menores de Cali, Fabiola Mesías Revelo, mujer soltera, demandó a Arturo Guevara Peñafiel en escrito presentado el diecinueve de julio de mil novecientos sesenta y nueve, para que se le declarase padre de la menor Mónica del Rosario, y se señalase además la cuota alimenticia con que debe contribuir.

Admitida la demanda, se comisionó el Juez Civil de menores de Manizales, ciudad designada como domicilio del demandado, para la notificación y traslado correspondientes, surtidos los cuales Guevara manifestó que no prorrogaba la competencia e interponía recurso de reposición contra el auto admisorio del libelo "para que se revoque y en su lugar se disponga que... no es competente para conocer del mismo".

El Juzgado del conocimiento, previo concepto del Defensor Civil de Menores de Cali, por auto de doce de Diciembre de mil novecientos sesenta y nueve no accedió a la reposición pedida, dispuso la apertura a

pruebas del negocio y notificar personalmente dicha providencia al demandado, para lo cual comisionó al Juez Civil de Menores de Manizales, quien, a solicitud de Guevara Peñafiel por auto de fecha veinte de febrero de mil novecientos setenta, resolvió provocar competencia positiva al comitente.

El Juzgado de Cali denegó la inhibición y ordenó dar cuenta al juez requiriente, Primero Civil de Menores de Manizales, el cual en providencia de tres de abril de mil novecientos setenta insistió en la competencia y ordenó comunicar lo resuelto al referido Juez Tercero Civil de Menores de Cali para que cumplidos los trámites de rigor fueran remitidas las diligencias a la Corte Suprema de Justicia, entidad que debe dirimir la competencia de conformidad con el numeral 3º del art. 16 del Decreto 528 de 1964, y a ello se procede.

2º Oída la Procuraduría expresó:

"Es indudable que la regla general contenida en el numeral 2º del art. 152 del C. Judicial, según la cual en los asuntos contenciosos conoce el respectivo juez del domicilio del demandado, es una garantía procesal otorgada para facilitar la comparecencia en juicio sin el gravamen de tener que acudir a lugar distinto al de la vecindad. Esa norma obedece al principio de la economía del proceso que, como medio de llegar a la verdad, no debe exigir expensas superiores al valor de los intereses en debate.

“También es indiscutible que nuestro legislador especialmente a partir de la expedición de la Ley 45 de 1936... se ha propuesto la asistencia y protección como fin primordial de todas las disposiciones generales y especiales dictadas en relación con la minoridad. Esa asistencia y protección a los menores se destaca en la Ley 83 de 1946, ‘orgánica de la defensa del niño’; se ve también en el Decreto 1818 de 1954 y se aprecia asimismo en la Ley 75 de 1968 y en su decreto reglamentario 398 de 1969.

“La Ley 83 de 1964, cuyo epígrafe indica su intención, acogió el concepto de que la competencia de la jurisdicción especial de menores no se debía reducir al conocimiento de los delitos y contravenciones, sino que era indispensable extenderla a aquellas situaciones que fácilmente pueden llevar al menor a una actividad delictiva, como el abandono, la mendicidad, la vagancia, etc., y así no solo dio al Juez de Menores la atribución de conocer privativamente y en una sola instancia, de las diligencias correspondientes a las infracciones penales cometidas por menores de determinada edad, sino también de los estados de abandono o peligro moral o físico de los mismos. Y con igual criterio de defensa atribuyó a esos funcionarios especializados la competencia para suspender la patria potestad o la guarda y para conocer de los juicios de alimentos y de investigación de la paternidad, con reglas sencillas, términos cortos y disposiciones tendientes a hacer gratuito al procedimiento, tales como la que establece que toda actuación se debe adelantar en papel común, sin costo alguno para la madre o para el niño...

“Tenemos, pues, que así como al artículo 152, numeral 2º del C. Judicial establece la regla general de que en los asuntos contenciosos conoce el respectivo juez del domicilio del demandado, con el propósito de hacer menos costosa la situación de éste, así el estatuto de menores, para proteger a éste, dispone en el art. 2º que el juez de menores del respectivo territorio debe conocer de las situaciones de abandono o de peligro moral o físico de los mismos.

“Esa solución de regular la competencia de los jueces de menores con base en la re-

sidencia del menor fue acogida por la H. Corte Suprema en providencia de diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y seis.

“Por las razones anteriores la Procuraduría Delegada en lo Civil considera que el juez competente en el presente caso es el Tercero Civil de Menores de la ciudad de Cali”.

III. Se considera:

1. Es doctrina repetida de la Corte la de que tratándose del Juicio de alimentos que regulan las Leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, es el Juez de Menores del lugar donde éstos residen el que tiene la competencia para conocer, aunque el padre contra quien se dirige la acción esté domiciliado en un lugar correspondiente a otra jurisdicción. En efecto, en providencia de diecinueve de septiembre de 1966, expresa:

“Ninguno de los decretos dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 27 de 1963 para reorganizar la rama jurisdiccional del poder público, contiene norma especial sobre competencia de los Jueces de Menores, fuera del artículo 10 del Decreto 528 de 1964, que dice:

“En cada Distrito Judicial habrá por lo menos un Juez de Menores, cuya competencia y funciones serán determinadas por la respectiva legislación’. Se dejó así, como era natural, a la legislación especial de menores, la atribución de determinar la competencia y funciones de los jueces de tal categoría.

“Ahora bien: Estas competencias y funciones de los Jueces de Menores vienen señaladas por la Ley 83 de 1946, ‘orgánica de la defensa del niño’ como lo reza su epígrafe. Y precisamente en su artículo 2º, luego de disponer que en cada capital de departamento habrá un funcionario judicial denominado Juez de Menores —hoy en cada Distrito Judicial, según el citado art. 10 del Decreto 528—, preceptúa que ese funcionario ‘conocerá privativamente y en una sola instancia de las diligencias a que dieren lu-

gar las infracciones penales cometidas por los menores de dieciocho años en el respectivo territorio y en el de las Intendencias y Comisarias que señale el Gobierno y de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallaren los menores de la misma edad.'

"Quiere decir que, como principio rector en el ámbito de esta jurisdicción especial, el art. 2º de la Ley 83 encomendó el conocimiento 'de las situaciones de abandono o peligro moral o físico' en que se hallare un menor de dieciocho años, al Juez de Menores del territorio en que aquél se encuentre. Solución que ciertamente consulta las necesidades de su defensa, la que podía verse entrabada o diferida si tuviere que ocurrirse al fuero de distinta circunscripción territorial, cuyo juez, por la distancia y por ser ajeno al medio social en que se desenvuelve la situación de peligro o abandono del menor, no estaría en capacidad suficiente de apreciar los remedios que esa situación requiere y de darles aplicación oportuna.

"Así, fijando el 'procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro', dispone la Ley 83 en su art. 48 que 'siempre que el Juez de Menores tenga conocimiento, ya sea por denuncia, o de oficio, de que hay un menor moral o físicamente abandonado o en peligro, abrirá en el acto la investigación correspondiente y se informará, por sí o por medio de sus delegados, detalladamente de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad en que viva, los medios de subsistencia y de los antecedentes de todo orden, personales y familiares". Y, en desarrollo de este sistema de inmediatez, previene en el art. 49 que 'El juez podrá hacer comparecer a su Despacho a todas las personas cuyas informaciones juzgue necesarias, y podrá someter al menor a los estudios de observación preceptuados en esta ley'; y, luego de establecer en el art. 50 que el funcionario dictará en presencia de los padres del menor o de las personas de quienes éste dependa la correspondiente sentencia, de manera verbal, breve y sumaria, señala mediante el

artículo 51 los varios sentidos en que tal sentencia puede entonces consistir, el primero de los cuales es el de 'una prevención a los padres o a las personas de quienes el menor dependa, a fin de que cumplan para con éste con los deberes de educación, de asistencia, de alimentación y vigilancia'.

"Tratándose así de la acción de alimentos contemplada en los Artículos 59 a 82 inclusive de la misma ley, es evidente que el juez de menores del lugar en que reside el menor tiene la competencia para conocer de la demanda, aunque el padre contra quien se dirige esté domiciliado en otra jurisdicción. De ello no dejan duda los textos, ninguno de los cuales atribuye la competencia al juez del domicilio del demandado, por lo cual corresponde, según el art. 2º, al juez del 'Respectivo territorio' en que se encuentre el menor'.

"Reza el art. 60, en su primera parte, que 'cuando el padre de un menor de dieciocho años se niegue a prestarle alimentos, la madre, o el pariente más cercano del menor, o el menor mismo, pueden acudir ante el juez de menores, verbalmente o por escrito en solicitud de que se obligue al padre al cumplimiento de su deber'. Sería contrario al sistema de la ley, el que se obligara a la madre del menor o a las personas que pueden pedir por él, o al 'menor mismo', a desplazarse a otra sección territorial, sufriendo todos los inconvenientes y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho por la falta de recursos con qué sufragar los gastos que implica la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado." (G. J. t. CXVII, Nº 2.282, p. 298).

2. La Ley 75 de 1968, expedida con posterioridad a la providencia transcrita, no altera en modo alguno la doctrina que ésta contiene sobre competencia en los juicios de alimentos, la que, por los mismos motivos es aplicable a los juicios de filiación, pues no se encuentra razón alguna para modificarla.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, oído el concepto del Ministerio Público, decide que es competente para conocer de este juicio de Investigación de la paternidad propuesto por Fabiola Mesías Revelo en nombre de su hija menor Mónica del Rosario, contra Arturo Guevara Peñafiel, el Juzgado Tercero Civil de Menores de Cali.

Comuníquese a los funcionarios entre quienes se suscitó la competencia y remítase el proceso al Juzgado declarado competente. (Art. 423 del C. Judicial.).

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PERMUTA

Rescisión por incumplimiento. — Disposición de bienes sucesorales y de derechos herenciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre dos (2) de mil novecientos setenta (1970)

(Magistrado ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número setenta y cuatro (74) de primero de septiembre de mil novecientos setenta (1970).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia que el 17 de octubre de 1966, dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá en el juicio ordinario que promovió Juan Nepomuceno Garzón Méndez contra Luis Antonio Cárdenas Ramírez.

El Litigio.

Ante el Juez Civil del Circuito de Pacho, aquel citó a juicio a éste para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. - Que declare resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de permuta que consta en la escritura pública N° 555 del 18 de junio de 1959, otorgada en la Notaría de Pacho, por medio del cual el señor Juez Civil del Circuito de Pacho en nombre de Juan Nepomuceno Garzón Méndez transfirió a Luis Antonio Cárdenas Ramírez ‘el dominio pleno y posesión sobre un terreno denominado Castalia, ubicado en el sitio de Serrezuela, de la fracción de Pasuncha, de la jurisdicción del Muni-

pio de Pacho, junto con todas las montañas, rastrojos, cultivos de café, plátano, cañamellar, casa de habitación de construcción de adobe y teja metálica, los correspondientes tablados, cercas de alambre propias y medianeras, y las demás anexidades y dependencias del mismo inmueble’, alindeferado como se determina en el hecho primero de esta demanda; y en cambio o permuta Luis Antonio Cárdenas Ramírez ‘enajena a favor del mentado Garzón Méndez el dominio pleno y posesión de los siguientes bienes: a) Dos terrenos que en un solo globo denominado “la María” el compareciente adquirió por compra hecha a Juan de la Cruz Cifuentes y Manuel Orjuela Cárdenas, por medio de la escritura N° 49 de 18 de enero de 1952, de esta misma Notaría de Pacho, denominados La Loma y Guadualón, ubicados en la fracción de Caquián, de la jurisdicción del Municipio de Topaipí, junto con las mejoras consistentes en pastos, rastrojos, montañas, cercas propias y medianeras, una casa, cultivos de plátano, cañamellar y demás anexidades’, y ‘un terreno denominado San Lorenzo, ubicado en jurisdicción del municipio de Topaipí, con todas las anexidades, dependencias y servidumbres del mencionado terreno, el cual adquirió el compareciente por compra hecha a Lorenzo Moreno M. y a María Antonia Ramos C. de Moreno por medio de la escritura N° 20 de 5 de enero de 1949, de esta misma Notaría del Circuito de Pacho’, demarcados todos como se indica en el hecho segundo de esta demanda.”

“Segunda. - Que condene al demandado a restituírle al demandante el predio deno-

minado 'Castalia', junto con todas sus mejoras, anexidades y dependencias, y con los frutos civiles y naturales que tal predio haya producido hasta cuando se haga la restitución, o si tales frutos no existieren, entonces que pague su valor."

"Tercera. - Que condene al demandado a pagarle al demandante el valor de todos los perjuicios que le ha causado su incumplimiento".

"Cuarta. - Que condene al demandado al pago de los gastos y costas del juicio."

Como subsidiarias formuló las siguientes peticiones:

"1ª) Que declare nulo el contrato de promesa de permuta celebrado entre Juan Nepomuceno Garzón Méndez y Luis Antonio Cárdenas Ramírez, en San Antonio de Aguilera, del Municipio de Topaipí, el día 14 de septiembre de 1949, por medio del cual el primero se obligó a transferirle al segundo el dominio sobre un terreno denominado Castalia, ubicado en el sitio de Serrezuela, de la fracción de Pasuncha, de la jurisdicción del municipio de Pacho, junto con todas las montañas, rastros, cultivos de café, plátano, cañamelar, casa de habitación de construcción de adobe y teja metálica, los correspondientes tablados, cercas de alambre propias y medianeras, y las demás anexidades y dependencias del mismo inmueble, alinderado como se determina en el hecho primero de la demanda principal; y en cambio o permuta Luis Antonio Cárdenas Ramírez se obligó a transferirle a Juan Nepomuceno Garzón Méndez los terrenos denominados "Loma Larga", "Guadualón" y "San Lorenzo", situados en jurisdicción del Municipio de Topaipí, junto con sus mejoras consistentes en pastos, rastros, montañas, cercas propias y medianeras, una casa, cultivos de plátano, cañamelar y demás anexidades y dependencias y servidumbres de los mencionados terrenos, alinderados como se indica en el hecho segundo de la demanda principal."

"2º) Que también declara nulo el contrato de permuta celebrado en ejecución de la

promesa de permuta a que se refiere la petición anterior, y que consta en la escritura número 555 del 18 de junio de 1959, de la Notaría de Pacho."

"3º) Que condene al demandado Luis Antonio Cárdenas Ramírez a restituírle a Juan Nepomuceno Garzón Méndez los bienes que recibió en razón de los contratos a que se refieren las peticiones anteriores, junto con todas las mejoras y frutos, o sus valores, si fuere el caso."

"4º) Que condene al demandado al pago de los gastos y costas del juicio en ejecución del hecho debido seguido por él contra Juan Nepomuceno Garzón Méndez en el Juzgado Civil de este Circuito con base en la promesa de contrato de permuta a que se refiere la petición primera de esta demanda, y en la cual se condenó a mi poderdante al otorgamiento de la escritura de permuta."

"5º) Que condene al demandado en este juicio al pago de las costas y gastos de él."

Los hechos en que descansa la causa pendiente están narrados así en la demanda:

"1º) Juan Nepomuceno Garzón Méndez y Luis Antonio Cárdenas Ramírez celebraron un contrato de promesa de permuta, en San Antonio de Aguilera, del municipio de Topaipí, el 14 de septiembre de 1949, por medio del cual el primero se obligó a transferir al segundo el dominio sobre un terreno denominado Castalia, ubicado en el sitio de Serrezuela, de la fracción de Pasuncha, de la jurisdicción del municipio de Pacho, junto con todas las montañas, rastros, cultivos de café, plátano, cañamelar, casa de habitación de construcción de adobe y teja metálica, los correspondientes tablados, cercas de alambre propias y medianeras, y las demás anexidades y dependencias del mencionado inmueble, el cual fue adquirido por Juan Nepomuceno Garzón Méndez por compra que de él hizo a Jorge Humberto Méndez, por medio de la escritura N° 3.891 del 31 de octubre de 1945, de la Notaría 3ª de Bogotá y se halla demarcado por los siguientes linderos...".

"2º) En razón del mismo contrato de promesas de permuta, Luis Antonio Cárdenas Ramírez se obligó a transferir a Juan Nepomuceno Garzón los terrenos denominados "Loma Larga", "Guadualón" y "San Lorenzo", situados en jurisdicción de Topaipí, junto con sus mejoras consistentes en pastos, rastrojos, montañas, cercas propias y medianeras, una casa, cultivos de plátano, cañamalar, y demás anexidades, dependencias y servidumbres de los mencionados terrenos, los cuales se hallan demarcados por los siguientes linderos..."

"3º) Los contratantes estimaron que la finca "Castalia" de Juan Nepomuceno Garzón Méndez valía \$ 30.000.00, y los terrenos "Loma Larga", "Guadualón" y "San Lorenzo" de Luis Antonio Cárdenas Ramírez valían \$ 25.000.00; siendo pagada la diferencia en dinero".

"4º) La escritura de perfeccionamiento del contrato de permuta debía otorgarse en la Notaría de Pacho el 14 de junio de 1960, y en ese día Juan Nepomuceno Garzón Méndez estuvo en la Notaría de Pacho listo a cumplir, pero Luis Antonio Cárdenas Ramírez no cumplió y no se presentó".

"5º) Posteriormente Luis Antonio Cárdenas Ramírez, en ejercicio de la acción consagrada por la ley 68 de 1945, demandó a Juan Nepomuceno Méndez para que se le obligara a otorgar la correspondiente escritura de perfeccionamiento del contrato de permuta indicado, juicio en el cual se dictó sentencia de primera instancia el 25 de mayo de 1958, ordenando el otorgamiento de la escritura".

"6º) Esta sentencia fue apelada y el recurso fue resuelto por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia del 24 de febrero de 1969, en la cual dijo: "Por último, debe agregar el Tribunal que, la alegación respecto a que los bienes prometidos en permuta por el demandante, no se hallan o no se hallaban radicados como cuerpo cierto en cabeza del mismo y que por ello se hallaba en imposibilidad de cumplir, no es óbice para que prospere la presente acción. En efecto, el día en que se

deban extender las respectivas escrituras para perfeccionar el contrato de promesa, conforme al fallo apelado, corresponde al demandante tener sus títulos y demás documentaciones en forma satisfactoria, para que se pueda elevar a escritura pública la promesa; de lo contrario, su acción quedaría valdía y por tanto, correrá con las consecuencias legales que su omisión pueda causar; es por esto por lo que la alegación aludida no es suficiente para infirmar el fallo recurrido, lo mismo que no lo son las demás alegaciones atrás analizadas. Todo lo expuesto lleva a la convicción de este Tribunal que el proveído recurrido está ajustado a derecho, por lo cual deberá mantenerse.— En mérito de lo discurrido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Confirma la providencia apelada de fecha 25 de mayo de 1958, pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, con la adición de prevenir a las partes permutantes que en el momento de extenderse la respectiva escritura deben presentar las correspondientes titulaciones".

"7º) En cumplimiento de las anteriores sentencias, el señor Juez del Circuito de Pacho, procediendo a nombre de Juan Nepomuceno Garzón Méndez, otorgó la escritura Nº 555 del 18 de junio de 1959, de la Notaría de Pacho, con la concurrencia de Luis Antonio Cárdenas Ramírez, y por medio de ella transfirió a este último el dominio de la finca denominada "Castalia" y en cambio o permuta recibió los terrenos llamados "Loma Larga" y "San Lorenzo".

"8º) Ni el juez que otorgó a nombre de Juan Nepomuceno Garzón Méndez la escritura Nº 555 del 18 de junio de 1959, de la Notaría de Pacho, ni Luis Antonio Cárdenas Ramírez cumplieron la sentencia dictada por el H. Tribunal, porque al paso que Juan Nepomuceno Garzón Méndez sí tiene titulación completa y perfecta sobre la finca "Castalia", Luis Antonio Cárdenas Ramírez no la tiene sobre los que dio en permuta, pues él es apenas un simple cesionario de derechos sucesorales vinculados en esos predios, y el juez estaba en la obligación de

llevarlos a la Notaría para el otorgamiento de la escritura, y en ninguna parte consta que el juez hubiera exigido su presentación, ni Cárdenas los hubiera presentado”.

“9º) Juan Nepomuceno Méndez adquirió el terreno denominado “Castalia” por compra que le hizo a Jorge Humberto Méndez por medio de la escritura N° 3.891 del 31 de octubre de 1945, de la Notaría Tercera de Bogotá”.

“10º) Luis Antonio Cárdenas Ramírez no es dueño del terreno denominado en la promesa de contrato y en la escritura de venta “San Lorenzo”, porque lo que él adquirió por medio de la escritura N° 20 del 5 de enero de 1949, de la Notaría de Pacho son los derechos y acciones que a Rosa María e Isabel Ramos Cárdenas les corresponden o pueden corresponderles como herederas en su condición de hijas legítimas de los esposos Domingo Ramos y Dolores Cárdenas, y los derechos que a Gregorio Piñeros Cárdenas le corresponden como hijo legítimo de la nombrada causante Dolores Cárdenas la cual fue casada, en primeras nupcias, con el señor Nepomuceno Piñeros, y en segundas nupcias con el señor Domingo Ramos”.

“11º) Además de los herederos anteriores, Domingo Ramos y Dolores Cárdenas dejaron más herederos que no han vendido sus derechos entre los cuales puede nombrarse a Domingo Ramos Cárdenas”.

“12º) El juicio de sucesión de Domingo Ramos y Dolores Cárdenas no ha sido iniciado aún, ni tampoco se le ha adjudicado a Luis Antonio Cárdenas Ramírez, por ningún otro medio, dominio pleno sobre el terreno denominado “San Lorenzo” o “Tres Caminos”.

“13º) Luis Antonio Cárdenas Ramírez tampoco tenía, cuando celebró la promesa de permuta con Juan Nepomuceno Garzón Méndez, ni luego cuando fue otorgada la escritura N° 555 del 18 de junio de 1959, título saneado sobre los terrenos denominados “Loma Larga” y “Guadualón” pues lo que él adquirió por medio de la escritura N°

49 del 18 de enero de 1952, de la Notaría de Pacho, fueron unos gananciales de Custodia Buitrago de Cifuentes en la sociedad conyugal con Juan de la Cruz Cifuentes, cuyo juicio de liquidación de la sociedad conyugal no aparece registrado”.

“14º) Al traspasar Luis Antonio Cárdenas Ramírez a Juan Nepomuceno Garzón Méndez los terrenos denominados “Loma Larga”, “Guadualón” y “San Lorenzo” como cuerpos ciertos, sin serlo, y sin tener título saneado sobre ellos incumplió sus obligaciones de vendedor”.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia pronunciada por el juez del Circuito Civil de Pacho el 25 de enero de 1964, en la que resolvió:

“Primero. — Declarar resuelto el contrato de permuta o cambio que consta en la escritura pública N° 55 del 18 de junio de 1959, otorgada en la Notaría de Pacho, por medio del cual el señor Juez Civil del Circuito de Pacho en nombre de Juan Nepomuceno Méndez transfiere a Luis Antonio Cárdenas Ramírez el dominio pleno y posesión del terreno allí relacionado, por la alinderación que aparece en el hecho primero de la demanda descrita: y en cambio o permuta Luis Antonio Cárdenas Ramírez enajena a favor del demandado Garzón Méndez el dominio pleno y posesión de los tres terrenos relacionados en el mismo documento por las alinderaciones que aparecen en el contrato declarado resuelto y en el hecho segundo de la demanda.

“Segundo. — Como consecuencia de las anteriores declaraciones condenar al demandado Luis Antonio Cárdenas a restituir al demandante Juan Nepomuceno Garzón Méndez, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el globo de terreno determinado por su situación y linderos en la escritura número 555 del 18 de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, otorgada en la Notaría de Pacho.

“Tercero. — Condenar al demandante Juan N. Garzón M. a restituir al deman-

dado Luis Antonio Cárdenas R., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los globos de terreno determinados por su situación y linderos en la escritura número 555 del 18 de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, otorgada en la Notaría de Pacho, denominados "Loma Larga", "Guadualón" y "San Lorenzo".

"Cuarto. — Condenar al demandante Juan N. Garzón a restituir a Luis A Cárdenas, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de \$ 5.000.00 M. C."

"Quinto. — No condenar a ninguna de las partes al pago de frutos.

"Sexto. — Ordenar la cancelación de la escritura pública número 555 de diez y ocho (18) de junio de 1959, otorgada en la Notaría de Pacho, como también su correspondiente registro para lo cual e insertándose copia de la parte resolutive de esta sentencia, se ordena librar sendos oficios al Notario del Circuito de Pacho y al Registrador de instrumentos públicos y privados de Pacho, para que el primero haga la anotación del caso al margen de la matriz de la citada escritura, y el segundo, inscriba el presente fallo en el correspondiente libro de Registro.

"Séptimo. — Condenar al demandado a pagar al demandante los perjuicios que le ha causado con su incumplimiento, los que se tasarán de acuerdo al artículo 553 del C. J.

"Octavo. — Condénase en costas al demandado Cárdenas Ramírez. Tásense.

"Noveno. — Cancélese la inscripción de la demanda. Contra esta providencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá desató la segunda instancia con fallo de 17 de octubre de 1966, en el cual resolvió:

"1º) Confirmar los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º y 9º de la sentencia objeto del recurso.

2º) Revocar el numeral 5º y en su lugar disponer el pago de las mejoras y de los frutos que se hayan plantado y producido en los bienes permutados desde la fecha en que los contratantes recibieron sus respectivos bienes, para lo cual se procederá conforme lo dispone el artículo 553 del C. J. Costas a cargo del apelante.

Fundamentos de la sentencia impugnada.

Luego de historiar los hechos del libelo y de transcribir las peticiones, entra el fallador a decir que la demanda principal se sustenta en que el demandado no cumplió la obligación que contrajo al celebrarse el contrato de permuta consignado en la escritura N° 555, corrida el 18 de junio de 1959 ante el Notario de Pacho, pues, respecto a uno de los bienes objeto de aquel contrato, no trajo el derecho de dominio, ya que, teniendo únicamente derechos de herencia vinculados en aquel y no el dominio pleno, no podía hacer aquella tradición, no obstante que, oportunamente, se registró el título respectivo de permuta. Que, por tanto, la acción resolutoria consagrada en el artículo 1.546 del C. Civil, que fue la ejercitada, debe prosperar, puesto que de las pruebas aportadas al juicio resulta que el demandante cumplió la totalidad de las obligaciones que contrajo por el contrato de permutación, en tanto que el demandado solo cumplió las suyas respecto a dos de los inmuebles cuyo dominio dijo transferir a título de permuta, pues al otro inmueble, conocido con el nombre de "San Lorenzo", no era de propiedad suya, ya que solo había adquirido derechos hereditarios vinculados en él.

Que la demanda debe prosperar, en fin, pues está claro que el demandado no era dueño de uno de los inmuebles cuyo dominio dijo transferir, "inmueble que ni siquiera figura inscrito en los correspondientes libros de la Oficina de Registro".

La demanda en Casación.

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos en el ámbito del motivo primero de casación.

Como los dos primeros vienen montados en la violación del artículo 752 del C. Civil, circunstancia que los liga de tal manera que admiten despacho conjunto, así se hará.

Primero y Segundo Cargos.

A) En el primero se denuncia quebranto de la norma antes citada, por interpretación errónea.

Dice el recurso que en la sentencia impugnada se reconoció que el demandado Cárdenas Ramírez entregó materialmente al demandante los bienes permutados; "que hizo tradición de esos bienes" desde cuando fue registrada la escritura N° 555 que contiene el contrato de permuta, pero que "esta tradición solo fue hábil para transmitir la propiedad plena de dos de los bienes objeto del contrato", pues respecto al otro inmueble no transfirió el dominio pleno, porque siendo únicamente titular de derechos hereditarios en él, al tenor del artículo 752 del C. C., no podía transferir aquel derecho de propiedad, sino éstos.

Que como la sentencia no declaró "inhábil, inválida o nula esta tradición... el pago de la obligación hecho por medio de ella ha de considerarse pleno", porque mientras no se declare su nulidad, conserva su eficacia. Que "una tradición basada en un título válido solo puede ser atacada por el verdadero dueño". Que cuando el tradente tiene la calidad de heredero, respecto a un bien sucesoral, solo al efectuarse la partición y la adjudicación de bienes se sabe quién es el verdadero dueño. Que mientras éstas no se hayan hecho, a quien adquirió del heredero "nadie le podrá disputar su calidad de dueño y empezará a gestarse para él la propiedad por la vía de la usucapción ordinaria porque tiene además título junto". Que "ésta es la interpretación correcta del artículo 752 del C. Civil tanto más si se lo relaciona y armoniza con las voces de los artículos 753 y 1.533 de la misma obra".

B) Bajo el segundo cargo se denuncia quebranto del mismo artículo 752 del C. Civil por aplicación indebida, que se hace consistir en que "la sentencia ordena la resolución del contrato por incumplimiento

de la obligación de dar, por cuanto el tradente no transmitió al acreedor el dominio pleno del bien objeto del crédito", sino los derechos hereditarios, únicos de los que era titular, con errada inteligencia del artículo 752 del C. C. Que debió aplicarse el artículo 757 del C. Civil y no el 753 por ser "aquella la norma especial respecto a la tradición o enajenación de derechos hereditarios universales", de aplicación preferente. Que como el citado artículo 757 "prohíbe disponer en manera alguna de un bien inmueble de una sucesión, mientras no se proceda al decreto judicial que da lugar a la posesión efectiva de la herencia y el registro del mismo", debió decretarse la nulidad que él consagra, aún de oficio como lo ordena el artículo 2° de la ley 50 de 1936, pues se realizó un acto prohibido en la ley, al tenor del artículo 6° del C. Civil. Que por tanto se aplicó indebidamente al artículo 752, "pues ha debido prescindirse de él y decretarse en cambio la nulidad contemplada por el artículo 757 del C. Civil."

La corte considera:

1°) El pago de las obligaciones de dar se cumple por el modo de la tradición. Así, quien contrajo la obligación de dar o transferir el dominio sobre un inmueble, en virtud de la naturaleza de éste, solo pueda cumplir su obligación de tradir por medio de la competente inscripción del título en la oficina de Registro (artículo 756 C. C.). Mas, si para contraer la obligación de tradir por medio de un contrato, solo se requieren la capacidad y el consentimiento de las partes (artículo 740 ibídem), para el cumplimiento de esa obligación, vale decir para realizar adecuadamente su pago, se requiere además que el deudor tradente sea verus dominus, pues, como lo define el artículo 741 ibídem, el tradente es la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él; y de conformidad con el artículo 1.633 de la misma obra, el pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño.

2°) En derecho Colombiano, el contrato que es título, por sí mismo, no tiene virtud

suficiente para transferir el derecho de dominio, pues para alcanzar este objeto, debe estar seguido de un modo, que, en las obligaciones de dar, es siempre la tradición. Del contrato, entonces, para quien dice enajenar el dominio de un inmueble, surge la obligación de trair el derecho de propiedad que, como ya se vio se cumple mediante la competente inscripción del título en la Oficina de Registro. Así, por el contrato de venta, el vendedor contrae la obligación de hacer tradición del bien cuyo dominio enajena y el comprador no adquiere el dominio de aquel, sino el derecho crediticio a pedir o exigir del vendedor que le haga esa tradición. Por esta razón, por no tener el contrato eficacia para transferir el dominio, la compraventa de cosa ajena vale (artículo 1.871 *ibídem*), pero únicamente como contrato, es decir, como fuente de obligaciones, pero no como medio eficaz para trair el dominio, ya que el derecho de propiedad del *verus dominus* sobre el inmueble vendido, permanece ileso mientras, como dice aquella disposición, no se extinga por el lapso de tiempo.

3º) No es lo mismo como parece entenderlo el recurrente la obligación de dar el derecho de dominio sobre un inmueble y la de entregarlo materialmente. Por tanto, aunque el vendedor ponga al comprador en posesión útil de él, no por ello puede alegar que le ha hecho tradición, pues ya quedó visto que ésta solo se opera, respecto de tal clase de bienes, por la competente inscripción del título. Y siempre que el vendedor sea verdadero dueño, pues si no lo es, la tradición es ineficaz. Fluye de lo anterior que aunque el presunto enajenante haya hecho entrega material del inmueble al otro contratante, ésta por sí sola no implica tradición.

4º) Dejése visto que la venta de cosa ajena vale, y, que ese contrato, por el hecho, de que su objeto no sea propiedad del enajenante, no está prohibido y, por el contrario, está autorizado expresamente por el artículo 1.871 del C. Civil.

5º) Si quien dice enajenar el dominio pleno de un inmueble solo es dueño de la nuda propiedad o del usufructo, o solamente tie-

ne derechos hereditarios que pueden estar o no vinculados a él, por el registro competente del respectivo título de enajenación, aunque expresamente se haya consignado en éste que se transfiere el dominio pleno, solo transfiere los derechos que tenga sobre la cosa entregada, (art. 752 C. C.), pues nadie puede dar lo que no tiene. Mas, como fluye de esta misma norma, si el enajenante posteriormente adquiere el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición, evento que acaece también cuando vendida cosa ajena, el dueño verdadero ratifica después esa enajenación (art. 1.874 *ibídem*).

6º) El artículo 757 del mismo código no prohíbe al heredero el acto de disposición de bienes sucesorales, ni sanciona con nulidad esta enajenación, como lo pretende el recurrente, puesto que, como lo ha dicho la Corte, "si los herederos venden un inmueble de la sucesión antes del decreto de posesión efectiva, la venta es válida, pero su inscripción en el registro no transfiere el dominio de la cosa vendida al comprador" (G. J. LXXXII, 386). No otra puede ser la inteligencia de aquel precepto, cuando el último inciso del artículo 1.401 del C. C. dispone que si alguno de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

7º) Como secuencia lógica de lo expuesto, resulta que habiéndose obligado el demandado, por el contrato de permutación o cambio, a transferir el dominio de un inmueble sobre el que no tenía derecho de propiedad sino meros derechos hereditarios en él vinculados, por el registro de la escritura pública en que se consignó aquel contrato, no cumplió con su obligación de trair el dominio, por la clara razón de no ser él verdadero dueño de ese inmueble. Siendo manifiesto, entonces, el incumplimiento, de aquella obligación, el Tribunal aplicó debidamente y con su recta inteligencia los artículos 752, 1.544 y 1.546 del C. Civil, al

decretar la resolución demandada y la restitución de los bienes materia de la permuta.

Por lo expuesto, los dos primeros cargos no prosperan.

Tercer Cargo. — Se formula por “ser la sentencia violatoria del artículo 757 del C. C. de manera directa”.

La sustenta el censor diciendo que, como la disposición citada prohíbe al heredero disponer de un inmueble de la sucesión “sin preceder el decreto judicial de posesión efectiva y el registro, no solo de ese decreto sino de los títulos que confieren el dominio”, debió decretarse la nulidad absoluta que esa norma establecía, cumpliendo el mandato del artículo 2º de la ley 50 de 1936, y al no hacerlo así, se violó directamente el precepto primeramente citado.

La Corte considera:

Se viene de decir que el artículo 757 apuntado no sanciona con nulidad la enajenación de bienes raíces sucesorales que haga el heredero antes de obtener el decreto de posesión efectiva de la herencia, y que el respectivo contrato de disposición es válido; además se explicó debidamente que, como el contrato no es modo de adquirir el dominio sino mero título, la inscripción de la escritura contentiva del respectivo contrato, no transfiere al presunto adquirente el derecho de propiedad sobre la cosa que se le enajena por quien apenas tiene la calidad de heredero, mas no la de verdadero dueño de ella.

Como para hacer la tradición se requiere, a más de capacidad y consentimiento, que el tradente sea verus dominus, síguese que el heredero cuando apenas goza de la posesión legal que es la que se le define al mo-

mento de la muerte del causante, no puede trair el dominio de un inmueble sucesoral, pues aún no ha adquirido el derecho de propiedad sobre los inmuebles herenciales, sino el mero derecho real de herencia sobre la universalidad sucesoral.

No se ve, entonces, cómo el Tribunal hubiera infringido, por falta de aplicación del artículo 757, cuando, como se dejó visto, ese precepto no tiene el alcance que quiere darle el recurrente, ni el sentenciador podía aplicarlo en el sentido que le da la censura, puesto que no erige la nulidad alegada.

El cargo, por tanto, no prospera.

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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá el 17 de octubre de 1966 en el juicio ordinario en que, frente a Luis Antonio Cárdenas Ramírez, Juan Nepomuceno Garzón Méndez demandó la resolución de un contrato de permuta.

Las costas del recurso corren a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al que fue adscrito al territorio del Tribunal de origen, que fue suprimido.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

Está fuera del comercio, o sea que no puede ser objeto de convenciones privadas.
Desistimiento de la acción.

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

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 12 de agosto pasado, según acta número 67 de esa fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago el 29 de marzo de 1967 en el juicio de Ligia Ramírez v. de González frente a la sucesión de Pablo Villegas Botero.

El Litigio.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, Ligia Ramírez v. de González citó a juicio a Genoveva Guzmán de Villegas, en su condición de cónyuge supérstite y heredera testamentaria de Pablo Villegas B. y a Nelly Ramírez v. de Becerra para que, por los trámites de la vía ordinaria y con audiencia del Ministerio Público, se tomasen las siguientes determinaciones:

“a) Que el señor Pablo Villegas Botero, fallecido en esta ciudad al día 26 de abril de este año, fue padre natural de la señora Ligia Ramírez v. de González, nacida el 19 de abril de 1914 y bautizada en Cartago.

b) Que, de consiguiente, a la misma Ligia Ramírez v. de González le corresponden

los derechos que a los hijos naturales les reconoce la legislación vigente y que, en tal virtud, es heredera de su padre natural señor Pablo Villegas Botero, en proporción a su legítima efectiva, en concurrencia con la cónyuge supérstite señora Genoveva Guzmán v. de Villegas.

“c) Que consecucionalmente tiene derecho a que se le restituyan los bienes de su difunto padre natural señor Pablo Villegas B. en proporción a la cuota dicha, y de los cuales está en posesión exclusiva la demandada señora Genoveva Guzmán v. de Villegas.

“d) Que para tal objeto se decrete la reforma del testamento cerrado que otorgó el mismo Pablo Villegas Botero por escritura 1168 de 13 de septiembre de 1946 de la Notaría de este Circuito (hoy Notaría 1ª), que fue abierto ante ese Juzgado y protocolizadas luego las diligencias por escritura 808 de 29 de mayo de 1951 ante la Notaría Segunda de este Circuito, en el sentido de que la única heredera universal del citado Pablo Villegas Botero es la señora Ligia Ramírez v. de González.

“e) Que para que las declaraciones anteriores tengan cumplido efecto, la señora Genoveva Guzmán v. de Villegas, está en la obligación de restituir a la demandante Ligia Ramírez v. de González, tres días después de ejecutoriada (sic) la sentencia, la parte de los bienes sucesorales del señor Pablo Villegas B. que fueron inventariados, avaluados y adjudicados a ella en el juicio de sucesión del citado Villegas B. con sus aumentos y con los frutos civiles y naturales

precedentes de los mismos desde la fecha del fallecimiento del causante Villegas Botero hasta la entrega.

“f) Que para los fines consiguientes se ordena la inscripción de esta sentencia en los libros respectivos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito y en las que, además, haya lugar.

“g) Que se declare absolutamente nulo el juicio ordinario iniciado en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira (C) por los demandantes Nelly Ramírez v. de B. y Ligia Ramírez de G. contra Pablo Villegas B., juicio que versó sobre filiación natural.

“h) Que la señora Genoveva Guzmán v. de Villegas debe pagar las costas del juicio, si afronta la litis”.

Posteriormente la nombrada actora corrigió y adicionó la demanda original en los siguientes términos:

“Corrijo las peticiones contenidas en los ordinales d) y e) de la demanda principal en la siguiente forma:

“d) Que para tal objeto se decrete la reforma del testamento cerrado que otorgó el mismo Pablo Villegas Botero por escritura 1.169 de 13 de septiembre de 1945 de la Notaría de este Circuito (hoy Notaría Primera), que fue abierto en ese Juzgado y protocolizadas las diligencias por escritura 809 de 29 de mayo de 1951 ante la Notaría Segunda de este Circuito, en el sentido de que la señora Ligia Ramírez v. de González es heredera del citado Pablo Villegas B. en su condición de legitimaria por ser hija natural.

“e) Que para que las declaraciones anteriores tengan cumplido efecto, la señora Genoveva Guzmán v. de Villegas está en la obligación de restituir a la demandante Ligia Ramírez v. de González, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la parte que le corresponde de los bienes sucesorales del señor Pablo Villegas B. que fueron inventariados, avaluados y adjudicados a ella en el juicio de sucesión del cita-

do Villegas Botero hasta la entrega, a excepción del usufructo y la renta vitalicios establecidos en favor de Genoveva, Tulla y Mateo Villegas Botero que pertenecen a éstos.

“Subsidiariamente pido que en caso de que no se hicieren las declaraciones solicitadas en los ordinales a), b), c), f), g) y h) de la demanda principal y la de los ordinales d) y e) corregidas en el presente escrito, se declare que es absolutamente nulo el acto del desistimiento de la acción de filiación natural llevado a cabo por la señora Ligia Ramírez de González dentro del juicio ordinario promovido por ella y otra contra el señor Pablo Villegas B., la señora María Ester Ramírez y el señor Agente del Ministerio Público ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira (C), desistimiento que está contenido en escrito de 2 de noviembre de 1943 y que en tal virtud, el juicio debe continuar su curso, con cuyo objeto el juzgado Civil del Circuito de Pereira debe devolver el proceso al H. Tribunal de ese Distrito Judicial, el que debe continuar conociendo de él”.

Los hechos constitutivos de la causa pretendida pueden sintetizarse así: Pablo Villegas Botero inició relaciones sexuales públicas y notorias con María Ester Ramírez, con comunidad de habitación y lecho, desde varios años antes del nacimiento de Ligia Ramírez v. de González, el que tuvo lugar el 19 de abril de 1914; el nombrado Villegas trató a Ligia como hija suya, desde el nacimiento de la misma hasta mediados de 1940; proveyó a su subsistencia hasta que ésta contrajo matrimonio, la presentó a sus amigos con el carácter indicado, e inclusive la llevó a vivir al hogar que aquél había formado con su esposa legítima Genoveva Guzmán v. de Villegas; existen pruebas escritas antiguas, indubitables e inequívocas de las relaciones sexuales estables, públicas y notorias entre Pablo Villegas y María Ester Ramírez, como también reconocimiento de Ligia por parte de aquél como hija suya: todo el vecindario de la población de la Virginia, donde residió Villegas Botero durante varios años, y gran parte del vecindario de Cartago saben que Ligia es hija natural de aquél, y como tal la tuvie-

ron siempre innumerables personas de las que residieron entonces en los mencionados municipios; en el caso sub lite se cumplen los presupuestos señalados en los numerales 3º 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, según lo acreditan numerosos testimonios y documentos como el proceso adelantado en la inspección de Policía de la Virginia (Caldas) y en la prefectura provincial de Riosucio contra Pablo Villegas y María Ramírez, con motivo de las relaciones ilícitas existentes entre los mismos, proceso que culminó con sentencia condenatoria de segunda instancia, dictada por dicha prefectura el 14 de diciembre de 1914; Pablo Villegas otorgó testamento cerrado y en él instituyó como heredera universal a su esposa Genoveva de Villegas, con lo cual pretendió desheredar a su legitimaria Ligia Ramírez v. de González; en vida de Pablo Villegas, Ligia Ramírez de González promovió ante el juzgado Civil del Circuito de Pereira juicio ordinario contra aquél, enderezado a obtener la declaración de filiación natural respecto del mismo, juicio que se tramitó hasta encontrarse en el estado de recibir fallo de segunda instancia; tan favorable era la situación de la actora en ese juicio que el demandado optó por buscar el desistimiento del mismo, logrando que el esposo de su hija la obligara a presentar ese desistimiento, el que fue aceptado por el Tribunal de Pereira, no obstante lo cual el derecho de la actora no sufrió mengua, ya que su acción es de orden público y no puede ser desistida por prohibición terminante del artículo 14 de la ley 25 de 1928, aplicado por la Corte en diferentes fallos; como el referido acto equivale a una pretendida renuncia de la acción o a una transacción es nulo también frente a los artículos 15, 16, 2473, 1.502 1518, 1524, 1740, 1741 y 1523 del C. Civil, y 2º de la ley 50 de 1936; en el referido juicio de filiación el demandado Pablo Villegas actuó sin intervención de abogado titulado, con violación del inciso 2º del artículo 12 de la ley 45 de 1936, lo que vició de nulidad no solo su actuación, sino todo el proceso, y del propio vicio adolece la actuación de los actores en ese juicio, por cuanto su demanda fue presentada sin intervención de abogado titulado, sin que aquél se hubiera subsanado posteriormente, pues dicha de-

manda no fue ratificada, sino simplemente coadyuvada; de los bienes relictos de Pablo Villegas le corresponde a la actora la legítima efectiva de conformidad con la ley: en la mortuoria de Pablo Villegas fue reconocida como heredera única su cónyuge Genoveva Guzmán de Villegas, a quien le fueron adjudicados todos los bienes sucesorales, a excepción de varios legados que no alcanzan a cubrir la cuarta de libre disposición; el libelo relaciona los bienes inventariados en dicho juicio de sucesión; María Ester Ramírez quien también fue demandada en el juicio ordinario sobre filiación de que antes se hizo mención, dejó al fallecer como únicas causahabientes a la actora en el presente juicio y a Nelly Ramírez v. de Becerra.

De las demandadas solamente contestó el libelo Genoveva Guzmán v. de Villegas, quien se opuso a las súplicas de la actora y en general, negó los hechos en que estas se fundan.

El Juzgado del conocimiento, que pasó a serlo el 2º Civil Municipal de Cartago, finalizó la primera instancia mediante sentencia en la cual declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada y condenó en costas a la parte actora, la cual interpuso el respectivo recurso de apelación que fue decidido en fallo confirmatorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago.

La Motivación del Tribunal.

Relacionados la litis contestación y el desarrollo del proceso, y encontrando establecidos los presupuestos procesales, el Tribunal precede a fundar su pronunciamiento.

En primer término formula la siguiente consideración: "Sobre el particular la Sala observa que las acciones que han sido propuestas por la parte actora están condicionadas a la nulidad del juicio y a la subsidiaria de nulidad del desistimiento, evento este que las vincula y permite el trámite dentro de un mismo proceso, pues las acciones consecuentes en realidad no existen en el momento de la demanda y si en rigor debían ser propuestas después de estar en firme la sentencia que extingue la primera

acción, la economía procesal admite la acumulación mediante la simultánea presentación anticipada de tales acciones, máxime que en el caso presente el trámite a seguir es el ordinario para todas ellas”.

Refiriéndose a la sentencia apelada, verifica el fallo que el Juez del conocimiento declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada con fundamento en las copias traídas a este juicio del ordinario sobre filiación natural que adelantaron Ligia Ramírez de González y Nelly Ramírez de Berra contra Pablo Villegas B., fallado en primera instancia en forma desfavorable a las pretensiones de las actoras, quienes interpusieron recurso de apelación contra este pronunciamiento ante el Tribunal Superior de Pereira, dando así lugar a la tramitación de segundo grado del juicio hasta que, habiendo sido citadas las partes para sentencia, la actora María Ligia de González y el demandado Pablo Villegas presentaron desistimiento incondicional del juicio, admitido por dicho Tribunal, con orden de devolver el proceso al juzgado de origen para su archivo.

Dicho está que el fallo del primer grado en el presente juicio declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada. Para el efecto consideró el Juez, del conocimiento que el desistimiento de un juicio de filiación natural es válido y produce el efecto de dicha cosa juzgada, ya que tiene el valor de una sentencia adversa al demandante e impide la prosecución de otro juicio entre las mismas partes y por la misma vía procesal.

Al respecto observa el Tribunal que el desistimiento, en muchas ocasiones, proviene de un arreglo entre las partes sobre el tema litigioso, “de modo que es casi siempre la consecuencia de una transacción realizada entre ellas, la que produce los efectos de la cosa juzgada en última instancia”, y a vuelta de citar algunas jurisprudencias y opiniones de tratadistas, tocantes con el contrato de transacción, con el estado civil y con la vinculación de éste al orden público concluye: “Pero lo anterior no significa que no sea posible efectuar el desistimiento del

juicio o de la acción en donde tal filiación se discute, porque como ya lo expresó la Sala Civil en providencia de 28 de marzo de 1966... lo que se desiste es el juicio, ‘en ningún momento ese desistimiento implica un renunciamento al estado civil por cuanto precisamente a la declaración de ese estado se encaminaba la litis. Se deduce entonces que no se está renunciando al estado civil por cuanto no había sido declarado, sino únicamente al juicio dentro del cual se iba a controvertir dicho estado”.

Adelante agrega el fallo acusado: “La transacción que prohíbe la ley es la de un estado existente, declarado, la de una cualidad constitutiva de tal estado, no la de un mero derecho que se crea tener y que es precisamente materia del debate ante el poder Judicial. ‘La transacción —ha dicho la Corte— implica un acto de disposición, porque en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener’. Es decir, supone la existencia actual o futura de una desavenencia, de algo que es apenas materia de discusión ante el poder Judicial. Como en el proceso que se adelantó ante el Juzgado del Circuito de Pereira se estaba discutiendo una pretendida calidad de hijo natural, era viable el desistimiento porque en ningún momento éste implicaba una renuncia al estado civil, ya que, sea el caso de repetirlo, ese estado era el objeto de la litis. Se deduce entonces que no se estaba renunciando al estado civil por cuanto no había sido declarado, sino únicamente al juicio dentro del cual se iba a controvertir dicho estado. El Código Judicial mezcla en el desistimiento la renuncia a los actos del juicio o a este y la renuncia relativa o absoluta al derecho pretendido; la primera cuando produce efectos de cosa juzgada y la segunda si no solo impide nuevo juicio por la misma vía. En los juicios ordinarios el simple desistimiento del juicio conlleva una verdadera renuncia al derecho ante la imposibilidad de reclamar por un procedimiento distinto, y entonces se asimila a la cosa juzgada absoluta, pues de conformidad con el artículo 462 del C.J., esta forma excepcional de ponerle término al proceso, tiene el mismo valor que tendría la sentencia de fondo ad-

versa al demandante en ese proceso, y, por lo tanto, el de cosa juzgada cuando la ley no autoriza un juicio nuevo por vías distintas. Tan evidente es lo anterior que cuando el desistimiento es definitivo, como lo es el del caso de autos, puede oponerse como excepción dilatoria o perentoria, similar a la cosa juzgada contra la demanda que por la misma vía se inicie posteriormente”.

Las anteriores consideraciones llevan al sentenciador a esta conclusión: “Siendo capaces quienes suscribieron el desistimiento y dado que este produce el efecto de cosa juzgada adversa a las pretensiones del demandante, la Sala concluye que es legal la decisión tomada por el señor juez de primera instancia en el fallo que es materia de apelación que por esta razón debe confirmarse”.

Tal es la motivación del fallo acusado, en lo pertinente al recurso extraordinario interpuesto por la parte actora.

La Impugnación.

Fúndase en demanda que propone un solo cargo en el ámbito de la causal primera de casación, en su especie de la vía directa: por interpretación errónea de los artículos 461 del C. Judicial, 346 y 2469 del C. Civil; por violación directa o falta de aplicación de los artículos 15, 16, 1502, 1523, 1524, 1526, 1740, 1741, 1746 y 2473 del C. Civil, y 2º de la ley 50 de 1936, y por aplicación indebida de los artículos 343, 462, 473 y 475 de C. Judicial, y 401, 402 y 2483 del C. Civil.

Recuerda el censor que Ligia Ramírez v. de González demandante en este juicio, propuso anteriormente acción de filiación natural en vida de su presunto padre, Pablo Villegas Botero, habiendo demostrado plenamente entonces el concubinato notorio entre éste y María Ester Ramírez, en la época de la concepción de aquélla, y que dicho demandado, al ver perdido el pleito convenció a su hija Ligia, por intermedio de Roberto González, esposo de la misma, de la conveniencia de un arreglo que logró mediante el pago de la suma de \$ 5.000.00, a cambio de la cual se produjo el desistimiento de la referida acción de estado, cuando el juicio ya se encontraba en espera de

sentencia de segundo grado. A lo que se agrega que el fallo acusado reconoce tales hechos y acepta que el desistimiento de la acción fue el fruto de una transacción celebrada entre las partes, lo que sitúa el debate en el presente recurso en torno a la validez de ese desistimiento-transacción, acto que la parte actora tacha de nulo en su libelo, por considerar que éste constituyó una renuncia o un trato sobre el estado civil, al paso que el Tribunal lo juzga válido y dotado de la eficacia propia de la cosa juzgada, sustentando la tesis de que allí se pactó sobre una acción de filiación natural, y que lo que la ley prohíbe es el pacto sobre un estado ya definido, no sobre el que está pendiente de decisión judicial.

Con apoyo en la opinión de los civilistas franceses Mazeaud, dice el censor que “el estado de una persona es su situación jurídica, su estatuto jurídico”, y que determinar lo es precisar la situación de la misma frente al derecho, lo que presenta interés primordial en punto del *status familiae*, ya que en este sus derechos y obligaciones se fijan a través del parentesco (estado de padre, de hijo, etc.). Entonces, así como una persona puede, en principio, disponer de todos sus bienes: venderlos, donarlos, cambiarlos, alquilarlos o adquirir otros, no puede, por el contrario, disponer de su estado que es un reflejo de la personalidad y no puede ser separado de esta. “Cualquier convención por la cual quisiéramos disponer de nuestro estado o adquirir un estado nuevo sería, pues, nula. De la misma manera, no se puede renunciar por anticipado a hacer valer el estado: un hijo natural no podría renunciar por anticipado a hacer valer su estado; no podría renunciar a deducir contra su padre su filiación: esta renuncia sería nula. Y también de allí resulta que toda transacción sobre el estado está prohibida; transigir es renunciar el derecho de acudir a los Tribunales y al mismo tiempo, abandonar una parte de los derechos; transigir, es, pues, disponer; de ahí que no se pueda transigir sobre el estado”.

Comentando la argumentación del Tribunal, insiste el recurso en que este entiende que el estado civil para que sea tal y se le pueda considerar como adquirido sin po-

sibilidad de disposición, transacción o renuncia, tiene que estar ya definido; porque si apenas está en juicio, si no ha recibido el respaldo de una renuncia firme, bien se puede contratar sobre la acción que es algo distinto del estado civil en sí mismo, idea esta que la censura refuta con el argumento de que, a términos del artículo 1º de la ley 45 de 1936, la definición del estado de hijo natural se logra respecto del padre por reconocimiento o por sentencia judicial. "Entonces, no es concebible la separación de la calidad del individuo del poder que la ley le otorga para determinarlo, cuando no nace con ella cierta y definida pues la acción de filiación natural es inherente al estado de hijo natural".

"Distinguir entre el estado civil y la acción encaminada a definirlo, simplemente para decir que el comercio del estado es nulo, pero el comercio de la acción de filiación es lícito, constituye una interpretación errónea del artículo 346 del C. C., que define el estado civil y, de paso, también de los artículos 2469 del C. C. y 461 del C. J. que definen en su orden lo que es transacción y desistimiento; porque lo que la ley prohíbe es que se negocie con su nombre, su parentesco, su origen, en fin, con su estado civil, que en unos casos será cierto porque ya se definió, y en otros se halla en posibilidad de definirse en juicio..."

Con cita de algunos fallos de la Corte sobre la naturaleza de la transacción, se dice que aquellos declaran que en esta "se dispone de algo a cambio de algo; se renuncia a algo para conseguir otro bien, y, por lo tanto, cuando se transige sobre la acción de estado civil, sobre el derecho a ser declarado hijo natural de alguien, que puede ser el padre, se está enajenando un derecho personal intransmisible y no negociable... El desistimiento consiste en prescindir de una acción o de un recurso intentados como acto del litigante, y puede originarse en causas de distinto orden. Desistir es tanto como declarar que se renuncia a la acción o al recurso; pero en el caso de desistimiento que proviene de un pacto entre los litigantes, el pleito termina realmente por la tramitación habida, y el desestimiento no es más que la forma o manera de cumplir

el compromiso pactado... Sostener que la acción de paternidad natural se puede renunciar por anticipado o desistirse con el pleito en que se discute, por transacción, es producto de interpretación equivocada de las normas que definen el estado civil, la transacción y el desistimiento".

En cuanto a la impugnación del fallo acusado por falta de aplicación de la ley sustancial, destaca el recurso la vinculación del estado civil al orden público, determinante de una regulación estricta que incluye la prohibición de su comercio y del de los medios para establecerlo. El artículo 15 del C. Civil permite la renuncia de los derechos que solo interesen al renunciante; el artículo 16 *ibidem* proscribire los convenios enderezados a derogar las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres; el artículo 2473 *ibidem* expresa que "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas": el artículo 2469 *ibidem* define la transacción como "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual", definición que implica concesiones mutuas y contraprestaciones, porque la sola renuncia no es transacción, según lo dispone el artículo 2469 *ibidem*. "Es natural que cuando se prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas lo que se está prohibiendo es que las partes concluyan un contrato, cualquiera que él sea, a través del cual termina la cuestión debatida sobre estado civil que, por supuesto, estando en juicio, no es algo absoluto y definido, sino controvertido o controvertible, cuya situación final solo se sabrá con el fallo". Por lo tanto, al dictaminar el sentenciador que cuando se transige un juicio de filiación natural no se negocia sobre el estado civil, porque este todavía no se ha definido, sino únicamente sobre el juicio o la acción que en este se ventile, dicho sentenciador incurrió en falta de aplicación de los textos legales últimamente citados.

Por las mismas razones se habrían dejado de aplicar, debiendo serlo, los artículos 1502, 1503, 1529, 1526, 1740, 1741 y 1746 del C. Civil y el 2º de la ley 50 de 1936, en cuanto estos disponen, en su orden, que para que

una persona se obligue válidamente para con otra, es necesario que su declaración recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita; que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; que se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres y al orden público; que los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad ;que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto mismo; que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita... es absoluta; que la nulidad... da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato... y puede alegarse por todo el que tenga interés en ello.

Entonces, habiéndose iniciado el presente juicio con una solicitud básica, la de remover el obstáculo que se opone al esclarecimiento del estado civil de la actora, o sea el desistimiento del pleito que esta intentó contra su padre, en vida del mismo, a causa de una transacción entre ellos por la suma de \$ 5.000.00, plenamente confesada por dicho presunto padre y reconocida por el Tribunal sentenciador, aquel desistimiento y esta transacción, por versar sobre un juicio de estado, serían ellos por ilicitud en el objeto y en la causa.

En fin, el Tribunal también habría empleado indebidamente el artículo 243 del C. Judicial, al declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada, sobre la base de que el desistimiento de la actora de su referido juicio de filiación, le puso fin a este y el 473 *ibidem*, así como el 2483 del C. Civil, al atribuirsele fuerza de cosa juzgada a la transacción y al desistimiento: y los artículos 401 y 402 del Código últimamente citado, al dar a entender que esa cosa juzgada, producida entre legítimos contradictores, tiene efectos universales.

Consideraciones de la Corte:

I. - Define el artículo 346 del C. Civil: "El estado civil es la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones". Resuena así en este texto legal la identificación entre la capacidad jurídica y el estado civil que recuerda la discriminación frente al derecho que antiguamente se establecía entre los seres humanos, según se les reconociera o se les negara esa capacidad o aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en determinado sistema positivo.

El derecho moderno, por el contrario, les reconoce personalidad jurídica a "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición" (C. C. art. 74), y, por extensión, a ciertos entes morales, como las asociaciones, las sociedades y las fundaciones, de donde resulta que la aludida capacidad jurídica ha pasado a convertirse en un atributo o pasaporte común de todas las personas y, por ende, no determinante del status particular de cada una de ellas. Así, este estado, en un sentido lato, solo vino a comprender ya la posición del individuo frente al Estado (*status civitatis*) y frente a la familia (*status familiae*), y de la cual derivan ciertos derechos y obligaciones. Por ejemplo, la nacionalidad y la ciudadanía otorgan derechos e imponen obligaciones de índole política, como la aptitud para elegir y ser elegido o para ocupar ciertos cargos públicos, y el parentesco genera otros derechos y obligaciones interfamiliares, como la vocación legal hereditaria, las potestades patria y marital, las obligaciones alimentarias.

Más aún, la moderna tendencia legislativa universal es la de suprimir la independencia que antaño existiera entre los derechos políticos y los privados, de modo tal que los primeros se reserven a los nacionales (Const. art. 11), al paso que los segundos se reconocen, por igual, a nacionales y extranjeros (*ibidem*). De esta suerte el *status civitatis* ha perdido relevancia en el campo del derecho privado y, por lo tanto,

en este el estado civil ha quedado circunscrito prácticamente y en sentido estricto, a la situación particular de cada individuo dentro de determinado núcleo familiar status familiae).

II. - Precizando así el concepto del estado civil, en su acepción lata comprensiva del estado político y del familiar, y en su sentido estricto que lo reduce a este último, es evidente la vinculación íntima que existe entre dicho estado y el orden público, pues es de incuestionable interés general la definición de la calidad de los súbditos del Estado, en cuanto los habilita para ejercer derechos políticos y les impone obligaciones de la misma índole, como también la determinación del lugar que cada individuo ocupa frente a su familia y del que dependen sus relaciones con los miembros de la misma, las que se juzgan vitales para la conservación de esta célula primaria de la sociedad.

III. - Corolarios obligados de la aludida incidencia del estado civil de las personas en el orden público o social son: la imperatividad de las leyes que establecen el régimen de aquél y la drástica restricción de la autonomía de la voluntad privada en este campo. En efecto: por la razón indicada, el legislador se ocupa en señalar pormenorizadamente los factores determinantes de dicho estado y su régimen, y a los particulares solamente se les permite la ingerencia indispensable para la constitución del mismo, como en la celebración del matrimonio, en el reconocimiento o la legitimación de los hijos extraconyugales; y la realización de otros contados actos jurídicos de contenido patrimonial o predominante patrimonial, y que se considera que no son atentatorios de los dictados del interés general que impregnan el régimen legal del estado civil, como la celebración de capitulaciones matrimoniales, el arreglo extrajudicial de las pensiones alimenticias, la disposición de derechos hereditarios ya adquiridos. Con otras palabras: el principio general que campea en el ámbito del derecho patrimonial y, según el cual, "a los particulares les está permitido todo lo que no les está prohibido", en punto del estado civil y de su régimen legal, la ingerencia de la voluntad

privada se gobierna por el principio contrario: a ella le está vedado todo lo que no le está expresamente autorizado.

IV. - Lo últimamente dicho significa que respecto del estado civil de las personas y a sus efectos legales son de aplicación general los artículos 15 y 16 del C. Civil. El primero, en cuanto excluye la renuncia de dicho estado y de casi la totalidad de los derechos que de él derivan, porque uno y otro no miran exclusivamente al interés del renunciante, sino también al de la familia y al de la sociedad. Y el segundo, en cuanto prohíbe expresamente los actos jurídicos que pretendan derogar las leyes en que estén interesados el orden público y las buenas costumbres, como lo son, se insiste, las que determinan el estado civil de las personas y su régimen; o sea que, por virtud de este precepto, salvo las excepciones expresas y relativas a ciertos derechos de índole patrimonial, dicho estado y sus efectos legales quedan excluidos del comercio jurídico. Tal ha sido declarado reiteradamente por doctrina y jurisprudencia. Así, en fallo del 1º de marzo de 1928, dijo la Corte: "El estado civil de las personas está fuera del comercio; no se compra ni se vende la sangre ni la filiación, y por lo mismo no puede ser objeto de acto jurídico alguno que implique el comercio en el sentido legal de esta palabra. Nadie puede transigir sobre su estado; la transacción supone una renuncia, y no se concibe que un hijo renuncie a su estado; esto equivaldría a renunciar a su sangre; abdicar de lazos que la naturaleza ha formado; sería regular por medio de convenciones particulares una materia que es de orden público o de interés general, lo cual no permite la ley". (XXXV, 200).

V. - Ahora bien: el estado civil, tal como ha quedado descrito en sus lineamientos generales, puede encontrarse en una de dos situaciones: declarado o latente. Lo primero, si ya está legalmente definido, o sea si el sujeto de quien se predica tiene ya la posesión legal del mismo; lo segundo si aún habiéndose producido los hechos generadores del estado y hallándose su titular en el goce de hecho del mismo, todavía no ha sido declarado, como sucesor en el caso del hijo extraconyu-

gal de cierto padre, quien legalmente tiene ese carácter de hijo por el hecho mismo de la concepción y puede estar gozando de la posesión notoria respectiva, pero todavía no ha sido reconocido voluntariamente por dicho presunto padre ni ha sido declarado judicialmente como hijo del mismo, eventos estos que determinan que el referido estado civil puede tornarse de latente en declarado.

VI - Lo últimamente dicho no significa, empero, que el estado civil declarado o definido sea inmutable, ni que el que está en latencia haya de consolidarse ineluctablemente. El primero varía a medida que se ofrecen en el decurso de la vida del individuo los hechos previstos por la ley para la modificación de dicho estado, tales como el matrimonio, la paternidad, la muerte del cónyuge, etc. Y, además, pese a que ya se encuentre plenamente declarado ante la ley, esta declaración no es irreversible, porque puede ser desvirtuada en ciertas circunstancias, como cuando la nulidad del matrimonio suprime la condición de cónyuges, o como cuando prosperan las acciones judiciales enderezadas a impugnar la paternidad o maternidad presuntas. Y el estado civil latente puede permanecer indefinidamente en esta situación y nunca llegar a determinarse legalmente, como cuando el hijo extraconyugal de cierto padre no obtiene el reconocimiento voluntario de éste, ni ejercita la acción que la ley le otorga para lograr declaración judicial de su estado de hijo natural, o descuida el juicio en que dicha acción se ventile.

VII - Llegase así al terreno de las acciones de estado que, según se acaba de enunciar, son aquellas que se otorgan a los interesados para impugnar un estado civil ilegítimamente declarado o para alcanzar la declaración legal del que se encuentra en latencia. Tales acciones son de índole sustancial pues que se confunden, respectivamente, con el derecho del interesado para liberarse de las obligaciones que le impone un estado que realmente no le corresponde, o para adquirir los derechos inherentes al que injustamente no se le ha querido reconocer en forma voluntaria. "Derechos en ejercicio" son, pues estos medios otorgados

por la ley para el logro de los precitados fines. De donde se concluye que las acciones de estado, al igual que este mismo, están excluidas del comercio jurídico, ya que repugna a los dictados de la moral que las personas negocien con su situación familiar, tanto cuando ésta ya se encuentra definitivamente declarada, como cuando está en vía de realización mediante el ejercicio de los medios legales otorgados para el efecto.

Pero, en lo que concierne a estas acciones de estado, su régimen ya no es tan absoluto hasta el extremo de que la ley les imponga a sus titulares la obligación de ejercitarlas o que, en gracia del interés general, establezca la subrogación en ellas por los órganos estatales, cual si se tratase de acciones públicas. El principio general en el ámbito del derecho privado es el de que la tutela de los derechos individuales y de las acciones que los hacen valer en justicia está confiada a sus titulares, a lo menos cuando éstos gozan de capacidad legal. Las acciones de estado obedecen al referido principio: salvo en los casos en que la ley, con miras a la protección debida a los menores, en razón de su incapacidad legal, impone la intervención oficiosa de los Jueces y del Ministerio Público (ley 75 de 1968), la tutela de dichas acciones queda confiada a sus titulares y a la actividad e iniciativa que éstos desarrollen en su ejercicio. Así, bien puede ocurrir que quien tenga una acción impugnatoria o de reclamación de estado no haga uso de ella, o que habiéndola propuesto en su oportunidad abandone el juicio o no acredite en él los presupuestos de la misma, o aún que expresamente desista de ella. En tales eventos, el estado impugnable se consolida definitivamente y el latente no se realiza, quizás con perjuicio del particular interesado, más no así del orden social, porque este solamente reclama que todas las personas tengan un estado civil, pero no les impone el cambio de este por otro que pudiera estar más ajustado a la realidad. Si el estado declarado es impugnable y el interesado no lo impugna, la acción respectiva caduca en términos perentorios y dicho estado se consolida, con lo cual se satisface el referido interés social, y si el estado latente no se realiza por omi-

sión voluntaria del titular de la acción pertinente, éste continúa ostentando ante la sociedad el estado que no quiso cambiar.

VIII. - Estas consideraciones atinentes a la coordinación entre los dictados del orden público en punto del estado civil y la tutela particular de las acciones tendientes a su definición o a su modificación permiten deducir las siguientes conclusiones: el estado civil declarado y consolidado frente a la ley, o sea el que ya es inmodificable por no existir acción alguna para este efecto, constituye una situación adquirida que escapa a la voluntad privada; y, por el contrario, las acciones reconocidas por la ley para obtener la declaración definitiva de cierto estado civil, bien sea impugnado el aparente o reclamado el que todavía no se encuentra declarado, si dependen de dicha voluntad, en cuanto a ésta confía la ley la tutela y el ejercicio de las referidas acciones. Entonces, se repite, si los titulares de ellas no las usan, o cuando habiéndolas propuesto las abandonan, determinando así un fallo judicial desestimatorio una vez amparado este con el sello de la cosa juzgada, precluye la facultad de volverlas a instaurar inter partes. Y lo propio ocurre cuando se desiste del juicio en que la acción se ventila, acto jurídico este que equivale a impetrar la desestimación de dicha acción con el mismo efecto preclusivo de la cosa juzgada, desde luego sin perjuicio de la reserva expresa de la acción declarada unánimemente por las partes en el mismo acto del desistimiento (C. J. art. 462).

IX. - Ya quedó anteriormente dicho que el estado civil de las personas está fuera del comercio, o sea que no puede ser objeto de convenciones privadas, porque a la moral repugna la negociación sobre calidades o derechos que comprometan a la familia, célula primaria de la sociedad, y que a esta conclusión han llegado la doctrina y la jurisprudencia por aplicación del principio general consagrado por el artículo 16 del C. Civil, corroborado por el 2473 que prescribe: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas".

Ahora bien, importa declarar que precisamente este último texto legal es el que

establece la in comerciabilidad de las acciones de estado, sometiénolas así al régimen de este mismo. "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (art. 2469 *ibídem*). Infiérese de esta definición legal que el referido contrato, por su esencia, ha de tener un objeto susceptible de litigio en curso o previsible, pues si versa sobre derechos ciertos o incontrovertibles, degenera en un negocio distinto. "Es jurisprudencia admitida con fundamento en el carácter de la transacción que esta no puede referirse sino a cuestiones controvertidas y dudosas; y por consiguiente, la enajenación o traspaso de un derecho cierto puede ser materia de contratos de venta o de donación, más no de una transacción". (Cas. 28 de marzo de 1931, XXXVI, 302).

Entonces, es claro que el estado civil declarado y ya consolidado definitivamente porque no existe acción legal para su impugnación, no puede constituir objeto de transacción, no solamente porque dicho estado está fuera del comercio, sino también porque, encontrándose en tales condiciones, es incompatible con la esencia misma del mencionado contrato típico. Así el estado de hijo legítimo, una vez caducada la acción impugnatoria o fracasada esta en juicio, o el estado de hijo natural declarado por sentencia firme, ya no puede entrar en transacción, y en caso de que se pretenda hacerlo, trataríase en realidad de otro negocio diferente de disposición del estado que caería bajo la prohibición general del artículo 16 del C. Civil y disposiciones concordantes. Luego, es entonces igualmente claro que la concreta prohibición del artículo 2473 *ibídem* se refiere precisamente a las transacciones que versen sobre el estado civil impugnabile o reclamabile o, dicho con mayor propiedad, sobre las respectivas acciones de impugnación o de reclamación. Así, lesionan la referida prohibición legal de transigir el padre o la madre y el hijo, cuando a cambio de una contraprestación cualquiera, renuncian a sus acciones para impugnar ese estado, declarado pero controvertible, o a las acciones conducentes a que se declare el que todavía está en latencia, o

cuando aquellos se comprometen a desistir de tales acciones después de instauradas. Semejante transacción tiene objeto ilícito (art. 1523); el desistimiento a que ella dé lugar adolece de causa ilícita (art. 1524); uno y otro están condenados a la nulidad absoluta (art. 1741); y esta puede ser alegada en acción o excepción, por el Ministerio Público o por cualquier interesado, y hasta debe ser declarada de oficio por el Juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (L. 50 de 1936, art. 2).

X - Visto está que el fallo acusado subordina la procedencia de las demás súplicas de la demanda a la acción principal de nulidad del juicio de filiación natural que adelantaron Ligia Ramírez de González y otra contra Pablo Villegas Botero y María Ester Ramírez, o a la acción subsidiaria de nulidad del desistimiento de dicho juicio por parte de la nombrada actora.

Ahora bien dicho fallo, al confirmar el pronunciamiento desestimatorio del Juez a quo, no se detiene en el examen/ de la primera de las precitadas acciones, quizás por no encontrar fundadas las razones de la pretendida nulidad de aquel juicio de filiación y la pertinencia de su alegación en otro proceso distinto, como lo es el presente. Además, es de observar que este punto no es materia del recurso.

XI. - Toda la motivación del Tribunal gira en torno a la nulidad del desistimiento que dio por terminado el referido juicio. A este respecto importa verificar los siguientes hechos de que informan los autos: a) que el 7 de noviembre de 1940 Ligia Ramírez de González y Nelly Ramírez v. de Becerra instauraron en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira juicio ordinario contra Pablo Villegas Botero y María Ester Ramírez, en orden a obtener la declaración de que los demandados eran los padres de las actoras, con las obligaciones inherentes a este parentesco (C. 3 fl. 3 y ss.); b) que la primera instancia de ese juicio culminó con fallo estimatorio de la acción de maternidad y desestimatorio de la de paternidad (ibídem, fls. 15 y ss.); c) que la parte actora apeló de este pronunciamiento para ante el Tri-

bunal Superior de Pereira (ibídem fl. 21); d) que Nelly Ramírez v. de Becerra desistió de este recurso (ibídem fl. 25); e) que, citadas las partes para sentencia de segundo grado, el 9 de noviembre de 1943 la actora Ligia Ramírez de González, coadyuvada por su apoderado y por el demandado Pablo Villegas, desistió de la acción ventilada en el juicio en los siguientes términos: "He venido adelantando contra el señor Pablo Villegas y contra la señora María Ester Ramírez un juicio ordinario, a fin de que se declarara la paternidad natural del primeramente nombrado y la maternidad natural de la segunda en relación conmigo. Como he llegado al convencimiento de que ningún derecho tengo para reclamar del señor Villegas B. citado, en cuanto hace relación al pretendido estado civil de que he hablado, por medio del presente escrito declaro ante el H. Tribunal que desisto incondicionalmente de la acción intentada contra el citado señor Villegas B. Usted se dignará hacer que el Tribunal declare el desistimiento dicho y ordenará que el expediente sea devuelto para su archivamiento al Juzgado de origen". (ibídem f. 53); f) que este desistimiento fue admitido por el Tribunal el día 12 de los mismos mes y año (ibídem fl. 54); y g) que en posiciones absueltas por Pablo Villegas el 17 de noviembre de 1948 ante el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, a solicitud del doctor Jesús María Murgueitio se encuentran las siguientes declaraciones del absolvente: "Diga si es cierto o no, que desde el año de 1943 hasta mediados de julio del presente año, época esta última en que hube de trasladarme a la ciudad de Cali, presté a usted, con diligencia y competencia, mis servicios profesionales de abogado, sin que hasta el momento se hayan liquidado las cuentas o valores de mis servicios," Contestó: "Es cierto el contenido de la pregunta y aclaro: me prestó servicios muy mal prestados; el primer negocio que me llevó el Dr. Murgueitio fue uno en Pereira, en el cual tuve que dar cinco mil pesos en el juicio que me instauró Ligia Ramírez". "Diga si es o no cierto que lo representé a usted como apoderado especial en el juicio ordinario que sobre liquidación o distribución de una sociedad de hecho le propuso, en el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, María Ramírez, juicio

en el cual se obtuvo completo éxito y que, en virtud de mis gestiones, fue desistido por la Ramírez?" Contestó: "No es cierto, y explico: el juicio de la Ramírez era el mismo juicio de la hija de ésta de nombre Ligia Ramírez, el cual, después de él manifestarme 99 probabilidades de éxito, se reunió con ellas y el abogado Angel Ramírez, de Pereira, e hicieron entre ellos un arreglo en que yo pagara la suma de \$ 5.000.00, los cuales fueron enviados por mí en un cheque a su favor". "Diga si es o no cierto que lo representé a usted, en la segunda instancia que se tramitaba en el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario que sobre filiación natural le tenían propuesto ante el Juzgado Civil del Circuito citado, Ligia y Nelly Ramírez, hijas de María Ramírez, y si es o no cierto que, en virtud de mis gestiones y alegatos, ese juicio fue desistido por las actoras, a quienes representaba el doctor Guillermo Angel Ramírez y en las condiciones favorables para usted que usted mismo conoce, "Contestó: "Es cierto que las señoritas desistieron por insinuaciones de él y del Dr. Angel Ramírez, en arreglo que ellos hicieron sin mi presencia por lo cual se me exigió la suma de cinco mil pesos que ya he dicho en otras ocasiones que fueron enviados por mí en un cheque".

XII. - Tiénese, pues, que están plenamente acreditados en los autos: la existencia del juicio de filiación natural que instauró Ligia Ramírez de González contra Pablo Villegas, el desistimiento de la acción que hiciera la Ramírez y que la causa de este acto fue "un arreglo" entre las nombradas partes, en el cual la contraprestación a cargo del demandado Villegas consistió en el pago de una suma de dinero, estructurándose así un contrato de transacción sobre el estado civil que se ventilaba en ese juicio. Como lo nota el censor, estos hechos y sus pruebas en los actos no fueron ignorados por el Tribunal sentenciador, quien a ellos se refiere expresamente, sino que la razón de su pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad de dicho desistimiento, incoada en el presente proceso, obedeció a la creencia desafortunada y que ya fue objeto de rectificación en este fallo acerca de que la incoercibilidad del estado civil de las personas y, en especial, la prohibición legal de

transigir sobre el mismo, solamente se ofrecen cuando dicho estado está plenamente declarado y es inexpugnable, más no así cuando se encuentra en estado de latencia y es materia de un proceso destinado a su establecimiento. Ciertamente es que el desistimiento de una acción que se ventila en juicio es distinto del contrato de transacción que pueda determinar, pero ante tales actos existe una vinculación causal que no se puede perder de vista, en forma tal que si la transacción es inválida, este vicio también afecta el desistimiento. "La petición que hace el demandante para que se declare terminado por transacción el juicio que se inició, es cosa muy distinta del desistimiento del pleito; si la transacción no es válida, de nada serviría el auto que declarara terminado el juicio por transacción" (Cas. 1º diciembre 1923, XXX, 221). Tal fue lo ocurrido en el juicio de filiación natural de Ligia Ramírez de González contra Pablo Villegas, desistido por aquella en ejercicio de la obligación que contrajo con éste en virtud de una transacción prohibida por la ley, de donde se concluye que tal obligación y el acto de cumplimiento de la misma estaban viciados de causa ilícita, según expresa declaración del artículo 1524 del C. Civil, en concordancia con el 2473 íbidem; y, por ello, condenados a la nulidad absoluta por el artículo 1741 íbidem, con el efecto restitutorio de las partes al mismo estado en que se hallarían si no hubiesen existido los actos viciados, conforme al artículo 1746 íbidem. Lo dicho es suficiente para la prosperidad del recurso, en cuanto este denuncia falta de aplicación por el sentenciador de los textos legales así relacionados, como también aplicación indebida del artículo 462 del C. J., en concordancia con los 473 y 475 íbidem, aplicación que conlleva la atribución de la fuerza de la cosa juzgada a un acto de desistimiento absolutamente nulo e impugnado por ello en el presente juicio.

La sentencia sustitutiva.

I. - Al proceder la Corte al reemplazo del fallo de segunda instancia por haber prosperado la impugnación contra el mismo, en primer término y por las razones expuestas en el despacho del recurso extraordinario

ha de revocar el pronunciamiento del Juez a quo en orden a declarar la nulidad por causa ilícita del desistimiento que presentó Ligia Ramírez de González en el juicio de filiación natural que adelantó contra Pablo Villegas y que le fue admitido por el Tribunal *ad quem*, y a ordenar, consecuentemente, que dicho juicio vuelva al estado en que se encontraba al tiempo de presentarse ese desistimiento, y que siga su curso normal, como si tal acto no hubiese ocurrido.

II. - Ahora bien, como las precitadas determinaciones de la Corte conllevan la revivificación del juicio a que se refieren, en el cual se ventila precisamente la acción de filiación natural también incoada en el pedimento a) de la demanda que dio lugar al presente proceso, es del caso pronunciar decisión inhibitoria respecto de dicha acción, por ser ella objeto de otro pleito pendiente y configurarse así esta excepción.

III. - Decisión de la misma índole inhibitoria han de recibir las súplicas acumuladas de modo sucesivo y consecuential a la aludida acción de filiación, distinguidas en el libelo con los literales b), c) d) y e) y concernientes a derechos hereditarios de la actora en la mortuoria de su presunto padre, a la reforma del testamento de éste y a la restitución de bienes sucesorales por la heredera testamentaria del mismo.

IV. - En fin, la súplica de que trata el literal g) de la demanda, enderezada a la declaración de nulidad del juicio de filiación natural de la actora y otra contra Pablo Villegas y otra, debe ser desestimada, porque la Corte no encuentra acreditada en los autos causal alguna determinante de esa pretendida nulidad, como tampoco la procedencia de su alegación en el presente proceso.

Resolución.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casa-

ción Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha 29 de marzo de 1967 proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio de Pablo Villegas Botero, y en su lugar,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia dictada en este juicio el 28 de mayo de 1960 por el Juzgado 2º Civil Municipal de Cartago.

2º Declárase absolutamente nulo el desistimiento de la acción de filiación natural presentado por Ligia Ramírez de González en el juicio ordinario instaurado por ella y otra contra Pablo Villegas y María Ester Ramírez en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, y, en consecuencia, se ordena que dicho juicio continúe su curso, para cuyo efecto el Juzgado del conocimiento del mismo devolverá los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

3º Niégase la declaración de nulidad del juicio relacionado en el punto anterior.

4º Inhíbese la Corte para dictar fallo de mérito respecto de las restantes súplicas de la demanda.

5º Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del H. Magistrado Germán Giraldo Zuluaga.

Bogotá, D. E., septiembre cuatro de mil novecientos setenta.

Adherí íntegramente a lo expuesto en la parte resolutive del fallo, mas disentí de lo expuesto bajo los números VII y VIII de la parte motiva únicamente en cuanto allí se afirma que el demandante puede desistir del juicio en que se ventila una de las llamadas acciones de reclamación de estado civil.

Las razones de mi inconformidad pueden resumirse así:

I. - Son distintos los derechos patrimoniales derivados del estado civil y el mismo estado; aquellos son enajenables, prescriptibles, renunciables, transigibles y se puede renunciar consecuentemente del juicio en que se reclaman; el estado civil mismo, empero, por su naturaleza que tiene implicaciones en el orden público, no es enajenable, ni prescriptible, ni renunciable, ni transigible, ni consecuentemente, como es mi parecer, puede desistirse del juicio en que se ventila una de las llamadas acciones de reclamación de ese estado civil.

II. - Las llamadas acciones de impugnación de estado, entre las que se cuentan la de disputa de la maternidad y la de impugnación de la legitimidad del hijo, es necesario distinguirlas de las llamadas acciones de reclamación de estado civil (artículo 406 del C. Civil). Aquellas por su misma índole, como que están encaminadas a descerrar el velo tras el que se esconde un falso estado civil cuya apariencia surge de presunciones simplemente legales o de hechos de equi-

voca interpretación, miran más al interés particular de quienes soportan la presunción de legitimidad, que son el padre legítimo presunto o la madre presunta y su legítimo marido. En cambio, las acciones de reclamación de estado, imprescriptibles como expresamente lo dispone el concepto antes apuntado, miran más al interés general, y por su índole son también incesibles, inenajenables, irrenunciables e intransigibles.

III. - Estas acciones de reclamación del estado civil permiten alcanzar el estado que no se tiene y tocan o están ligadas al interés público, como dejóse visto bajo el número IV de la sentencia a que me refiero. Allí mismo se sostuvo que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil, no se puede transigir sobre el estado civil, pues ello entraña una renuncia y no se concibe la renuncia de él, pues ello sería tanto como permitir que, por convenciones particulares, se regule una materia que es de orden público y de interés general.

IV. - En verdad, no existe norma expresa que diga que de las acciones de reclamación de estado no se pueda desistir. El capítulo VIII del título XII del libro 2º del C. Judicial que regula lo atinente al desistimiento, no establece excepciones a la facultad para desistir por razón de la naturaleza del juicio, o de las pretensiones en él reclamadas, sino por la calidad de las partes (art. 465). Establece del mismo modo, que, cuando el desistimiento de la demanda se presenta únicamente por el demandante, produce, sin excepción, el efecto de "reponer

las cosas al estado que tenían antes de ser intentada; y no se puede proponer nuevamente por la misma parte y en la misma vía". Solamente cuando el desistimiento del juicio se presenta por demandante y demandado, pueden conjuntamente limitar los efectos naturales de aquel, conviniendo la terminación del juicio, mas dejando al demandante el derecho a intentar nuevamente la pretensión que se reclamaba en el juicio desistido.

V. - En otras legislaciones es permitido el desistimiento del juicio en que se ventila la reclamación de estado civil, por la muy clara razón de que, en ellas, el desistimiento termina ese juicio, mas el desistente puede, en cualquier momento, tornar a iniciarlo nuevamente, reclamando la misma pretensión y apoyado en el mismo derecho material. En esas legislaciones el desistimiento del juicio no entraña el desistimiento de la pretensión intentada ni del derecho material alegado como su soporte. Ello explica, entonces, el principio de la bilateralidad imperante allí, que perentoriamente exige que el desistimiento sea propuesto siempre y en forma conjunta, por demandante y demandado.

VI. - En cambio, el sistema colombiano permite al demandante solo, aún contra el querer del demandado, desistir de la demanda, con los siguientes efectos, como fluye de lo dispuesto en el artículo 462 del C. Judicial:

1º) El desistente no podrá volver a proponer el mismo juicio, excepto cuando la misma pretensión pueda intentarse por otra vía, evento en el cual sí le es permitido iniciarlo nuevamente, mas utilizando vía procesal distinta a la que fue empleada en el juicio desistido.

2º) El desistimiento entraña renuncia de la pretensión propuesta y también del derecho material en las circunstancias antes anotadas, pues quien desistió de la demanda, renuncia al derecho de volver a intentar el mismo juicio.

3º) El demandado, si se le propone nuevamente el juicio por la misma vía, puede oponer la excepción de cosa juzgada.

4º) Los anteriores efectos del desistimiento pueden modificarse por convenio de las partes expresado en el escrito en que aquel se propone. De esta manera puede estipularse que el demandante queda con el derecho de tornar a iniciar el mismo juicio y por la misma vía. Mas, si como ya se dijo, el desistimiento es presentado únicamente por el demandante, se le cierra toda posibilidad procesal de intentar nuevamente el mismo juicio por la misma vía, pues no sería justo someter al demandado, cada que lo desea el desistente, a afrontar sucesivamente la cadena de procesos que éste quisiera promover fundado en la misma causa.

VII. - Como en Colombia las tesis de la bilateralidad no es la regla general del desistimiento, es claro que cuando se desiste de la demanda, termina el proceso y la pretensión no puede volver a intentarse con eficacia, pues el derecho material que la alimenta se extingue, en virtud del efecto de no poderse iniciar un nuevo proceso cuyo contenido sea la misma relación jurídica sustancial, ya que aquel desistimiento entraña renuncia del derecho material, que equivale a disponer, así sea gratuitamente, de la facultad de reclamar el estado civil.

Si el desistimiento, como acaece en otras legislaciones, no produjera el efecto de impedirle definitivamente al desistente volver a iniciar el mismo juicio, ningún problema surgiría con el del juicio en que se reclama un estado civil, pues no entrañando aquel la renuncia de la pretensión, quien tiene el derecho a reclamar su estado civil podría intentarlo nuevamente en otro juicio.

VIII. - Cuando el efecto del desistimiento se limita en la forma autorizada en la última parte del artículo 482 del C. Judicial, de tal manera que expresamente se deje al demandante la facultad de volver a iniciar el mismo juicio, sí puede aceptarse el desistimiento, pues entonces, el interés público queda protegido plenamente, en atención a que la llamada acción de reclamación de estado civil que no es prescriptible como lo dispone el art. 406 del C. Civil, puede intentarse en cualquier tiempo. De esta manera, toda posibilidad de transacción difrazada o negociación encubierta sobre el esta-

do civil, no ocurriría, o al menos, las partes dejarían de estar incitadas a realizarlas, pues quedando el demandante con la facultad de reiniciar el reclamo de la misma pretensión, su opositor no podría alegar la excepción de cosa juzgada, que es hoy el medio de defensa que ampara las transacciones simuladas.

Como el desistimiento del juicio, según lo autoriza el artículo 461 del C. Judicial en su inciso final, puede presentarse en cualquier estado del negocio, el hijo demandante que ha triunfado en su acción de reclamación de estado, tanto en la primera como en la segunda instancia, podría desistir del juicio antes de la ejecutoria de la sentencia que le reconoce su estado civil reclamado? Estimo que no, pues ello, como se ve en el ejemplo propuesto, entrañaría una enajenación del estado civil, constituiría un acto de disposición del estado civil, pues para el hijo demandante quedaría cerrada toda puerta para volver a ejercitar esa pretensión frente al padre demandado.

Conclusiones:

1ª) Sí puede admitirse el desistimiento de las acciones de reclamación de estado, que, en nuestro derecho, se ventilan siempre por la vía ordinaria y nunca por vía especial, pero únicamente en el evento en que las partes, en el escrito de desistimiento, expresamente hayan convenido en que el demandante quede con el derecho a iniciar, de nuevo y cuando lo quiera, la reclamación de su derecho material; es decir, cuando al desistimiento se le da el efecto de terminar el juicio, mas dejando vivo el derecho a iniciar uno nuevo en el que se ejercite la misma pretensión.

2ª) Nunca puede admitirse al desistimiento de un juicio en el que se ejercita una de las llamadas acciones de reclamación de estado civil, cuando el desistimiento de la demanda determina para el desistente la imposibilidad de iniciar nuevo juicio por el mismo concepto y frente al mismo demandado.

Germán Gtraldo Zuluaga

CESION DE DERECHOS HERENCIALES

El solo quebranto del art. 2º de la ley 50 de 1936 no sirve de fundamento a un cargo en casación. — Tradición de dominio sobre bienes hereditarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediél Angel).

(Aprobación: Acta Nº 76 de 7 de septiembre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de junio de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario de mutua petición promovido por Dolores Gaona v. de Torres contra José Domingo García Torres y otros.

El Litigio.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Duitama, Dolores Gaona v. de Torres citó a juicio a José Domingo García, Ana Luisa García Torres y Concepción García Torres en su condición de herederos de Dolores Torres v. de Mariño, en procura de los siguientes pronunciamientos:

“a) Que la señora demandante, con exclusión de la mencionada Comunidad, es cesionaria de los derechos y acciones que a título de herencia y gananciales pertenecían a la finada señora Dolores Torres v. de Mariño en la sucesión de su esposo Carlos Mariño Murillo y en la sociedad conyugal formada por ambos esposos y disuelta por el fallecimiento del varón, conforme a la escritura que adelante expresaré.

“b) Que los mencionados derechos y acciones son los mismos a que se refiere la adjudicación de bienes que consta en la hijuela 685 de 11 de agosto de 1962, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Duitama, a favor de la señora Dolores Torres v. de Mariño de que hablaré adelante.

“c) Que, por virtud de la mencionada cesión, la sucesión, de la señora Dolores Torres v. de Mariño, a la que representan como herederos los demandados, dejó de ser dueña de los derechos y acciones antes nombrados.

“d) Que todos los bienes destinados para el pago de los citados derechos y acciones y que se hallan especificados en la hijuela de adjudicación anteriormente expresada, por efecto retroactivo, son en la actualidad de la señora demandante y no de la prenombrada sucesión de la señora Dolores Torres v. de Mariño; ni los demandados en su calidad de herederos de dicha causante tienen derecho alguno sobre los referidos bienes.

“e) Que la señora demandante tiene pleno derecho a disponer de tales bienes, como cesionaria de la señora Dolores Torres, con absoluta exclusión de su sucesión y herederos en calidad de propietaria.

“f) Que tiene pleno derecho al goce de los frutos que han producido dichos bienes, que producen y que produzcan, sin que en ello tengan parte alguna la sucesión y los herederos de la señora Dolores Torres v. de Mariño.

“g) Que se ordene que tales bienes queden excluidos del inventario, avalúo y secuestro, practicados por el Juzgado en el juicio sucesorio de la señora Dolores Torres, el que cursa actualmente ante su Despacho, así como de figurar en la liquidación, distribución y adjudicación de bienes que se lleve a cabo dentro del memorado juicio sucesorio.

“h) Que se condene a los demandados a restituir a favor de la señora demandante los referidos bienes, una vez ejecutoriada la sentencia en que se pronuncian todas estas declaraciones.

“i) Que se ordene el registro de la sentencia y su anotación al margen del registro de la hijuela de adjudicación formada a la señora Dolores Torres v. de Mariño en el juicio sucesorio de Carlos Mariño”.

Como fundamento de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que en el trabajo de partición llevado a cabo en el juicio de sucesión de Carlos Mariño Murillo, el 23 de octubre de 1961, se adjudicaron todos los bienes a Dolores Torres v. de Mariño, en su condición de heredera y de cónyuge sobreviviente de aquél; que antes de que se notificara en legal forma la sentencia aprobatoria de la partición, la adjudicataria Torres v. de Mariño vendió a Dolores Gaona v. de Torres, mediante la escritura 1601 de 2 de noviembre de 1961, otorgada en la Notaría 2ª de Tunja, los derechos y acciones que le correspondieren como cónyuge sobreviviente y heredera de Carlos Mariño Murillo, vinculados a los bienes situados en Duitama; que la escritura de cesión se registró el 3 de noviembre, en tanto que la notificación de la sentencia aprobatoria de la partición antes mencionada solo se llevó a cabo el 9 de ese mismo mes; que cuando Dolores Gaona v. de Torres compró los derechos y acciones precitados, la vendedora no había adquirido aún el derecho de dominio sobre los bienes que se le adjudicaron en la partición, pues ésta no había sido registrada; que cuando se registró el acto de partición la demandante ya era dueña de los derechos y acciones que compró, y por consiguiente la adjudicación de bienes hecha a la vendedora consolidó el do-

minio de los mismos en cabeza de la compradora; que Dolores Torres v. de Mariño falleció, y los demandados, como herederos suyos, abrieron el correspondiente juicio de sucesión, en el cual inventariaron los bienes que en virtud de la cesión de derechos y acciones pertenecían a la demandante y que se hallan especificados en la escritura 685 de 11 de agosto de 1962, pasada ante el Notario 1º de Duitama.

En la oportunidad legal presentaron las demandadas Ana Luisa y Concepción García Torres demanda de reconvencción, en la cual solicitan la declaración de que el contrato de venta de derechos y acciones, recogido en la escritura 1601 prenombrada, es simulado; que la sucesión de María Dolores Torres v. de Mariño es dueña de los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de Carlos Mariño Murillo, y que la contrademandada debe pagar a las reconvinientes los perjuicios que les causó con los actos simulados.

Como peticiones subsidiarias formularon, en su orden, las siguientes: que el contrato de compraventa mencionado es nulo por falta de pago del precio; que dicho contrato es ineficaz “porque la vendedora María Dolores Torres v. de Mariño nada vendió en virtud de que en la fecha del otorgamiento de esa escritura estaba terminado el juicio de sucesión de su esposo Carlos Mariño Murillo, por haber sido aprobada la partición de bienes y en consecuencia no había derechos y acciones que transferir”; y, finalmente, que hay lesión enorme en ese contrato “porque el precio estipulado aunque no pagado, es inferior a la mitad del justo precio comercial de los bienes en la época de la celebración del contrato”.

En la causa petendi de la contrademandada se expresa, en resumen, que María Dolores Torres v. de Mariño vendió los derechos y acciones a que se ha hecho referencia, una vez aprobado el trabajo de partición; que esa venta es simulada porque la vendedora no tuvo intención de transferir el dominio, ni la compradora de adquirirlo; que la compradora no pagó el precio; y que los derechos y acciones, concretados en

cuerpo cierto, valían tres veces más del precio estipulado.

Trabado en esta forma el litigio, el Juzgado lo desató en sentencia de 20 de abril de 1966; mediante la cual acogió las peticiones de la demanda principal y absolvió a la contrademandada en relación con las peticiones formuladas en la de reconvencción. Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal la revocó y en su lugar resolvió:

“Primero.—Declárase la nulidad del registro de la escritura número mil seiscientos uno (1601) de fecha dos (2) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) de la Notaría 2ª de Tunja, por medio de la cual aparece doña Dolores Torres v. de Mariño transfiriendo a título de venta a favor de doña Lola Gaona v. de Torres los derechos y acciones que pudieron corresponderle como cónyuge superviviente de don Carlos Mariño Murillo, vinculados tales derechos en la ciudad de Duitama, registro efectuado en el libro número segundo de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja, el diez y seis (16) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), en razón de carencia de objeto, esto es por ser ya inexistente en la fecha del registro los derechos materia del contrato, y por consiguiente ineficaz el título.

“Segundo.—Consecuencialmente niéganse las peticiones de la demanda principal promovida por doña Lola Gaona v. de Torres contra el señor José Domingo García Torres, señora Ana Luisa García Torres y señorita Concepción García Torres, en su calidad de herederos de doña Dolores Torres v. de Mariño.

“Tercero.—Declárase que la sucesión de doña María Dolores Torres v. de Mariño, representada por sus herederos, señores José Domingo García Torres, Ana Luisa García Torres y Concepción García Torres, es dueña de los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión con su esposo señor Carlos Mariño Murillo, según la hijuela de adjudicación contenida en la escritura pública número seiscientos ochenta y cinco

(685), de fecha once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962), otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Duitama, por la cual se protocolizó el mencionado juicio de sucesión y conforme a la petición sexta de la demanda de reconvencción propuesta en nombre de las demandadas señora Ana Luisa García Torres y señorita Concepción García Torres.

“Cuarto.—Por el motivo expresado en el numeral primero de esta parte resolutive niéganse las demás peticiones de la demanda de reconvencción.

“Quinto.—Como consecuencia de la declaración contenida en el mismo numeral primero impónese a los demandados, señores José Domingo García Torres, señora Ana Luisa García Torres y señorita Concepción García Torres, en la expresada calidad de herederos de doña María Dolores Torres v. de Mariño, la obligación de restituir a la demandante, señora Lola Gaona vda. de Torres, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia la cantidad de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) moneda legal, que dicha causante expresó en el contrato tener recibida de manos de la demandante y en la fecha de su otorgamiento, como precio de la compraventa.

“Sexto.—Impónese a la demandante señora Lola Gaona v. de Torres la obligación de restituir dentro del mismo término, a los demandados señores José Domingo García Torres, Ana Luisa y Concepción García Torres ‘lo vendido’, de que el mismo contrato da cuenta haberle hecho la verdadera entrega real y material desde la fecha de la escritura. Esta obligación es sin perjuicio del derecho de retención que la ley otorga hasta el pago de la obligación impuesta a su favor en el numeral anterior.

“Séptimo.—No hay lugar a disponer nada en punto a intereses ni de frutos en razón de estas prestaciones mutuas, por entenderse legalmente compensados entre sí.

“Octavo.—Ordénase la cancelación del registro de la escritura número mil seis-

cientos uno (1601) de dos (2) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), tanto en el libro de la Oficina de Duitama como en el libro segundo de la Oficina de Tunja; y dispónese la correspondiente anotación en el protocolo de la mencionada escritura.

“Noveno.—No hay lugar a hacer condenación en costas en ninguna de las instancias.

“Décimo.—Ordénase registrar esta sentencia en la forma establecida en el artículo 2653 del Código Civil; y la cancelación del registro de la demanda principal”.

Tal es el fallo materia del recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Nota el Tribunal que la escritura 1601 de 2 de noviembre de 1961, contentiva de la venta de derechos y acciones que Dolores Torres v. de Mariño le hizo a Dolores Gaoña v. de Torres, aparece registrada el día siguiente en los libros 1º y 2º de la Oficina de Duitama, y que solo el 16 de octubre de 1963 se inscribió en el libro 2º de la Oficina de Registro de Tunja, lugar del otorgamiento de la escritura, cuando ya el juicio de sucesión de Carlos Mariño Murillo se hallaba fenecido y protocolizado en la Notaría 1ª de Duitama, y a continuación expresa:

“Cuestión fundamental en la decisión del recurso es, pues, la de elucidar si como lo estimó el Juzgado del conocimiento en su sentencia, el registro de la escritura sobre cesión de derechos hereditarios y gananciales puede hacerse en cualquier tiempo como los demás instrumentos sujetos al registro, con la sola excepción de la hipoteca; o si, por el contrario, tal registro tiene un límite en el tiempo, que solo puede llegar hasta el momento en que se opera en el juicio de sucesión el tránsito de la universalidad herencial y de la sociedad conyugal el dominio de los bienes que constituyen el patrimonio de una y otra comunidad en cabeza de los coasignatarios, en virtud de las respectivas adjudicaciones que se les

hagan en la partición debidamente aprobada y registrada”.

Observa que la jurisprudencia ha dicho de manera invariable que la cesión del derecho real de herencia requiere la tradición del dominio del mismo en la forma prescrita por el artículo 2655 del C. C., o sea en la oficina del lugar donde se otorgó la escritura, para los efectos indicados en el artículo 2637, ordinal 1º, ibídem. Transcribe pasos de la sentencia pronunciada por la Corte el 8 de noviembre de 1943 (G. J. Nº 2001, 261), y de acuerdo con ella concluye que la cesión de derechos en referencia, “no llegó a tener eficacia jurídica, puesto que solo pudo producirse el título traslativo del derecho real sobre esas universalidades, mas no la transferencia del mismo, por no haberse operado el modo de la tradición simbólica por el registro cuando ello era posible”. Agrega que como el registro de la escritura en el lugar de su otorgamiento se hizo cuando ya había desaparecido la universalidad herencial y la sociedad conyugal, en razón de su liquidación, la adjudicataria de los bienes sucedió al causante en el dominio de aquéllos en virtud del modo de la sucesión por causa de muerte, y con el efecto retroactivo que consagra el artículo 1401 del C. C.; que, por lo mismo, Dolores Gaoña v. de Torres no adquirió la calidad de cesionaria de los referidos derechos y acciones, “y sin tal calidad jurídica las pretensiones de la demandante... encuentran una barrera infranqueable cual es el pleno derecho de dominio que Dolores Torres v. de Mariño había adquirido sobre los bienes de su hijuela, y que a su muerte transfirió a sus herederos, con antelación también al registro de la escritura de cesión de derechos en el lugar de su otorgamiento”.

Dice que si “la tradición de los derechos hereditarios y de gananciales por el registro efectuado en la forma que se deja relacionada resulta afectada de nulidad por los motivos expuestos y por ello ineficaz el título (arts. 1517 y 65 C. C.), así habrá de declararlo el Tribunal, y de oficio, conforme lo impone el art. 2º de la ley 50 de 1936, debiendo por lo tanto desestimarse las peticiones de la demanda principal al igual que las peticiones de la demanda de recon-

vención, salvo la petición sexta sobre declaración de dominio en los bienes adjudicados a doña Dolores Torres v. de Mariño en la sucesión de su esposo señor Carlos Mariño Murillo”.

Al estudiar lo concerniente a las restituciones mutuas advierte que no está probada la excepción de simulación del contrato de venta de derechos y acciones propuesta por los demandados, los cuales están obligados, por consiguiente, a restituir a la demandante el precio que éste pagó, o sea la cantidad de \$ 60.000.00, y ésta a aquéllos “lo vendido”; y que no hay lugar al pago de intereses del precio recibido de un lado, como tampoco a la restitución de frutos de otro lado, por evidenciarse el fenómeno de la compensación entre unos y otros (Art. 1714 del C. C.)”.

La demanda de Casación.

Formúlanse en ella cinco cargos a la sentencia del Tribunal, todos del resorte de la causal primera, que se examinan a continuación.

Cargo primero.

Denúnciase en él aplicación indebida del artículo 2º de la ley 50 de 1936, interpretación errónea del artículo 1517 del C. C., y aplicación indebida del 6º del mismo código.

A intento de fundar la censura consistente en la aplicación indebida del artículo 2º de la ley 50 prenombrada, expresa el censor, en resumen:

Que según el fallo acusado, para que la transmisión de derechos hereditarios tenga eficacia jurídica es indispensable que el registro del título en la oficina correspondiente al lugar donde se otorgó, se lleve a cabo antes de que se efectúe el registro de la partición donde se adjudicaron los bienes hereditarios al cedente; que como encontrara el sentenciador que la escritura de venta de derechos hereditarios a Dolores Gaona v. de Torres fue registrada con posterioridad al registro de la partición en que se le adjudicaron a la vendedora los bienes sucesorales y los de la sociedad conyugal,

dijo que aquélla no había adquirido la calidad de cesionaria de tales derechos, “y sin otra consideración concreta sobre el por qué esto constituye nulidad”, declaró oficiosamente la del registro de la escritura mencionada; que de la cita que hace el Tribunal de los artículos 1517 y 6º del C. C., se concluye que la ineficacia del título la hace consistir en que el registro de la partición produce una mutación del objeto, y “el cambio de objeto en la cesión de derechos hereditarios y gananciales produce nulidad absoluta del registro que de esta transacción se hace”; que, sin embargo el registro de la partición no produce mutación en el objeto cedido, y, por lo mismo, la supuesta tesis del Tribunal sobre la causa de nulidad es infundada; que en el caso de que realmente el registro de la partición produjera un cambio del objeto de la cesión, ese cambio no vicia de nulidad el título; que, por consiguiente, no existiendo causa de nulidad por el motivo apuntado en el fallo, la aplicación indebida del artículo 2º de la ley 50 de 1936 resulta evidente.

En lo tocante con la errada interpretación del artículo 1517 del C. C. que le imputa al Tribunal, dice el recurrente que ese precepto se refiere a la carencia de objeto mas no a la imposibilidad jurídica de efectuar la tradición; que la declaración de voluntad puede recaer sobre cosas que se espera que existan, esto es que no existen realmente en el momento de producirse la declaración de voluntad, sin que quede viciada de nulidad por aplicación de ese precepto; que “la norma comentada establece un requisito para la validez del acto o declaración de voluntad es decir, está reglamentando estos actos y por tanto autorizándolos, lo que es contrario, precisamente, a la prohibición expresa de que ellos se realicen. He aquí —concluye— la errónea interpretación dada por el H. Tribunal a esta norma”.

Nota, finalmente, que el artículo 1517 precitado no contiene ninguna prohibición expresa, como lo exige el artículo 6º del mismo código, razón por la cual esta última norma no tiene aplicación; pero que aunque contuviera una prohibición expresa tampoco cabría aplicar el artículo 6º, “porque allí se exige que la ley no disponga

cosa distinta de la nulidad, y para el caso, si este fuera existirían sanciones semejantes como la inexistencia legal, diferente a la primera". Agrega que "la equívoca interpretación puntualizada, conllevó, como se dijo, la aplicación del artículo 6º del C. C. a un evento en que no le correspondía operar"; y que "demostrada la interpretación errónea del art. 1517 del C. C. y la aplicación indebida del art. 6º C. C. queda en claro la indebida aplicación del art. 2º de la ley 50 de 1936, por encontrarnos frente a un caso que no es de nulidad".

Cargo segundo.

Por su íntima relación con el anterior, se estudia conjuntamente con él.

Le imputa al sentenciador violación directa del artículo 2º de la ley 50 de 1936, consistente en haberlo interpretado erróneamente.

Al desarrollarlo expresa el recurrente, en síntesis, que de conformidad con la recta interpretación que le ha dado a esa norma la doctrina de la Corte, para que pueda ser aplicada es menester que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, vale decir, que a la vez que el instrumento prueba la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta y que el registro de la escritura 1601 de noviembre 2 de 1961, otorgada en la Notaría 2ª de Tunja, "por sí solo no contiene, en absoluto, dato alguno que deje entrever siquiera aquello de carencia de objeto o cambio de objeto, que al decir del H. Tribunal, lo vicia de nulidad absoluta".

La Corte considera:

1. - Todo cargo que se formule en casación con base en la causal primera ha de fundarse inexcusablemente en la violación de ley sustancial, bien sea por falta de aplicación, por interpretación errónea o por indebida aplicación, pues así lo exige en forma terminante el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, en su numeral primero. Son le-

yes sustanciales aquellas que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, consagran derechos a favor de los asociados o les imponen obligaciones, o, como lo ha dicho la Corte en recientes fallos, "las que en presencia de una situación fáctica concreta, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes". Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto único, sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal es indispensable que comprenda todos y cada uno de ellos, pues solo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa.

2. - El artículo 2º de la ley 50 de 1936, en cuanto faculta al juez para declarar ex officio la nulidad absoluta de un acto o contrato cuando aparezca de manifiesto en él, no es una norma que consagre derechos o imponga obligaciones a los asociados, ya que su destinatario es el juez, y en consecuencia su solo quebranto en ese punto no puede servir de fundamento a un cargo en casación. La falta de aplicación de ese precepto, su interpretación errónea, o su aplicación indebida, en cuanto a la facultad oficiosa que en él se confiere al Juez para declarar nulidades absolutas, no son por sí bastantes para lograr la infirmación del fallo acusado no obstante su incidencia en el mismo, puesto que para, los fines propios del recurso extraordinario se requiere, además, que conlleven la infracción de las normas sustanciales que consagren los derechos cuya tutela se impetra en la demanda. La transgresión de ese precepto viene a constituir así una violación medio en relación con la violación fin que es siempre la de una norma sustancial. De esta suerte, si a pesar del error jurídico en que hubiera incurrido el sentenciador respecto de la aplicación o recto entendimiento del artículo 2º de la ley 50 de 1936, no se desconocieron las normas que consagran los derechos cuya tutela persigue el recurrente, la sola violación de ese precepto no puede servir de fundamento para el rompimiento del fallo impugnado.

3. - Esto es, precisamente, lo que acontece en relación con los cargos que se estu-

dian, puesto que el censor se limitó en ellos a acusar la sentencia de segundo grado como violatoria del artículo 2º de la ley 50 de 1936, en las especies de aplicación indebida y de interpretación errónea, pero sin señalar igualmente como violadas, a causa de la transgresión de ese precepto, las disposiciones sustanciales que consagrarían los derechos cuyo reconocimiento persigue. Si tales disposiciones no sufrieron quebranto, la violación del artículo 2º prenombrado en que hubiera incurrido el sentenciador resultaría inane para los efectos del recurso.

4. - Siendo la violación de tal disposición el fundamento primordial de la censura, ya que la de los artículos 6º y 1517 solo se alegó con el propósito de demostrar la indebida aplicación del prenombrado artículo 2º de la ley 50 de 1936, la deficiente formulación de los cargos que se estudian, por las razones que se dejaron expuestas, los hace necesariamente imprósperos.

Cargo tercero.

Acúsase la sentencia del Tribunal por infracción directa de las siguientes disposiciones: "A) Del art. 11 de la ley 56 de 1904 (concordantes con el art. 10 de la misma); B.) Del art. 2674 del C. C.: y C.) 1. Art. 1620, 1621 y 1622 del C. C. sobre interpretación de los contratos; 2. Arts. 752, 1871 y 1874, sobre retroactividad de la tradición, y 3. Arts. 1454, 1602 y 1603 del C. C. sobre obligatoriedad de los contratos; 1967 y 1968 sobre viabilidad de la cesión de derechos de herencia; 1849, 1857, 1866, aplicables a la cesión de derechos, que tratan de las condiciones y efectos de la venta".

Considera el censor que el Tribunal violó los artículos 10 y 11 de la ley 56 de 1904, pues según estas disposiciones se pueden registrar en cualquier tiempo los actos o documentos públicos que se otorguen o se protocolicen ante un Notario, con excepción de la hipoteca, y en el fallo acusado se dice que el registro de la escritura de cesión de derechos hereditarios y gananciales solo puede hacerse antes de que se opere en el juicio de sucesión el tránsito de la universalidad herencial al derecho de dominio de los asigna-

tarlos sobre los bienes que les fueron adjudicados.

Estima, asimismo, que el sentenciador infringió el artículo 2674 del C. C., con base en el cual la jurisprudencia ha sentado, la tesis de que los efectos del registro, tratándose de las partes, se retrotraen a la fecha de la escritura; y los artículos 752 y 767 del mismo estatuto "que por analogía han sido interpretados por la jurisprudencia y la doctrina para dar cabida a la retroactividad del registro, máxime cuando éste se considera principalmente como modo o tradición simbólica", puesto que le desconoció al registro de la escritura de cesión de derechos y acciones a que se ha hecho referencia, los efectos de la retroactividad. Dice que en el caso sub lite la inscripción de dicha escritura retrotrajo los efectos del registro a la fecha de la venta, y, por consiguiente, los actos de las partes ocurridos en ese intervalo se tienen como inexistentes, desde luego que la ley considera, frente a las partes, que el registro se efectuó en la misma fecha del título con todas sus consecuencias; que al negarle el Tribunal al registro de ese instrumento efectos retroactivos frente a los causahabientes de la vendedora Dolores Torres v. de Mariño, y al tener en cuenta hechos ocurridos entre el otorgamiento de la escritura y el registro de la misma, violó, por falta de aplicación, los preceptos anteriormente citados.

Procede luego a sustentar el cargo de violación de los artículos 162, 1620, 1621 y 1622 del C. C., a propósito de lo cual expresa que "el fallo acusado negó las súplicas de la demanda principal por considerar que lo cedido eran derechos y acciones cuando se hizo el título, y al momento de la tradición estos derechos y acciones no existían por haberse transformado en el dominio concreto de bienes raíces"; que como en la cláusula tercera de la escritura respectiva se dice que la vendedora hace entrega real y material de lo vendido, ha debido el sentenciador entender que lo que realmente se vendía no eran derechos y acciones vinculados a los bienes situados en Duitama, sino los inmuebles de la sucesión de Carlos Mariño situados en ese lugar e identificados en la

hijuela de adjudicación hecha a la vendedora, pues solo así se le hacía producir algún efecto a la cláusula sobre entrega real y material de la cosa; que al no proceder en esa forma dejó el Tribunal de aplicar las normas de hermenéutica que se dejaron citadas; que el sentenciador aplicó aquellas disposiciones y entendió que lo vendido eran los bienes situados en Duitama para acceder a la súplica sexta de la demanda de la reconvencción, pero las ignoró y dejó de aplicar al resolver negativamente las pretensiones del demandante principal.

Sostiene que el sentenciador quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 751, 752, 1871, 1874 y 1875 del C. C., pues de conformidad con tales normas y especialmente la del artículo 752, el comprador de cosa que no se encontraba en cabeza del vendedor la adquiere desde el momento de la venta, si posteriormente éste adquiere el dominio de aquélla; que como tales normas se aplican por analogía al caso de la cesión de derechos hereditarios cuando los cesionarios no se hacen parte en el juicio de sucesión, según lo tiene establecido la jurisprudencia, hay que concluir que la compradora Lola Gaona v. de Torres adquirió el dominio de los bienes que se le adjudicaron en la partición a la vendedora María Dolores v. de Mariño.

Dice, finalmente, que “fueron violados en su orden por falta de aplicación, los siguientes artículos: 1967 y 1968 C. C. que consagran y reglamentan el contrato de cesión de derechos hereditarios, por no haber tenido en cuenta, la existencia legal de esta clase de convenciones; arts. 1494, 1602 y 1603 porque existiendo un contrato desconoció sus efectos y no lo consideró como fuente de obligaciones para las partes; 1849, 1857 y 1866 C. C., aplicables en el caso de la cesión, fueron violados por no reputarse perfecta la cesión existiendo el acuerdo de voluntades, la cosa, el precio, la solemnidad de la escritura pública; y considerar que no se pueden vender las cosas incorporales y tener por prohibida y nula la enajenación de cosas cuya venta no está vedada por la ley”.

Se Considera:

1. - Atinente a la cesión del derecho de herencia, a las formas que puede revestir y a sus efectos, dijo la Corte en sentencia de 30 de enero del año en curso, aún no publicada:

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

“Al lado del acto genérico y típico de la cesión del derecho de herencia anteriormente descrito y que se caracteriza por cuanto su objeto está constituido por la universalidad jurídica sucesoral o una cuota de la misma, y no concretamente por los derechos y obligaciones a ella vinculados, la doctrina ha tenido que considerar otra figura diversa de aquélla y que se ofrece cuando quien tiene la condición de heredero, y, por ende, de titular del derecho real hereditario correspondiente, le cede a otro uno o más de los bienes sucesorales singularmente considerados, o una cuota de los mismos, diciendo en el contrato que lo ce-

dido son 'derechos herenciales vinculados a dichos bienes'. La negociación en esta forma produce los siguientes efectos: el cedente también conserva su intransmisible calidad de heredero, y el cesionario, como causahabiente personal de aquél, queda facultado para procurar que en la partición se le adjudiquen los bienes especificados en la cesión, en cuanto ésta le haya sido hecha por todos los herederos o por el heredero único y el pasivo sucesoral lo permita, pues, en concurrencia con otros herederos no cedentes y frente a la necesidad de proveer al pago del pasivo sucesoral, el cesionario corre el riesgo de que tal adjudicación no se le haga ni a él ni a su cedente, caso en el cual queda colocado en la condición de adquirente de cosa ajena con todas las consecuencias que esta conlleva. (art. 1401, inc. 2).

"Dentro de este último orden de ideas, conviene reiterar también conocidas doctrinas jurisprudenciales: si el cesionario del heredero lo es respecto de bienes sucesorales especificados en la cesión y estos se adjudican en la partición a él directamente o a su cedente, dicho cesionario adquiere concretamente el dominio o el derecho que tuviera el causante respecto de los mismos, y esto con efecto retroactivo a su adquisición, la que se consolida (art. 752) y, más aún, se retrotrae a la apertura misma de la sucesión (art. 1401); pero si la adjudicación recae en personas distintas, se entiende que ninguno de aquéllos, cedente y cesionario, ha tenido derecho alguno en tales especies, y, por ende, que han negociado sobre cosa ajena. Preséntase aquí otra diferencia fundamental entre la forma de cesión o enajenación que se viene analizando y la cesión del derecho real de herencia propiamente dicha, o sea la que tiene por objeto la universalidad sucesoral, pues en esta última, si el cesionario no se hace presente en la causa mortuoria, los bienes adjudicados a su cedente quedan radicados en cabeza de éste y no de aquél, sin que pueda decir entonces, según doctrinas de la Corte, mal traídas por el fallo acusado, que esa adjudicación debe entenderse hecha en favor del cesionario. Así, en tratándose de un bien inmueble no especificado en la cesión, como la escritura que la contiene no se ins-

cribe en el libro primero del registro de instrumentos públicos, el cesionario no puede alegar haber adquirido el dominio de dicho bien por el modo de tradición, y al serle adjudicado al heredero cedente, éste lo adquiere por el modo de la sucesión, sin que tal hecho beneficie al cesionario con la supuesta consolidación de una tradición a non domino que, se repite, no tuvo lugar". (Ordinario de María del Carmen Figueroa v. de Delgado y otros contra el Instituto Homeopático Luis G. Páez).

2. - De autos aparece que por escritura número 1801 de 2 de noviembre de 1961, otorgada en la notaría 2ª de Tunja, María Dolores Torres v. de Mariño transfirió a título de venta a favor de Lola Gaona v. de Torres "los derechos y acciones que le corresponden como cónyuge superviviente y heredera del señor Carlos Mariño-Murillo a título universal y sin reserva alguna, vinculados tales derechos en el Municipio de Duitama", por la cantidad de \$ 60.000.00. Aunque aparece registrado en el libro primero de la Oficina de Registro de ese Circuito, es evidente que en tal instrumento no se contiene una "cesión de derechos hereditarios vinculados a bienes determinados", pues no se especificaron los que, constituirían materia de la negociación, sino que en forma indeterminada se dijo que tales derechos se hallaban vinculados al Municipio de Duitama. Se trata, por tanto, del típico contrato de cesión de derechos hereditarios, cuyo objeto está constituido por la universalidad jurídica sucesoral o una cuota de la misma, tal como lo entendió el Tribunal cuando expresó que era "de cosa incorporea la venta de derechos hereditarios y de gananciales".

3. - Sabido es que el cesionario de derechos hereditarios propiamente tales carece de título traslativo de dominio sobre bienes específicos, y que solamente llegaría a adquirirlo por el modo de la sucesión al serle adjudicados en la partición, si intervino en el juicio mortuario. Si no participó en él y por tal razón la adjudicación se hizo al cedente, hay que tener a éste como dueño de lo que se le adjudica mientras la partición no se desvirtúa en legal forma. "El dominio de la especie adjudicada —ha dicho la Cor-

te— lo adquiere (el cedente) por el registro de la respectiva hijuela; y al comprador cesionario no podrá considerársele dueño de esas especies sin que represente un título traslativo de dominio de ellas". (XXIV, 94). De donde se sigue que aún retrotrayendo, como pretende el recurrente, los efectos del registro de la escritura 1601 precitada a la fecha en que ésta se otorgó, no podría tenerse a la demandante como dueña de los bienes que se adjudicaron a su cedente en el trabajo de partición realizado en el juicio de sucesión de Carlos Mariño Murillo, pues para ello habría sido menester, según se dijo, que la cesión de derechos hereditarios y de gananciales se hubiera vinculado a bienes debidamente singularizados en la respectiva negociación, cosa que no se hizo en la que recogió la escritura 1601 memorada.

4. - Resulta, por tanto, inane la censura en cuanto denuncia violación por falta de aplicación, de los artículos 10 y 11 de la ley 56 de 1904 y 2674 del C. C., de una parte, y de los artículos 751, 752, 767, 1871, 1874 y 1875 del C. C., de otra, puesto que admitiendo que la escritura de cesión de derechos hereditarios se puede registrar en cualquier tiempo y que los efectos de su registro se retrotrae, *inter partes*, a la fecha de su otorgamiento, es lo cierto que la consolidación retroactiva del derecho de dominio de la demandante sobre los bienes adjudicados a su cedente en el respectivo trabajo de partición, no pudo producirse por las razones antes anotadas. Conclúyese por tanto, que el sentenciador no infringió, por falta de aplicación, los preceptos señalados en la censura, referentes a dicha consolidación, retroactiva del derecho de dominio en cabeza del cesionario de derechos hereditarios, ni el 751 que regula una situación diferente.

5. - En punto a interpretación de los contratos dijo la Corte en reciente fallo:

"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 como 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 errores de hecho que se le imputan al sentenciador en este terreno han de ser manifiestos o evidentes como lo 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 inciden en el pronunciamiento del fallo acusado no son bastantes para la infirmación de éste, 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 ésta que no ofrecen las dichas normas de interpretación". (Emilio Yaar Naser contra Concepción Salas de Lombardi y otro. Sentencia de junio 12 de 1970, aún no publicada).

6. - Visto está que el contrato de que da cuenta la escritura 1601 prenombrada es el típico de cesión de derechos hereditarios, puesto que estos no se vincularon a bienes específicos. Incumbía, por tanto al censor demostrar que en el referido instrumento sí se singularizaron los bienes materia de la negociación y que debido al error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al no haber visto tal especificación, erró así mismo en cuanto al tratamiento legal de esa apreciación. Más como la calificación jurídica que el Tribunal le dió al contrato contenido en ese instrumento, al considerarlo como venta de derechos hereditarios y de

gananciales en cosa incorporal, sí corresponde a la realidad objetiva de sus estipulaciones, el cargo de violación de los artículos 1620, 1621 y 1622 del C. C., que por falta de aplicación se le formula a la sentencia del ad-quem, resulta infundado.

7. - Atinente a la censura que le imputa al Tribunal violación, por falta de aplicación de los artículos 1967 y 1968 del C. C. "que consagran y reglamentan el contrato de cesión de derechos hereditarios, por no haber tenido en cuenta la existencia legal de esta clase de convenciones", cabe notar, de una parte, que no se ciñe a la exigencia del artículo 63 del Decreto 528 de 1964 de que se indique "en forma clara y precisa los fundamentos" de la acusación, puesto que el impugnante no explica la afirmación que hace de que el sentenciador no tuvo en cuenta "la existencia legal de esta clase de convenciones"; y de otra que es infundado desde luego que el sentenciador sí aplicó tales preceptos al darle al contrato recogido en la escritura 1601 memorada el tratamiento que corresponde a la cesión del derecho real de herencia.

8. - Afirma el recurrente que el Tribunal infringió los artículos 1494, 1602 y 1603 del C. C., por falta de aplicación, puesto que "existiendo un contrato desconoció sus efectos y no lo consideró como fuente de obligaciones para las partes". Con la observación previa de que el artículo 1494 precitado no es norma sustancial, según lo ha dicho la Corte, ya que no declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, sino que se limita a enumerar algunas de las fuentes de las obligaciones, cabe advertir que realmente el Tribunal negó eficacia jurídica al contrato de cesión de bienes celebrado entre la demandante y Dolores Torres v. de Mariño, por haberse registrado la escritura respectiva cuando ya la cedente había adquirido el derecho de dominio sobre los bienes herenciales y de la sociedad conyugal, en virtud del registro de la partición llevada a cabo de la mortuoria de Carlos Mariño y de la sentencia que la aprobó. Acontece, empero, que aún reconociéndole eficacia jurídica a tal contrato, la censura carece de fuerza impugnativa puesto que en ningún caso podría hacerse la de-

claración pretendida por la demandante de que se consolidó en su cabeza el derecho de dominio sobre los bienes adjudicados a su cedente en el trabajo de partición antes mencionado, por tratarse de derechos hereditarios vinculados a bienes específicos. Repítase que cuando se trata de la cesión del derecho real de herencia, si el cesionario no se hace presente en la causa mortuoria, los bienes adjudicados a su cedente quedan radicados en cabeza de éste y no de aquél, sin que pueda decirse entonces que esa adjudicación deba entenderse hecha en favor del cesionario. Resulta, por tanto, acertada la afirmación del Tribunal de que "las pretensiones de la demandante... encuentran una barrera infranqueable cual es el pleno derecho de dominio que Dolores Torres v. de Mariño había adquirido sobre los bienes de su hijuela", ya que por no haberse hecho parte la demandante en el juicio de sucesión de Carlos Mariño y no tratarse de cesión de derechos hereditarios vinculados a bienes específicos, el derecho de dominio de los bienes adjudicados a la cedente quedó radicado definitivamente en su cabeza. Por manera que en el caso de que la violación de los artículos 1602 y 1603 del C. C. por parte del sentenciador se hubiera producido, tal violación carecería de incidencia en la decisión del Tribunal puesto que no podría acogerse la pretensión de la demandante de que se le tenga como dueña de los bienes adjudicados a Dolores Torres v. de Mariño en la sucesión de Carlos Mariño Murillo.

Es impróspera la censura.

9. - Por último, se observa que la infracción de los artículos 1849, 1857 y 1866 del C. C. denunciada en la parte final del cargo, se hace consistir en que tales preceptos "aplicables en el caso de la cesión, fueron violados por no reputarse perfecta la cesión existiendo el acuerdo de voluntades, la cosa, el precio, la solemnidad de la escritura pública, y considerar que no se pueden vender las cosas incorporales y tener por prohibida y nula la enajenación de cosa cuya venta no está vedada en la ley".

Adviértese que la censura, al igual que la anterior, carece de fuerza impugnativa,

puesto que admitiendo que el contrato se perfeccionó y que tiene eficacia jurídica, es lo cierto que por tratarse de un típico contrato de cesión de derechos herenciales, no puede tenerse a la cesionaria como dueña de los bienes que se le adjudicaron a la cedente en el respectivo trabajo de partición, y, en consecuencia, se llegaría a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, o sea al rechazo de la pretensión de la demandante.

No prospera ninguna de las acusaciones contenidas en este cargo.

Cargo Cuarto.

Impútase al Tribunal "violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 1714, 1715 y 1716 del C. C., que consagran la compensación de deudas que se opera por el solo ministerio de la ley y que extingue las deudas compensadas".

A intento de fundarlo expresa el censor que al proveer el Tribunal sobre la devolución del precio y la entrega de frutos, como consecuencia de la declaración de nulidad, dijo que "en torno a estas prestaciones mutuas y en virtud de su equivalencia, cabe agregar que no hay lugar al pago de intereses del precio recibido de un lado, como tampoco a la restitución de frutos de otro lado, por evidenciarse el fenómeno de la compensación entre unos y otros (art. 1714 del C. C.)"; que conforme a las disposiciones citadas, para que se opere la compensación se requiere que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras, que sus obligaciones recaigan sobre dinero o cosas fungibles semejantes, o sobre cosas indeterminadas de igual género y calidad, y que ambas deudas sean líquidas y actualmente exigibles; que existe a cargo de los demandados la obligación de devolver el precio con sus intereses, pues estos se hallan establecidos en la ley a la tasa del 6% anual; que, en cambio, la obligación a cargo de la demandante de entregar frutos no existe procesalmente, por cuanto no está comprobado que éstos se produjeron; que, consecuentemente, la compensación no opera porque las partes no son recíprocamente deudoras, las obligaciones no recaen sobre co-

sas semejantes, y no son líquidas ni exigibles, al menos en cuanto a los frutos.

Se considera:

1. - Sabido es que la violación de la ley sustancial puede producirse en forma directa, cuando el error jurídico no obedece a yerros cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio; o en forma indirecta cuando aquél se produjo a consecuencia de errores de hecho o de derecho del Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas. Siendo de advertir que la infracción de la ley sustancial en su especie de la interpretación errónea no puede producirse por la vía indirecta, ya que ella no se debe a desaciertos del juzgador en el campo de las pruebas, sino en el del entendimiento mismo de la ley.

2. - Según el censor, la aplicación indebida de los artículos 1714, 1715 y 1716, obedeció a los errores en que habría incurrido el sentenciador al imponerle a la demandante la obligación de restituir frutos cuando "no está comprobado que éstos se produjeron", y al decretar una compensación entre partes que no son recíprocamente deudoras y respecto de obligaciones que "no recaen sobre cosas semejantes, y no son líquidas ni exigibles, al menos en cuanto a los frutos".

Ciertamente, en el proceso no existe prueba de que la cedente Dolores Torres v. de Mariño le hubiera entregado bienes a la cesionaria, y es palmario que si no recibió bienes de aquélla no existe la obligación de restituir frutos que le impuso la sentencia. El Tribunal vio la prueba de esa entrega en la declaración que hizo Dolores en la escritura de cesión de derechos hereditarios de que "desde la fecha hace entrega real y material de lo vendido. Mas si, como lo acepta el propio sentenciador, la cesión fue de cosa incorporal, la cláusula sobre entrega de "lo vendido" ha de entenderse obviamente en relación con lo que fue objeto del contrato, y no con bienes específicos que no fueron materia del mismo. Refuerza lo dicho la afirmación que en la demanda de

reconvención hacen los herederos de la demandante de que el referido contrato de cesión es absolutamente simulado, pues tal afirmación implica que, según ellos, a la cláusula sobre entrega de "lo vendido" no corresponde contenido real alguno.

3. - Incurrió, por tanto, el Tribunal en un manifiesto error de hecho al tener por probada la entrega de cosas corporales a la demandante en razón del contrato de cesión de derechos hereditarios, y la consiguiente obligación de restituir sus frutos a cargo de aquélla, pues supuso una prueba que no existe en el proceso, y la conclusión a que llegó por causa de ese error peca contra la evidencia que surge de los autos.

El error fáctico en que incurrió el sentenciador lo indujo a violar por indebida aplicación, los artículos 1714, 1715 y 1716 del C. C. citados en el cargo, que disciplinan el fenómeno de la compensación, ya que sin ser la demandante deudora de los demandados por concepto de frutos, según se vio, y sin que, por lo mismo, existiera una deuda líquida y exigible, decretó su compensación con la de pagar intereses a cargo de aquéllos.

Síguese de lo dicho que es fundada la censura y, por ende, que ha de casarse el fallo impugnado en cuanto declaró legalmente compensados los frutos que la demandante habría de restituir, con los intereses del precio que ella pagó y que los demandados deben restituírle.

La orden de compensación implica, obviamente, que en sentir del Tribunal existía a cargo de los demandados la obligación de pagar los intereses del precio, y a cargo de la demandante la de restituir frutos, desde la fecha del contrato. Más como esa decisión fue impugnada eficazmente, pero sólo en lo tocante con la restitución de frutos, queda necesariamente en pie por lo que concierne a la obligación de los demandados de pagar intereses, ya que en este punto no fue atacada por ellos.

Cargo Quinto.

Denúnciase en él "violación indirecta del artículo 673 del C. C., determinada por

error de derecho en la apreciación, como prueba de dominio, del instrumento público 685 de 11 de agosto de 1962 de la Notaría Primera de Duitama (folios 3 y s. s. cuaderno principal), con desconocimiento del art. 693 del C. de P. C.

Al desarrollarlo expresa el recurrente que el Tribunal consideró que Dolores Torres v. de Mariño sucedió a su esposo "en el dominio de los bienes de su hijuela, en virtud del modo sucesión por causa de muerte", con base en la escritura 685 a que se hizo referencia, pues no existe dentro del expediente ningún otro elemento probatorio sobre el particular; que sobre esa base declaró que la citada Dolores v. de Mariño "es dueña de los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su esposo señor Carlos Mariño Murillo, según la hijuela de adjudicación contenida" en la escritura pública prenombrada; que "con lo anterior se infringe la norma probatoria del art. 553 del C. de P. C. que exige fundar la decisión judicial sobre la existencia demostrada de manera plena y completa de los hechos", y la hijuela de adjudicación no es prueba plena ni completa de la propiedad de los bienes a que hace referencia. De donde concluye que "esta errónea consideración del H. Tribunal, con transgresión del art. 693 produjo la violación indirecta por falta de aplicación del art. 673 del C. C. que consagra el modo de adquirir el dominio de los bienes".

Se Considera:

1. - Manifiesta es la falta de técnica de que adolece la formulación del cargo, pues de una parte se observa que el artículo 673 del C. C. no es norma sustancial, ya que se limita a enumerar los modos de adquirir el dominio, sin consagrar derechos a favor de personas ni imponerles obligaciones; y de otra, que no cita el censor, como era su deber hacerlo por tratarse de un cargo que tiene como base el error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar la escritura 685 memorada, la norma pertinente de disciplina probatoria que habría sido infringida por aquél.

El artículo 693 del C. J. a que alude la censura nada tiene que ver con el valor pro-

batorio de las escrituras públicas, pues se refiere a la prueba testimonial para establecer que "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

Y el 593 del mismo estatuto, que es el otro precepto que cita el recurrente, tampoco regula el valor probatorio de la escritura pública, que es el medio respecto del cual habría incurrido el sentenciador en yerro de valoración, pues se limita a consagrar el principio de que el juez solo puede adquirir el conocimiento de los hechos a través de los medios de prueba señalados por el legislador, y que le está vedado fundar su convicción en el conocimiento privado que tenga de los mismos: *iude secundum alligata et probata a partibus iudicare debet; quod non est in actis, non est in mundo*. Pero nada estatuye sobre valoración probatoria.

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, *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintidós (22) de junio de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en cuanto a la decisión contenida en el numeral séptimo de su parte resolutive, la cual queda así:

Séptimo. - Los demandados pagarán a la demandante en el término señalado en los numerales anteriores, los intereses legales de la cantidad de sesenta mil pesos (\$ 60.000) que deben restituir a aquélla de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto a partir de la fecha del contrato de cesión de derechos hereditarios. La demandante no está obligada a la restitución de frutos.

En todo lo demás se mantiene, la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

CURADOR AD LITEM

El curador ad-litem no puede desistir, transigir ni confesar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dieciocho de septiembre de mil novecientos setenta.

El Litigio.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

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

1º) Luis Enrique Rivas o Ríos o Fajardo, quien falleció el 6 de octubre de 1958, había contraído matrimonio católico en Cali el 15 de febrero de 1922, con Concepción Valencia y posteriormente en Palmira, el 14 de abril de 1958, con Rubiela Duque Velásquez.

(Aprobado: septiembre 16)..

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Palmira el 15 de abril de 1966, en el juicio ordinario de filiación natural promovido por el señor José Dernaún Tangarife contra la señora Rubiela Duque de Rivas, en su propio nombre y en representación de su hija Piedad Rivas Duque, contra la menor Sacramento Rivas Villegas, representada por su madre Olga Villegas y contra la señora Concepción Valencia, “la primera y la última interesadas con la calidad de cónyuges sobrevivientes (sic) de la sucesión de quien fue Luis Enrique Rivas o Ríos o Fajardo y las menores, ya que son representantes y herederas del mismo causante Rivas o Ríos o Fajardo y de tal sucesión respectivamente, con las calidades de hijas naturales”.

2º) En el juicio de sucesión del mencionado Rivas o Ríos o Fajardo que fue abierto en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, fueron reconocidas Rubiela Duque de Rivas como cónyuge sobreviviente con derecho a porción conyugal, las menores Piedad Rivas Duque y Sacramento Rivas Villegas, como herederas, en sus respectivas calidades de hijas legítimas y natural del de cujus, y Concepción Valencia, “como heredera del causante, sin perjuicio de sus gananciales” (sic).

En la sentencia de primer grado que fue confirmada en todas sus partes por la que ha sido acusada en casación, el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira, negó todas las súplicas de la demanda y en consecuencia absolvió a la parte demandada de los cargos que le habían sido formulados por el actor, al cual condenó en las costas del juicio.

3º) Blanca María Tangarife, madre del demandante José Dernaún Tangarife, hizo vida marital y tuvo relaciones sexuales continuas y notoriamente públicas, con Luis Enrique Rivas, durante un largo tiempo, en todo caso desde no menos de un año antes de nacer dicho demandante el 8 de febrero de 1934.

4º) A José Dernaún Tangarife, el causante Rivas lo reconoció “ante todos los amigos y extraños, como hijo de su propia sangre y así lo distinguió presentándolo a sus re-

lacionados y a la sociedad en general, alimentándolo, velando por él durante más de diez años continuos y cumpliendo en su beneficio con las obligaciones que son exclusivas de los padres para sus hijos”.

5º) Luis Enrique Rivas “trató a José Dernaún de modo cariñoso con los nombres de “Bernardo y Bernardito” y en el Colegio Caldas de esta ciudad lo matriculó en su calidad de padre, entiendo que con los nombres de José Dernaún Tangarife, siendo muy cumplido en el pago de la pensión”.

6º) No obstante que el actor “obedeció a su padre desde su primera infancia y lo supo tratar con el aprecio, respeto y obediencia que se brinda a los padres, “como Luis Enrique Rivas comenzó a darle un trato muy fuerte y aún cruel, desde que tenía la edad de diez años huyó de su casa y aquél, luego de diversas averiguaciones, logró saber que el niño se encontraba en Medellín a donde viajó en avión a traerlo”.

7º) A los malos tratos que Luis Enrique Rivas le infería al demandante y a la madre de éste, obedeció que José Dernaún Tangarife “no se firmara con el apelativo de Rivas”, no obstante lo cual, en “las declaraciones anuales sobre renta y patrimonio, don Luis Enrique Rivas todos los años, inclusive el último en que murió, lo declaró como a su hijo para los efectos de la rebaja del impuesto que otorga la ley sobre los hijos menores, legítimos o naturales, pero haciéndolo aparecer con el nombre que solía llamarlo o sea el de “Bernardo”.

Todo el esfuerzo probatorio del demandante se dirigió a demostrar las dos causales de filiación natural invocadas, esto es, la posesión notoria y las relaciones sexuales estables y públicas habidas entre Luis Enrique Rivas y Blanca María Tangarife.

La Sentencia Acusada.

El Tribunal, apoyándose en una doctrina de esta Corporación, sustenta su fallo absolutorio así: “Con tal fin presentó (el demandante), un abundante acervo probato-

rio (en total 15 declaraciones), pero de conformidad con constantes fallos de la Corte Suprema de Justicia, tales declaraciones no son eficaces para demostrar la posesión notoria del estado de hijo natural, pues carecen de precisión en sus dichos ya que no determinan el lugar, tiempo y la forma, en que afirman, ocurrieron los hechos constitutivos de la posesión notoria. No es suficiente —dice la Corte en sus fallos— “la estimación y la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento, establecimiento del pretendido hijo”. Los testigos presentados por la parte actora hablan de generalidades, así por ejemplo lo relacionado con la educación, dicen que Rivas proveyó a su educación, pero no determinan en qué Colegio estudió ni qué clase de educación recibió, ni durante cuando tiempo? Solo el testigo Alejandro Durán expresa en su declaración que Rivas matriculó a José Dernaún en su Colegio, afirmando que era hijo suyo, para que aprendiera a leer y a escribir. Pero esta declaración no es idónea para acreditar la posesión notoria del estado de hijo natural, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 5º de la Ley 45 de 1936, en armonía con lo dispuesto en los artículos 395 y 399 del Código Civil”.

En cuanto a las relaciones sexuales, el sentenciador de segundo grado se expresa así: “respecto de la causal de que trata el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que establece que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales estables y notorias, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo haya nacido dentro de los 180 días siguientes al día en que tales relaciones se iniciaron, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que terminaron, la Corte exige un cúmulo de detalles y requisitos para determinar su frecuencia, y los hechos concretos que las determinaron.

Y no es suficiente, agrega la Corte, que el testigo diga que tales relaciones fueron notorias y estables, sino que es preciso que indique la fecha en que ocurrieron y deter-

mine los indicios, con el fin de llevar al ánimo del juzgador, la convicción plena de que tales hechos se verificaron.

“Estos requisitos que exige la Corte para establecer la filiación natural, no se encuentran verificados en el caso sub-judice, pues como ya se observó, las declaraciones aportadas a los autos por la parte actora son vagas y contradictorias.

“Además, considera la Sala que las copias de las declaraciones de renta de Rivas correspondientes a los años de 1954 y 1955, en las que figura un tal Bernardo como hijo legítimo de Rivas, no prueban la filiación natural de José Dernaún Tangarife con relación al primero, ya que no está suficientemente acreditado en los autos que Bernardo sea José Dernaún y por otra parte, tal declaración no emana del propio declarante sino de otras personas, y por último, en sentir de la Sala no se puede tener dicho documento como reconocimiento de filiación natural, porque allí se habla de filiación legítima y por lo tanto, no se le puede dar un sentido que no tiene”.

El recurso.

En extensa demanda dividida en cuatro partes y subdividida en numerosos capítulos, el recurrente formula varios cargos contra la sentencia acusada, todos del resorte de la causal primera de casación así:

I. - “Con base en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, acuso la sentencia del Tribunal por error de derecho al aplicar indebidamente los artículos 1º, en su numeral (sic) 1º, 3º y 18 de la Ley 92 de 1936 (sic) y los artículos 2º y 72, ordinal e) del Decreto 1651 de 1961, dejando de aplicar lo estatuido en el inciso 1º del artículo 6º de la Ley 45 de 1936”.

Al comentar un párrafo de la sentencia acusada referente a la declaración de renta del presunto padre, dice el censor: “Por lo visto el Tribunal no niega el que la copia de exenciones sirva de prueba en los juicios de filiación... sino que además de disposiciones de la Ley 92 pretende aplicarle la

presunción que consagra el artículo 72 inciso e) del dicho Decreto, según el cual la edad, parentesco y calidad de estado se tiene por ciertos para efectos del recaudo de impuestos, echando a pique el valor de reserva de la prueba que consagra el Decreto en su artículo 1º”.

Se considera:

Dentro del ámbito de la causal primera, en el cual sitúa el censor su acusación contra la sentencia del Tribunal, sólo cabe el quebranto de Ley sustancial, el cual puede ocurrir por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, según lo establece claramente el artículo 52 del Decreto 528 de 1964. Tal quebranto puede producirse por la vía directa, o por la indirecta a consecuencia de errores de hecho que sean manifiestos, o de errores de derecho; cuando la acusación se funda en un error de derecho en la valoración de la prueba, es menester, como la Corte lo tiene dicho y repetido, que se indiquen las normas de carácter probatorio que fueron violadas y a consecuencia de lo cual se produjo esa equivocada ponderación de la prueba.

Conviene recordar también, que no es posible estructurar de interpretación errónea de norma sustancial por vía indirecta, ya que esa forma de violación solo cabe por la vía directa, con absoluta prescindencia del aspecto probatorio.

Los artículos citados de la Ley 92 de 1938 (no de 1936 como equivocadamente se expresa en la censura) versan únicamente sobre los funcionarios encargados de llevar el registro civil, el carácter de pruebas principales que tienen las partidas que éstos expiden y los requisitos que deben contener el acta de nacimiento y los del Decreto 1651 de 1961, sobre el objeto que tiene la declaración de renta y patrimonio de los contribuyentes y sobre los hechos expresados en aquella, que desde un punto de vista puramente fiscal, se consideran como ciertos. Pero ninguna de tales disposiciones crea, extingue o modifica relaciones jurídicas, luego no son sustanciales y no siéndolo, su eventual quebranto no encaja dentro de la causal primera de casación.

Si el Tribunal dejó de aplicar el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, que tampoco es norma sustancial, ello se debió, como claramente se expresa en la sentencia, a que no encontró acreditada la identidad entre el demandante y el llamado "Bernardo" que figuraba en las mencionadas declaraciones de renta de Luis Enrique Rivas, como persona a cargo del mismo.

Además, habiéndose formulado la censura por vía indirecta, con base en error de derecho, era menester que se hubiesen señalado, y el recurrente no lo hizo, los preceptos de orden probatorio que habrían sido quebrantados por el Tribunal al no haber valorado como prueba de la posesión notoria las declaraciones de renta de Luis Enrique Rivas.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

II. - "Con base en el inciso 2º, numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, acuso la sentencia del Tribunal por error manifiesto de hecho, al apreciar en forma evidentemente contraria la prueba sobre declaraciones de renta y patrimonio, al sostener que Bernardo no es el mismo José Dernaún Tangarife, violando indirectamente los artículos 399 del Código Civil, 6º de la Ley 45 de 1936, y el inciso 3º del artículo 1º y 2º del Decreto 1651 de 1961 y los artículos 661 y 662 del Código Judicial".

Para sustentar este cargo, dice el censor que "el inciso (sic) del Decreto citado permite que la prueba de exenciones llegue a los juicios de filiación, porque es elemental concluir (presunción) el sostenimiento del hijo, que sobre certificaciones denunció el declarante (sic) y tal sostenimiento supone la subsistencia, educación y establecimiento, o sea lo expuesto por el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, ya que respecto de su parte final esos actos trascienden en sociedad... Tan evidente es además el error del Tribunal que ataca indirectamente el inciso 1º del artículo 399 del Código Civil en cuanto se refiere al conjunto de testimonios fidedignos, cuestión que se contradice con quince testimonios...".

Después de transcribir parcialmente varios de los aludidos testimonios, en cuanto

al trato "de casados" que se deban entre sí Luis Enrique Rivas y la madre del demandante, y de agregar que tales declaraciones, además, se refieren a que ésta última recibió pésame de sus amigos, cuando ocurrió el fallecimiento de aquél, dice a manera de conclusión: "Imponiendo la ley consecuencias claras de presunción, conforme se sentó al principio del cargo, el error evidente del Tribunal grava indirectamente los artículos 604 y 606 del Código Judicial, ya que con éstos se constituye el valor de prueba indiciaria".

Se considera:

La censura adolece de numerosos defectos de técnica, cada uno de los cuales por sí solo sería suficiente para rechazar el cargo, amén de una absoluta falta de claridad y precisión.

En efecto: "apreciar en forma evidentemente contraria la prueba sobre declaraciones de renta y patrimonio", no constituyen un error de hecho, como se dice en la demanda, porque en ella misma se expresa que el Tribunal sí la tuvo en cuenta. Se trataría, pues, de un error de derecho, que no admite ser estudiado por la Corte, ya que los artículos 604 y 606 del Código Judicial que se dicen quebrantados (violación medio) se limitan a definir la confesión y a asignarle pleno valor probatorio a la judicial, siendo así que la declaración de renta del presunto padre a que se refiere la censura, no tiene el carácter de confesión judicial.

La prueba testimonial, transcrita en lo pertinente en la demanda, fue analizada en la sentencia, lo cual prueba que el Tribunal sí la vió, sólo que no produjo convicción plena acerca de la pretendida identidad entre el demandante José Dernaún Tangarife y la persona que con el nombre de "Bernardo" figura como a cargo de Rivas en sus declaraciones de renta. Pero aun entendiendo el cargo fundado sobre un error de derecho, y si por lo demás hubiese cumplido con las exigencias de técnica atrás señaladas, tampoco sería trascendente para el recurso, por cuanto el sentenciador es libre, dentro de las pautas legales y salvo contrae-

videncia, de darle a la prueba testimonial, que está sujeta, tanto a la tarifa legal como a la persuasión racional como sistema de apreciación probatoria, el grado de credibilidad que le merezca. Con mayor razón el sentenciador tiene amplio campo para valorar libremente los indicios, prueba crítica por excelencia y quedar o no convencido de la verdad de un hecho litigioso. A menos que haya contraevidencia, que en este caso no la hay, no podría censurarse al Tribunal por no haber tenido como indicios, hechos que según argumentaciones del recurrente, sí lo son.

Se rechaza el cargo.

III. - El recurrente acusa la sentencia por error de hecho proveniente de no haber tenido en cuenta la prueba de confesión resultante de la aceptación de los hechos de la demanda que al contestarla hizo el curador ad-litem de Concepción Valencia, con la cual, a su juicio, "se demostró plenamente la posesión notoria, lo que había llevado al Tribunal a infringir directamente los artículos 399 en su inciso 1º, 1768 del Código Civil, como también los artículos 4º, en su numeral 5º, el 5º y el 20 de la Ley 45 de 1936, y finalmente, los artículos 607, inciso final y los incisos 1º, respecto del 604 y 606 del Código Judicial".

Se Considera:

Al parecer el Tribunal no paró mientes en la circunstancia de que el curador ad-litem de Concepción Valencia, una de las personas demandadas, contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos en ella afirmados, porque no la menciona como prueba. Mas aún, en la parte inicial de la sentencia acusada, omitió siquiera mencionar a dicha señora, de quien se dice en el libelo que fue la primera cónyuge de Luis Enrique Rivas, como integrante del sujeto pasivo de la relación procesal, respecto de la cual, en consecuencia, conviene tener en cuenta cómo quedó formada.

Rubiela Duque de Villegas, quien fue demandada en su doble carácter de cónyuge sobreviviente y de representante de su me-

nor hija Piedad Rivas Duque, se abstuvo de contestar la demanda; Sacramento Rivas, demandada en su calidad de representante legal de su menor hija Olga Villegas, dio respuesta el libelo negando los hechos en el afirmados y oponiéndose a las pretensiones de la parte actora; y por último, Concepción Valencia, demandada también como cónyuge de Rivas, hubo de ser emplazada por ignorarse su paradero y para representarla, el Juzgado le designó curador ad-litem, el cual contestó la demanda aceptando los hechos y no formulando oposición alguna a las súplicas en ella contenidas.

La Corte ha dicho que pasar en silencio una prueba que obra en los autos no implica necesariamente que no haya sido apreciada. Para que ello ocurra es menester que esa preterición sea ostensible, pues solo así se configura el error de hecho. No obstante, aún en el caso de que el sentenciador, como lo afirma la censura, hubiese omitido tener en cuenta la respuesta que el curador ad-litem dió a la demanda, ese error es intrascendente en el recurso como se pasa a demostrar.

Debe estudiarse, pues, el alcance de la representación judicial que tienen los curadores ad-litem, y si respecto de ellos es aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 607 del Código Judicial, es decir, si la facultad presunta de confesar que tienen los apoderados judiciales para la demanda, el escrito de excepciones y sus respuestas correlativas, la poseen también los curadores ad-litem.

La confesión judicial es prueba plena (art. 605 del C. J.) y legalmente eficaz de todos los hechos litigiosos, en cuanto la misma ley no establezca su inadmisibilidad y tales hechos no se refieran a actos jurídicos solemnes o requieran una prueba específica, como las tocantes al estado civil de las personas. Ese valor probatorio se le asigna a la confesión proveniente de la parte y de la persona que legal o convencionalmente tiene facultad para confesar en su nombre. Así lo estatuyen con meridiana claridad los artículos 1769 del Código Civil y 604 y 607 del Código Judicial.

Respecto de la confesión que hagan los mandatarios, será menester estudiar en cada caso las facultades conferidas por el mandante, las cuales según el artículo 2149 del Código Civil, pueden ser demostradas libremente. En cuanto a los apoderados judiciales, es de advertir que su campo de acción es más restringido que la de aquellos, ya que el poder solo puede ser conferido por escritura pública o por memorial presentado personalmente por el poderdante (art. 256 del C. J.), documentos éstos en donde deben estar consignadas claramente las facultades que se otorgan al apoderado. La de confesar debe ser expresa, porque sólo se presume para los escritos de demanda y de excepciones y de las respuestas correlativas (art. 607 *ibídem*). Para otra clase de actos procesales, el apoderado judicial que carezca de facultad expresa al efecto, no puede confesar a nombre de su mandante.

El alcance de la representación que ejercen los curadores ad-litem, es mucho más restringida que la de los apoderados judiciales y los representantes generales. No pueden desistir, a menos que el Juez los autorice con conocimiento de causa (art. 465 del C. J.); no pueden transigir puesto que no han recibido autorización especial de su representado (art. 2471 del C. C.); y no pueden confesar, porque carecen de esta facultad que es consecuencia de la de obligarse, y los curadores ad-litem, en su calidad de tales, no están en capacidad de asumir en nombre de sus representados, obligaciones distintas de las de orden puramente procesal y que constituyen secuela necesaria de su gestión.

En estas condiciones, lo que dispone el segundo inciso del artículo 607 del Código Judicial, para los apoderados judiciales, no es aplicable a los curadores ad-litem, quienes al contestar la demanda carecen de la facultad de confesar, y su dicho no compromete judicialmente a sus representados.

Si el curador ad-litem, como se ha visto, no puede confesar, "a fortiori" no puede hacerlo tampoco el apoderado judicial que aquél designe en ejercicio de la facultad

que le confiere el artículo 253 del Código Judicial. El curador ad-litem no puede otorgar más facultad de las que él mismo tiene. "Nemo dat quod non habet". De esta suerte, el apoderado judicial del curador ad-litem también carece de facultad para desistir sin autorización del Juez y para transigir.

Los expositores nacionales participan del criterio expuesto. Hernando Morales M. (Curso de Derecho Procesal, Civil, Parte General, 5ª Edición, Ed. Lerner, Bogotá, 1955, pág. 299) dice que el curador ad-litem del causante no puede absolver posiciones por éste; Hernando Devis Echandía (Compendio de Pruebas Judiciales, Ed. Temis Bogotá, 1969, pág. 220), sostiene que "el Código de Procedimiento Civil Colombiano consagra expresamente la confesión del representante legal o convencional y del apoderado judicial, en el artículo 607. La primera parte de este artículo se refiere a los padres de familia en ejercicio de la patria potestad, los tutores y los curadores permanentes (no los curadores ad-litem), los representantes de personas jurídicas y los mandatarios extrajudiciales y exige que se tenga facultad para obligar al representado o mandante en el acto o contrato, confesado..." (se subraya); y Jorge Cardoso (Manual de las Pruebas Judiciales, Ed. A. B. C., Bogotá, 1969, pág. 126), afirma que "el artículo 607 no es aplicable a los curadores ad-litem..."; otro tanto expone Antonio Rocha (De la Prueba en Derecho, 5ª Edic. Lerner, Bogotá, 1967), en la Nota N° 2: del Capítulo 16, pág. 233.

La Corte en sentencia de casación del 5 de febrero de 1951, dijo:

"Y como cuando se trata de una confesión sobre un hecho personal o propio de quien la hace, la Ley (art. 607 del C. J.), sólo le otorga validez en ciertas condiciones y circunstancias a la confesión que hace, entre otros, "el representante legal" de una persona o sea quien por ministerio de la Ley en forma general y permanente tiene en juicio y fuera de juicio la representación de otro, es claro que las aseveraciones que al contestar la demanda hubiere hecho el

curador ad-litem de los antes mencionados demandados, no tiene la calidad de confesión en relación con éstos, no les perjudica y no forman de consiguiente, plena prueba por sí solas en su contra (LXIX N° 2096/97, pág. 40):

El curador ad-litem no puede ser llamado a absolver posiciones en nombre de la parte a quien representa, ni confiesa a nombre de ésta al contestar la demanda o el escrito de excepciones, ni puede, como lo ha dicho la Corte (Cas. junio 2º de 1958, LXXXVIII, pág. 79), reconocer tácitamente un documento privado suscrito por la persona a quien representa (art. 645 C. J.).

De lo expuesto se concluye que el error en que pudo haber incurrido el Tribunal al no tener en cuenta la respuesta de la demanda que hizo el curador ad-litem y por ende al no haberla apreciado como confesión, no tiene influencia en la legalidad del fallo acusado, por cuanto tal respuesta no constituye confesión.

Se rechaza el cargo.

IV. - Con base en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, se acusa la sentencia del Tribunal "por evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas testimoniales, violando indirectamente los artículos 398 y 399 del Código Civil y los artículos 4º, en sus numerales 4º y 5º, 6º y 20 de la Ley 45 de 1936".

Para sustentar el cargo, el recurrente hace un extenso y detenido análisis, con numerosas transcripciones, de la prueba testimonial que adujo para demostrar la posesión notoria, y critica con acritud la valoración de dicha prueba que se hizo en la sentencia acusada.

Se tiene en cuenta:

El error de hecho en la apreciación de las pruebas, como en numerosas ocasiones lo ha dicho la Corte, presupone que el sentenciador de instancia, en forma ostensible, no haya tenido en cuenta un elemento de convicción que está legalmente producido

en el juicio, o le haya cercenado o aumentado su contenido objetivo, o haya dado por existente uno que no se adujo.

La extensa argumentación del recurrente, con numerosas transcripciones parciales de las declaraciones, indica que el error que le atribuye a la sentencia acusada no es evidente, ni ostensible. Para que lo fuera le había bastado con señalarlo, pues desde el momento en que tuvo que recurrir a complejos razonamientos para intentar ponerlo de presente, el error, como es obvio, carece de la evidencia necesaria para ser motivo de casación.

Como el recurso extraordinario no es una tercera instancia, el cargo no se puede fundar en la simple contraposición del criterio del censor en la apreciación probatoria con el que expresó el Tribunal en su sentencia. Este último posee una discreta autonomía en valoración de las pruebas, más acentuada en aquellas que tienen el carácter de crítica, como la indirecta, y en las que influyen la persuasión racional, como en la de testigos.

La Corte ha dicho que "la apreciación de si la prueba de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil es fidedigna e irrefutable, esto es, susceptible de entero crédito, es asunto que la Ley deja a la discreción del juzgador de instancia, por tratarse de inferencias cuyo alcance y significado ha de apreciar el sentenciador a su prudente arbitrio" (Cas. Civ. 18 de febrero de 1969, CXXIX, pág. 46).

Se rechaza el cargo.

V. - También con base en la causal 1ª el recurrente acusa la sentencia "por error manifiesto de derecho, concretándose en no haber aplicado el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 para la apreciación de la prueba en materia de educación. Es, pues, una violación indirecta de tal Ley sustancial por falta de aplicación".

Tratando de interpretar el pensamiento del censor, el error de que acusa a la sentencia, consistiría en que ésta no tuvo en cuenta la prueba testimonial aducida para

demostrar la posesión notoria, porque los testigos"... no determinan en qué Colegio estudió, ni qué clase de educación recibió, ni durante cuanto tiempo..." el demandante José Dernaún cuando lo que ocurrió fue que esos declarantes, por "fuerza mayor", estaban imposibilitados para depone sobre este tema, ya que ellos mismos afirmaron que el citado José Dernaún huýo de la casa, debido al trato cruel que le dispensaba su padre.

Se considera:

Repitiendo la causal 1ª de casación se basa exclusivamente en ser la sentencia violatoria de Ley sustancial, y el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 de cuyo no lo es porque se limita a definir lo que constituye la fuerza mayor, sin señalar sus efectos. Además, como la acusación se formula por error de derecho, ha debido citarse la norma de orden probatorio que se considere violada por el Tribunal, lo que no hizo el recurrente.

Basta lo expuesto para que se rechace el cargo.

VI. - También por el aspecto de la causal 1ª, se acusa la sentencia del Tribunal por "manifiesto" error de derecho, por haber dejado de aplicar los artículos 4º y 18, inciso 1º del Código Civil, el primer inciso del artículo 57 del Código Político Municipal y la segunda parte del inciso 2º del artículo 689 del Código Judicial.

Vale la pena de transcribir textualmente, aunque sólo sea una pequeña parte, de la extensa sustentación que el censor hace al cargo en estudio:

"El art. 4º del C. Civil define que se entiende por Ley y expresa: "El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar" (subrayo). El 18 y 57 citados establecen la obligación de cumplir la Ley, y con relación al 689 del C. Judicial, el legislador estableció un ordenamiento excepcional muy lógico: "pero el Juez debe evitar en lo posible que el testigo encubra la verdad con expresiones vagas, incoherentes o faltas de sentido". Y el fallo del Tribunal habla de que "las declaraciones aportadas

a los autos por la parte actora son vagas y contradictorias".

Entra en seguida el censor a hacer un extenso análisis de la prueba testimonial, con diversas transcripciones, para criticar la forma cómo se recibieron tales declaraciones, atribuyendo a falta de responsabilidad del Juez y del Secretario, que se hubieran permitido algunas respuestas vagas y carentes de sentido a las repreguntas a que fueron sometidos los testigos.

Se considera:

Las normas legales que se dicen violadas, por falta de aplicación, no son sustanciales, ni tampoco de valoración probatoria como debían serlo, si la acusación se hace consistir en un posible error de derecho. El cargo, en realidad de verdad, constituye una crítica a la forma como obró el Juez de primer grado al recibir algunas declaraciones adueídas como prueba, pero ello no es ni puede ser motivo de ataque en casación contra la sentencia del Tribunal. El demandante ha podido hacer valer en las instancias los argumentos que ahora aduce para sustentar el cargo, pero en el recurso extraordinario éstos no son de recibo.

Se rechaza el cargo.

VII. - Los que se formulan en los seis Capítulos de la segunda parte de la demanda, son idénticos a los que se dejan estudiados, pero se enderezan a atacar la sentencia en cuanto no tuvo como demostradas las relaciones sexuales que se dicen habidas entre el presunto padre y la madre del demandante. En todos ellos, el recurrente se limita a expresar que acusa la sentencia del Tribunal "con el mismo texto que quedó establecido" en el capítulo correspondiente de la primera parte de la acusación.

Se tiene en cuenta:

La Corte, respecto de las reglas a que está sujeta la estructuración del recurso extraordinario, en sentencia de Casación Civil del 22 de agosto de 1969 (ordinario de José Abel Ayala contra Juan Clímaco Gonzá-

lez y otros, aún no publicada), dijo lo siguiente:

“Primeramente, encuéntrase la de que cada cargo debe hacerse con entidad propia, separadamente de los demás, sin que sea viable, hacer de cargos dispersos, específicamente distintos y en sí fragmentarios, uno solo, ni, por lo tanto, el intentar que un cargo incompleto se integre con la simple referencia a lo deducido en otro (art. 531 del C.J., hoy 63 del Decreto 528 de 1964). La individualidad de cada cargo la determina su concreto fin acusatorio y, además, tratándose de la causal primera, la vía dialéctica mediante la cual ese fin se persigue” (se subraya).

La segunda parte de la demanda de casación adolece, pues, de la falta de técnica a que se alude, lo cual según lo estatuye el inciso 2º del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, impide legalmente a la Corte estudiar en el fondo los seis capítulos que la integran, puesto que no aparecen sustentados individualmente los cargos que en ellos se formulan contra la sentencia del Tribunal. Como se dijo, el censor se limita a remitirse a la exposición que hizo de los cargos que había formulado en la primera parte de la demanda, diciendo que la sustentación es la misma, pero que en esta ocasión se refiere a las relaciones sexuales que fueron invocadas también para impetrar la declaración de filiación natural sobre la cual versa este juicio.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

VIII. - Al encabezar la tercera parte de su demanda, dice el censor: “Sucesión Blanca T. — Con base en el inciso 1º del numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, acuso la sentencia del Tribunal de Palmira por error de derecho al haber infringido directamente los artículos 669, 1010, 1321, en su inciso 1º, 1322 y 1324 del Código Civil y artículo 20 de la ley 45 de 1936”.

Todo el ataque se reduce a un análisis de la prueba testimonial, sin indicar ninguna de las normas que regulan esta prueba, análisis del cual concluye el recurrente que es

indudable que Luis Enrique Rivas y su primera esposa Concepción Valencia no tuvieron bienes sociales durante su matrimonio, porque los que éste tenía al tiempo de morir habían sido logrados durante el que contrajo con Rubiela Duque. Agrega que “la sobreviviente Valencia no puede ni tiene derecho a reclamar gananciales, porque no existen, y los que pretende son bienes que los vienen usurpando los que aparecen actualmente como herederos, olvidando que fueron dejados por Blanca Tangarife y que de ley pertenecen a su único heredero, José Dernaún, no obstante que las escrituras correspondientes se encuentran a favor de Luis Enrique Rivas”.

Se Considera:

La aplicabilidad al caso sub-judice de los textos legales que el censor estima infringidos, estaba, como es obvio, condicionada a la prosperidad de las súplicas referentes a la filiación natural. El carácter de heredero de José Dernaún respecto de su pretendido padre Luis Enrique Rivas, dependía de que se hiciese previamente la declaración de filiación natural impetrada en las súplicas principales de la demanda. No habiéndose hecho tal declaración, mal podría el Tribunal referirse a las súplicas consecuenciales del libelo y por ello no hizo ningún pronunciamiento al respecto. Por consiguiente, está fuera de lugar en este recurso, estudiar si han debido aplicarse los textos legales que menciona el censor en este cargo, cuando es lo cierto que no lo fueron ni podían serlo, porque no prosperaron las peticiones principales.

Tampoco es de recibo ahora, que, so pretexto de una censura a la sentencia del Tribunal de Palmira, pudieran corregirse, como lo pretende el recurrente, providencias dictadas por el juez ante quién se promovió el juicio de sucesión de Luis Enrique Rivas, y calificar si hizo bien o mal al reconocer a Rubiela Duque y a Concepción Valencia como cónyuges sobrevivientes, ambas del mismo causante.

Basta con lo dicho para concluir que este cargo debe sufrir la misma suerte de los anteriores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, el 15 de abril de 1966.

Condénase en costas al recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta N^o 80 de 16 de los corrientes).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SEGUROS

Carga de la prueba del caso fortuito o del hecho culposo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, veintidos de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: doctor José María Es- guerra Samper) .

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 8 de octubre de 1966, en el juicio ordinario promovido por la señora Bernarda Jaramillo de Saldarriaga contra la Compañía Suramericana de Seguros.

La Litis.

Las súplicas de la demanda son las siguientes:

“Primera.—Que las modalidades del contrato de seguro aludido en este libelo, amparaban la vida del señor Antonio José Saldarriaga Escobar, no sólo en cuanto al hecho de la simple muerte sino además a la que accidentalmente le ocurrió fortuitamente por acto imprevisto y criminal de terceras personas.

“Segunda.— Que como secuela necesaria de lo anterior, la Suramericana de Seguros de Vida debe cumplir irremisiblemente (sic), sin más dilaciones, el convenio contenido en la póliza N° 27979, suscrita el 7 de julio de 1961, por lo que respecta a ‘beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental’, y el ‘seguro contra accidentes personales’, cubriendo a mi poderdante señora Bernarda Jaramillo vda. de Saldarria-

ga, la cantidad total de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00), estipulados como valor indemnizatorio para los dos casos.

“Tercera.—Que, además de esa condena por la expresada suma de doscientos mil pesos, la Compañía demandada sea obligada a resarcir el lucro cesante por la mora en el pago, con el interés calculado sobre la misma cantidad en la forma ordenada pen- tentoriamente por la Ley 105 de 1927, ar- tículos 25 y 89 de 1929 (Art. 3°).

“Cuarta.—Que se impongan las costas concernientes a este juicio a cargo de la pre- nombrada sociedad aseguradora si resulta- ren acogidas mis peticiones”.

Los hechos en que la actora funda su causa petendi son los siguientes:

“Primero.—El señor Antonio José Saldarriaga Escobar había contraído matrimonio con la señora Bernarda Jaramillo, forman- do así un hogar dentro del cual surgieron varios hijos legítimos;

“Segundo.—Cuidadoso y previsivo don Jo- sé concertó con la Compañía Suramericana de Seguros de Vida una ‘póliza de vida en- tera’, el siete de julio de 1961, por valor de cien mil pesos y contrato adicional de ‘Be- neficios indemnizatorios por muerte o des- membración accidental’ por valor de cien mil pesos; como también otro anexo al prin- cipal, amparándolo contra accidentes per- sonales en cuantía de cien mil pesos;

“Tercero.—Tales seguros constan en la denominada póliza N° 27979 y sus corres-

pondientes documentos alusivos al mismo contrato dentro de las modalidades especificadas. Allí se consta que la beneficiaria convenida para recibir el importe en caso de ocurrir el riesgo, lo fue la señora Bernarda Jaramillo o, en su defecto, los hijos legítimos del matrimonio prenombrado;

“Cuarto. El asegurado cumplió cabalmente todas las obligaciones de tal hasta la fecha de su deceso que ocurrió el siete de septiembre del año próximo pasado, en la ciudad de Barrancabermeja (Santander), cuando fue asediado, conjuntamente con otros familiares, por malhechores que le dieron muerte violenta e intempestiva.

“Quinto.—Por tal motivo se tramitaron las consiguientes reclamaciones ante las oficinas de la Compañía Aseguradora en esta ciudad de Medellín, pero sólo se obtuvo la cancelación pertinente a la ‘Póliza de vida entera’, pues las dos restantes fueron rechazadas bajo el pretexto de que concurrían causas de exclusión expresamente pactadas que exoneraban concretamente del riesgo acaecido;

“Sexto.—Han sido infructuosas, hasta el presente las gestiones verificadas para convencer a la entidad ameritada de que jurídicamente existe el derecho de la señora Jaramillo de Saldarriaga para percibir el valor de los otros dos seguros que estaban condicionados a la ocurrencia del accidente, del daño o evento previsto como determinante de la indemnización;

“Séptimo.—La sociedad denominada ‘Suramericana de Seguros de Vida’, tiene su domicilio estatutario en esta ciudad de Medellín y es representante legal de la misma el doctor Jorge Molina Moreno, al tenor del certificado que adjunto, expedido por la respectiva Cámara de Comercio”.

La Compañía Suramericana de Seguros, por conducto de su representante legal, describió el traslado de la demanda, aceptando como ciertos algunos de los hechos en ella afirmados, manifestando ignorar otros y en todo caso oponiéndose a las súplicas formuladas, por las siguientes razones:

“La Suramericana de Seguros de Vida pagó lo correspondiente a la póliza de vida entera porque estima que se configuró el riesgo. En cambio, por lo tocante con los anexos mencionados, considera que no tiene obligación ninguna de pagar por cuanto el amparo en ellos concedido no es el planteado en el libelo toda vez que la muerte no se produjo de un modo accidental como así lo está afirmando el propio demandante al decir que se trató de malhechores que le dieron muerte violenta, o lo que es lo mismo, una muerte causada voluntariamente por otra persona.

“Las modalidades del contrato de seguro que existían entre la Suramericana de Seguros de Vida y el señor Antonio José Saldarriaga Escobar no amparaban su vida para cuando la muerte ocurriese como en el sub-judice, la cual encontró, según lo ha afirmado el demandante, ‘por acto criminal de terceras personas’. Tiénese, por tanto, que si se trata de un acto criminal, mal puede afirmarse a la vez, sin llegar al absurdo, que un hecho tal sea simultáneamente accidental. La misma definición contenida en la cláusula primera del anexo así lo establece. ‘Para efectos de estos beneficios se entiende por accidente el hecho violento externo e involuntario...’ (Sin subrayar en el texto). Estas explicaciones son pertinentes para con el anexo ‘Seguros contra accidentes personales’, así como para el de ‘Beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental’. En aquél se da la siguiente definición de lo que comprende el amparo que en él se otorga:

“Para efectos de ese anexo se entiende por accidente el hecho violento, externo, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona...” (Sin subrayar en el texto).

“2º. Como consecuencia lógica de lo dicho respecto de la primera petición, se tiene que si no había amparo para el evento de ‘muerte criminal’ como la ocurrida al asegurado Saldarriaga Escobar, mal puede ser condenada la Suramericana de Seguros de Vida a hacer pago alguno bajo ningún concepto.

3º. Por las mismas razones antes aducidas, si no hay lugar a lo principal, tampoco tiene operancia la condenación en lo accidental”.

Surtida normalmente la tramitación de primera instancia, el Juzgado Undécimo Civil Municipal de Medellín, al cual le correspondió conocer del negocio, mediante sentencia fechada el 14 de abril de 1966, accedió a todo lo pedido en el libelo y condenó en costas a la Compañía demandada. El apoderado de ésta apeló del referido fallo, que fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia fechada el 8 de octubre del mismo año, contra la cual se interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

La Sentencia Acusada.

El Tribunal comienza por analizar, tanto los presupuestos procesales como la legitimación en causa activa y pasiva de las partes y los encuentra ajustados a derecho, hace luego un somero análisis del contrato de seguro, trayendo a cuento doctrinas de la misma Corporación y de la Corte, y de un tratadista nacional, para concluir diciendo que en el caso sub-judice están plenamente demostrados los hechos de la demanda, con los elementos de juicio que adujeron ambas partes en forma legal y oportuna. En cuanto al punto central, materia de la litis, estima que la muerte del señor Saldarriaga Escobar, fue como se afirma en la demanda, accidental, eventual y fortuita, por lo cual “la firma aseguradora debe los valores correspondientes a los amparos convenidos. Sin embargo, la sociedad se excusa de sufragar tales valores de los anexos, alegando que, de acuerdo con el contrato celebrado, dada la forma de la muerte del asegurado, por acto violento de otras personas, ha quedado exonerada de satisfacer la indemnización pactada para los casos allí regulados. Invocando las cláusulas contractuales, la sociedad demandada niega que esté obligada a pagar lo que se le demanda”.

“La sociedad aseguradora —continúa el fallo acusado— concentra su interés y llama la atención del juzgador en la volunta-

riedad del hecho violento y externo y en estos conceptos radica el problema sub-judice, porque estima que si el sujeto activo del siniestro obró deliberada o voluntariamente, el amparo es inexigible y por lo tanto no puede hacerse efectivo por la vía judicial tomando la palabra accidente en su sentido natural y obvio, según la definición que del vocablo dá el Diccionario de la Lengua Española, el asegurado señor Saldarriaga Escobar falleció por circunstancia accidental. Y considerando la definición que traen los anexos “hecho violento, externo e involuntario”, también se cumplió en el caso de autos, porque el siniestro —la muerte del asegurado— fue causada por la violencia desatada en un atentado criminal; fue exterior e involuntaria, porque estuvo por fuera de la decisión o control del asegurado quien desde luego no sospechó en el trance mortal ni aún con un mínimo de imprevisión, dada la tranquilidad que dominaba por el aspecto de orden público, en el ambiente de la región donde tuvo su acaecimiento el insuceso”.

En los párrafos que se dejan transcritos, se encuentra resumida la motivación de la sentencia, en cuanto al derecho que asiste a la señora demandante para reclamar el pago de la indemnización correspondiente a los llamados anexos de la póliza de seguro. Por el aspecto probatorio, agrega el Tribunal lo siguiente: “La sociedad aseguradora, para eximirse o esquivar la responsabilidad, argumenta que en las excepciones celebradas en los anexos expresamente se dijo que no se cubriría ninguna de las indemnizaciones si la muerte o las otras lesiones contempladas “fueron causadas por otras personas, salvo que quien reclame demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o a lo sumo de un hecho culposo”, que el asegurador en estas estipulaciones invierte ilegítimamente la carga probatoria, porque el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito (Art. 613). La prueba de las causas determinadas en el siniestro que alegan como eximentes de la responsabilidad del asegurador, corresponden a éste. Expresa la sentencia que el seguro es un contrato de adhesión, por cuanto el asegurado tiene que atenerse a las con-

diciones establecidas en la póliza, generalmente impresas y que por lo tanto es aplicable la norma del artículo 624 del Código Civil, ya que no existe prueba alguna de que la Compañía hubiese explicado al asegurando esas cláusulas ambiguas de las pólizas referentes tanto a la voluntariedad o involuntariedad del hecho que ocasionara la muerte, como a la respectiva carga probatoria. "Solo después de que expresamente se llame la atención al respecto —agrega la sentencia— se descubre la recóndita intención de la entidad aseguradora, de regular no la conducta o comportamiento del asegurado, sino la de terceros ajenos en un todo al trato convencional".

Por último, después de hacer algunas consideraciones sobre los factores éticos y humanos que deben informar las relaciones jurídicas, remata su razonamiento diciendo: "Teniendo en cuenta entonces la intención del asegurado, el fin que lo incitaba a tomar el seguro que era precisamente que a su muerte su familia no quedara desamparada económicamente, considerando el contrato que se analiza en su mera estructura formal sino apreciando su contenido humano concreto, estimando que las cláusulas exceptivas tienen el carácter de accesorias, que el adherente no las conoció o conoció mal y que en todo caso no las comprendió sino imperfectamente, tiene que admitirse con lógica deducción jurídica, que la sociedad aseguradora adeuda el amparo protegido por los anexos".

El Recurso.

El recurrente formula contra la sentencia del Tribunal un único cargo dentro del ámbito de la causal primera, así: "Acuso la sentencia de ser violatoria por infracción directa de los artículos 674 y 696 del Código de Co., a la cual llegó el sentenciador mediante la violación de los artículos 635, inciso 2º y 660 del C. C., por aplicación indebida de los artículos 1602, 1618 y 1622, inciso 1º del C. C., por infracción directa y del artículo 1624 ibídem por aplicación indebida".

"A) Para sustentar su acusación dice el censor que "los artículos 674 y 696 del C.

Co., son normas sustantivas atributivas del derecho a favor del asegurado y de la obligación a cargo del asegurador cuando ocurre el riesgo que su quebrantamiento produjo como consecuencia de los errores 'injudicando' perpetrados por el sentenciador, errores que comportan las violaciones de las restantes normas citadas en el cargo, por los conceptos que allí se expresan, y que condujeron a la declaración de obligaciones hechas por el ad-quem sin causa legal (en lo cual radica precisamente la infracción directa) a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada. Se trata, pues, de un complejo de violaciones de incidencia simultánea o sucesiva que confluyen a la transgresión final de los textos sustantivos preindicados (Art. 674 y 696 del C. Co.). Ello justifica formalmente la enunciación del cargo a guisa de 'proposición jurídica completa' y permite el impulso de la acusación mediante el análisis de la colisión por los conceptos expresados entre la providencia recurrida y las restantes normas de ley".

"B) Confirmando la decisión del a-quo, continúa la censura, el juzgador de segundo grado aplicó los artículos 635, inciso 2º y 660 del C. Co., normas que en su orden son prescriptivas de que en el contrato de seguro se entienda por riesgo la eventualidad del caso fortuito y de que el asegurador puede asumir todos o algunos de los riesgos a que está expuesta la cosa asegurada. En otros términos, la clarísima doctrina legal contenida en dichos preceptos pregona a porfía, sin que haya lugar a ninguna suerte de dubitaciones o perplejidades en su entendimiento, que el asegurador puede tomar sobre sí todos los casos fortuitos o algunos casos fortuitos, ya que según la definición de la Ley, caso fortuito se asimila a eventualidades del riesgo".

Dice que según los anexos de la póliza en cuestión, la Compañía aseguradora excluyó expresamente del seguro algunos de los riesgos o casos fortuitos que pudieran ocurrir, no obstante lo cual, la sentencia acusada fundamentó su decisión condenatoria, precisamente en uno de los riesgos excluidos, y que el juzgador incurrió en "el error jurídico de aplicar indebidamente los

artículos 635, inciso 2º y 660 del C. Co., normas que para tan clara situación ameritaban por el contrario ser aplicadas debidamente en el sentido de liberar al asegurador de cumplir un riesgo que éste no había asumido”.

El censor hace hincapié en que según las cláusulas primera y tercera del anexo primero de la póliza y de la definición y la cláusula 9ª, literal e) del anexo 2º de la misma, el riesgo de una muerte ocurrida como consecuencia de un acto humano voluntario o al menos culposo estaba expresamente excluida del seguro, porque éste sólo amparaba al asegurado “contra accidentes acaecidos en su perjuicio sin la intervención de una voluntad humana positivamente gestora del daño, o de casos fortuitos sin participación de la voluntad humana, o, a lo sumo, contra hechos culposos”.

Arguye el censor que para “la eficacia formal del cargo por infracción directa, ha go observar que no estoy destacando ninguna equivocación de hecho en la estimación de la pieza convencional (pues que no incurre en tal error el sentenciador) sino en la indebida aplicación que el ad-quem le da a las normas referidas frente a una situación jurídica concreta (el contrato) no discutida, que él comprende perfectamente y resuelve mediante el indebido empleo de las disposiciones legales en sentido distinto al de su claro mandato. Se trata pues de una materia en puro derecho, en que los errores se configuran directamente “in judicando” por una equivocada confrontación de jure entre el contrato y la Ley”.

Por último, después de insistir en que según el artículo 1.602 del Código Civil, el contrato de seguro de que daba cuenta la póliza y sus anexos, era una ley para los contratantes, dice que éste era perfectamente claro en cuanto a la definición de los riesgos amparados y de los casos precisos que se habían excluido, entre ellos, el que es de trascendencia en la litis; que la muerte no ocurriera por acción humana, dolosa o culposa. Agrega que en estas condiciones, no era aplicable la regla de interpretación de los contratos que establece el segundo inciso del artículo 1.624, la cual solo es de

recibo cuando no es posible utilizar las normas de interpretación de los contratos que establecen los artículos 1.618 a 1.623.

Consideraciones de la Corte.

I. — El planteamiento del cargo requiere ser interpretado, por cuanto no obstante la insistencia del recurrente en que se trata de una violación directa de las normas sustanciales que menciona, unas por falta de aplicación y otras por aplicación indebida, en otros pasos de la demanda hace alusión expresa a los errores in judicando en que incurrió el Tribunal y a consecuencia de los cuales se produjo el quebrantamiento de la Ley. Dicho en otras palabras, aunque se formula un solo cargo contra la sentencia del Tribunal, ciertos párrafos de la demanda, la acusan por violación directa y otros por la vía indirecta, lo cual no es de recibo dentro de la técnica de casación, como repetidamente lo tiene dicho la Corte. No obstante, como se deduce del contexto del libelo acusatorio, debe entenderse que el quebrantamiento de la ley ocurrió por vía indirecta, como resultado de un error de hecho en la interpretación de las cláusulas del contrato de seguro que aparecen en los anexos de la póliza respectiva, error que el recurrente denomina jurídico o in judicando.

II. — La Corte, en sentencia del 12 de junio del año en curso, aún no publicada (juicio ordinario de Emilio Yadar Nasser contra Concepción Salas de Lombardy y otros), luego de historiar la evolución que ha sufrido la doctrina sobre el error jurídico en la interpretación de los contratos, cambió la jurisprudencia imperante para terminar diciendo que “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 ella resulten, a su contenido, a los medios que establezcan la circunstancia de su celebración, a los usos o costumbres al respecto, al desarrollo práctico que las partes le hayan dado; invocará, cuando haya lugar a ello, las normas de hermenéutica contractual que considere violadas, las que, se repite,

són 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”.

En cuanto a la manera de enderezar el ataque contra la sentencia de segundo grado, dijo la Corte en la misma sentencia antes mencionada: “Entonces, a pesar de que en el recurso extraordinario priven el principio acusatorio y el de la dispositividad de la Corte, en forma tal que la actividad decisoria de ella 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 innecesariamente esta dicotomía en el tratamiento de una cuestión fáctica en el recurso extraordinario”.

III. — La presente controversia, a no dudarlo, se ha circunscrito a la interpretación de los anexos de la póliza de seguro N° 27979 de la cual era beneficiaria la demandante, interpretación que el censor estima que fue hecha en forma equivocada por el Tribunal, concretamente en cuanto se refiere a las cláusulas de tales anexos que para mayor claridad se transcriben enseguida:

“1ª. Definición.—Para efectos de estos beneficios se entiende por accidente el hecho violento, externo e involuntario que cause lesiones corporales evidenciadas por contusiones o heridas visibles exteriormente, a menos que se trate de ahogamiento o de lesiones internas reveladas en la autopsia a consecuencia de las cuales el asegurado fallezca... dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que sufrió dichas lesiones”.

“3ª. Excepciones.—La Suramericana no cubrirá ninguna de las indemnizaciones consagradas en la cláusula 2ª de este anexo, si la muerte... resultare directa o indirectamente de cualquiera de las causas siguientes: a) Por suicidio o por daños o lesiones infringidas así mismo por el asegurado ya sea que se encuentre en estado de enajenación o en uso normal de sus facultades mentales... o muerte causada por otras personas, salvo que quien reclama que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o a la sumo de un hecho culposo...”.

En el segundo de los mencionados anexos puede leerse: “Definición: Para los efectos de este anexo se entiende por accidente el hecho violento, externo, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona que cause lesiones corporales evidenciadas por contusiones o heridas visibles o lesiones internas médicamente comprobadas o ahogamiento”.

IV. — En virtud del contrato de seguro, como lo estatuye el artículo 634 del Código de Comercio, el asegurador toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corran ciertos objetos pertenecientes al asegurado, obligándose a cambio de la prima pagada por éste, a satisfacer la indemnización correspondiente estipulada en la póliza. La muerte de una persona también puede ser objeto del seguro.

¶ Por riesgo se entiende la eventualidad del caso fortuito que pueda causar el daño (Art. 635 *ibidem*). El caso fortuito, a su vez, según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, consiste en un suceso imprevisto a que no es posible resistir, y cuyos requisitos esenciales son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Al respecto se expresó recientemente la Corte así: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente indica un acontecimiento extraño, súbito e inesperado... 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... Si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha

presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito... Pero además el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la referida imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: ser fatal, irresistible, incontrarrestable...". (auto del 22 de abril de 1970. Derecho Colombiano N° 101, páginas 586 y 587).

De esta suerte, si el riesgo asegurado debe consistir en la eventualidad del daño y que este ocurra por caso fortuito, es indispensable que el acontecimiento dañoso sea imprevisible. El factor imprevisibilidad en el seguro de vida radica esencialmente en que se ignora cuándo haya de ocurrir la muerte, y en los demás seguros, en la incertidumbre de la ocurrencia del siniestro, el cual, tratándose del seguro de cosas materiales, consiste en la pérdida o el daño de las mismas. El siniestro deja de ser fortuito, si ocurre por vicio propio de la cosa, por un hecho personal del asegurado o por un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad de éste (Arts. 635 y 676 ibídem), en cuyo caso el asegurador no está obligado a pagar la indemnización convenida. El seguro de vida, se rescinde, si la pérdida de la misma se produce a consecuencia de un hecho intencional o culposo de la persona cuya vida había sido objeto del seguro o de sus herederos (Art. 699 ibídem).

V. — Los hechos intencionales que producen la pérdida de la cosa o la muerte de la persona asegurada, liberan por completo al asegurador de su obligación de indemnizar, porque lo contrario equivaldría a una condonación del dolo futuro, expresamente prohibida por el artículo 1.522 del Código Civil; como también lo liberan los hechos simplemente culposos, al tenor de los artículos 676, 680, numeral 3°, y 699 del Código de Comercio.

Así, el segundo de los preceptos citados, impone al asegurado la obligación de "emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el riesgo", es decir, lo hace responsable de la culpa le-

ve, según la definición del artículo 63 del Código Civil. En el mismo sentido, para el seguro de vida, el artículo 699 del Código primeramente nombrado, establece la rescisión, si el que ha hecho asegurar su vida la pierde por suicidio, en duelo o en otra empresa criminal. Lo primero por definición, corresponde a una muerte intencional; los dos eventos restantes, comprenden indudablemente hechos culposos del asegurado, esto es, temerarios o imprudentes que pueden ocasionar la muerte.

Estas normas de conducta destinadas a prevenir el riesgo, se predicán en el seguro de las cosas materiales, del asegurado, es decir, de la persona llamada a recibir la indemnización; en el seguro de vida, se le imponen a quien aseguró la suya, a sus herederos y a los beneficiarios.

Dicho en otras palabras, la Ley no permite que se pueda indemnizar un daño que ha sido objeto de un seguro, si éste se produce por dolo o culpa del asegurado o de los beneficiarios del seguro. En cambio, a falta de estipulación expresa en contrario, ya que el asegurador puede excluir del seguro alguno o algunos de ellos (Art. 660 ibídem), el siniestro puede consistir en un acontecimiento ocurrido por obra de la naturaleza, como un naufragio o un terremoto, o en actos dolosos o culposos de terceras personas, como el apresamiento de enemigos, según ejemplos que trae el citado artículo 63 del Código Civil. Desde luego de acuerdo con las normas generales reguladoras de la conducta contractual, el asegurador queda libre de responsabilidad, si el asegurado o el tercero que aseguró su vida, contribuyeron con su negligencia o descuido a que el caso fortuito se produjera. (Código Civil, Art. 680, y 1.604, numeral 3° y 699 del Código de Comercio).

VI. — Los anteriores son, en líneas generales, los principios reguladores de la responsabilidad contractual de quienes pactan un seguro, cuya pretermisión produce, ora la rescisión de tal seguro, ora que el asegurador quede exonerado de su obligación de indemnizar. Cuando ocurre el siniestro, legalmente se presume que obedeció a caso

fortuito (Art. 663 del Código de Comercio), pero el asegurador puede desvirtuar esa presunción y con ello liberarse del pago de la indemnización estipulada, si prueba plenamente que el siniestro se produjo a consecuencia de dolo o culpa de quien contrató el seguro, o que ese riesgo no estaba cobijado por la póliza respectiva.

La presunción que establece el citado artículo 663, constituye una excepción a las normas generales de la responsabilidad contractual, según las cuales, la prueba del caso fortuito corresponde a quien lo alega (Código Civil Art. 604, inciso 3º). De no existir la excepción apuntada, incumbiría al asegurado demostrar no sólo la ocurrencia del siniestro sino también que éste acaeció por caso fortuito, lo cual obviamente no habría permitido que este contrato tomara el tremendo auge que hoy acusa en el mundo entero.

Sin embargo, cabe observar, que las presunciones legales como lo es la que se comenta, y al contrario de lo que ocurre con las de derecho, son de carácter supletivo, y por tanto, las partes pueden libremente modificarlas en ciertos casos en cuanto a su alcance y a sus consecuencias probatorias, si ellas provienen de una relación contractual. En estos casos, los efectos probatorios de la presunción son susceptibles de modificaciones convencionales, que la Ley respeta, acogiendo el principio de la autonomía de la voluntad. Si nada dicen las partes al respecto, rige entonces la presunción que establece la Ley, por vía de interpretación de la voluntad no declarada de los contratantes, como ocurre siempre con las normas supletivas.

VII. - La interpretación equivocada que el censor atribuye al Tribunal, versa exclusivamente sobre el concepto de voluntariedad humana en los hechos que produjeron la muerte de José Antonio Saldarriaga Escobar. La acusación dice que por acuerdo de las partes contratantes, expresa y claramente consignado en las cláusulas de los anexos a que atrás se hizo mención, el referido riesgo estaba excluido del seguro; que la muerte del asegurado no podía ser causada voluntariamente por otra persona; que

la vida del señor Saldarriaga sólo estaba amparada por el seguro respecto de accidentes o desastres en cuya ocurrencia no hubiera intervenido el hombre, a menos que las lesiones o la muerte provinieran de un caso fortuito, "o a lo sumo de un hecho culposo", cuya ocurrencia debía ser demostrada por el beneficiario del seguro.

Agrega el recurrente, que las partes podían, al tenor del artículo 660 del Código de Comercio, limitar los riesgos que asumía el asegurador y que eso fue precisamente lo que hizo la Suramericana de Seguros mediante las cláusulas a que varias veces se ha hecho mención, y que siendo ellas una ley del contrato, el Tribunal infringió directamente los artículos 1.602 y 1.618, inciso 1º, y el 1.622 del Código Civil, a consecuencia de lo cual, aplicó indebidamente los artículos 635, inciso 2º y 660 del Código de Comercio y 1.624 del Código Civil.

En la sentencia acusada se expresa que en el contrato de seguro sobre el cual versa el caso sub-judice, que es de adhesión, el asegurador invirtió la carga probatoria, al establecer que el reclamante del seguro debía suministrar la prueba de que la muerte del asegurado había provenido "de un caso fortuito, o a lo sumo, de un hecho culposo". Se dice también, que las respectivas estipulaciones no son claras, que "...tienen el carácter de accesorias; que el adherente no las conoció o conoció mal y que en todo caso no las comprendió sino imperfectamente..." para concluir que deben ser interpretadas en contra de la compañía aseguradora, según lo estatuye el segundo inciso del artículo 1.624 del Código Civil.

Con todo, el Tribunal consideró que según las pruebas aportadas por la parte actora, la muerte del señor Saldarriaga fue accidental y eventual"... porque se produjo de un modo inesperado y fue fortuita, porque por el modo intempestivo como se produjo no podía la víctima resistirlo...". Y más adelante agrega que el siniestro "...fue causado por la violencia desatada en un atentado criminal; y fue exterior e involuntario, porque estuvo por fuera de la decisión o control del asegurado, quien des-

de luego no cooperó en el trance mortal ni aún con un mínimo de imprevisión, dada la tranquilidad que dominaba por el aspecto de orden público en el ambiente de la región donde tuvo su acaecimiento el insuceso”.

El recurrente hace extensos razonamientos tendientes a puntualizar el error de interpretación que le atribuye a la sentencia del Tribunal, porque considera que la muerte del señor Saldarriaga fue ocasionada por otras personas, lo cual la colocaba por fuera del riesgo que cubriese los llamados anexos del seguro. La Corte estima que ese posible error no es manifiesto ni ostensible, como legalmente debe serlo para que constituya motivo de casación del fallo acusado. Está dicho y repetido que “el error de hecho en la apreciación de la prueba debe ser tan protuberante, tan convincente, tan manifiesto, que de manera indiscutible e indudable, no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque si admite otra siquiera, como la sostenida en el fallo, no es posible el error de hecho en casación, ya que no tendría el carácter de manifiesto que exige el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial”. (Cas. Civil agosto 13 de 1954, Tomo LXXVIII, Pág. 315).

En otras sentencias del mismo año dijo la Corte:

“No puede admitirse en casación la existencia de un error de hecho en la apreciación de un elemento probatorio por el solo hecho de que la apreciación personal del recurrente difiera de la formada por fallador de instancia; porque según el contexto del inciso 2º del artículo 520 del Código Judicial, en cuya interpretación la jurisprudencia ha sido unánime, para que prospere esa causal, el error debe aparecer de manera evidente, que se haga presente al raciocinio en forma manifiesta”. (Cas. Civil, marzo 15 de 1955, Tomo LXXIX, Pág. 726).

“El error de hecho como fundamento del recurso de casación debe aparecer en los autos de modo manifiesto, es decir, que se ofrezca a la inteligencia del fallador en for-

ma tan clara y precisa que su evidencia no puede quedar sometida a la duda, porque donde ésta exista, la evidencia desaparece”. (Cas. Civil abril 25 de 1955, Tomo LXXX, Pág. 56).

Y concretamente, en cuanto a esta clase de error en la interpretación de los contratos, ha dicho también la Corte: “Cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas, no genera error evidente de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación”. (Cas. Civil, diciembre 15 de 1955, Tomo LXXXI, Pág. 772).

El Tribunal entendió, acogiendo al respecto la tesis del Juzgado, que ese factor voluntariedad humana, en el hecho que produjera la muerte o las lesiones del asegurado, tenía que predicarse exclusivamente de las partes que intervinieron en el contrato de seguro y no de terceras personas. Y en todo caso entendió también “que la muerte del señor Saldarriaga provino de un caso fortuito, tal como lo define la póliza, es decir, de un hecho violento, externo, visible y ocasional” porque así lo encontró plenamente demostrado en los autos. No hay, pues, error ostensible alguno en la interpretación que la sentencia acusada le dio a las mencionadas cláusulas de los anexos. Y no sobra agregar que la apreciación que hizo el Tribunal de las pruebas tendientes a demostrar que la muerte del señor Saldarriaga ocurrió por caso fortuito, es intocable en casación, por el potísimo motivo de que al respecto la censura no formuló cargo alguno.

En síntesis: la sentencia acusada se basa en que la parte actora logró probar plenamente que la muerte del señor Saldarriaga Escobar ocurrió por caso fortuito, con lo cual se cumplió lo previsto en los anexos de la póliza de seguro. Además, en el fallo acusado se interpretan las cláusulas respectivas, acertadamente a juicio de la Corte, en el sentido de que la intervención de terceras personas en la ocurrencia de la muerte, no constituía un riesgo excluido del seguro, sino apenas una inversión de la carga de la prueba del caso fortuito, el cual se presume

en contra del asegurador (Art. 663 del Código de Comercio) en caso de cualquier siniestro, pero que en el presente debía ser demostrado, como lo fue, por la parte acreedora al pago de la indemnización. No hubo pues, el quebranto de las normas legales que indica el recurrente y por tanto el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este juicio ordinario de Bernarda Jaramillo de Saldarriaga contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A.

Costas a cargo del recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta N^o 80 de 16 de los corrientes).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO DE AERODROMOS

Presunción de culpa del Art. 63 de la Ley 89 de 1938.

Qué se entiende por hechos del servicio aéreo en un aeródromo o aeropuerto.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. - Bogotá, D. E., septiembre veintiocho de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Blanco Cabrera).

(Aprobada en sesión que consta en Acta del 24 de septiembre de mil novecientos setenta).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de siete de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de "Líneas Aéreas del Caribe Ltda." contra "Frontino Gold Mines Limited".

El Litigio.

Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, Líneas Aéreas del Caribe Limitada demandó a Frontino Gold Mines Limited, en procura de los siguientes pronunciamientos:

"1º Que Frontino Gold Mines Limited debe a Líneas Aéreas del Caribe Limitada, LIDCA, por concepto del daño emergente que le ocasionó con los hechos de que tratan los numerales 8º y 9º de este libelo, la cantidad de Cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000.00) de la moneda legal colombiana o la que determinen los peritos designados en el juicio.

"2º. Que Frontino Gold Mines Limited debe a Líneas Aéreas del Caribe Limitada, LIDCA, por concepto del lucro cesante que le ocasionó los hechos narrados, la cantidad de Doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00) de la moneda legal colombiana, o la que determinen los peritos designados en el juicio.

"3º Que la parte demandada debe las costas y gastos del juicio".

Los hechos fundamentales de la acción son los siguientes según el resumen del Tribunal:

"que el 23 de febrero de 1959 el avión Fairchild Packet C-82 HK-915 de propiedad de la Sociedad actora y pilotado por el capitán Luis Cotes, 'aterrizó de emergencia' en el campo de aviación de propiedad particular de la sociedad demandada, situado en el municipio de Segovia;

"que el aterrizaje se debió a dificultades meteorológicas que impidieron continuar el vuelo o regresar a un aeropuerto alterno, viéndose el piloto obligado al aterrizaje de emergencia que se llevó a efecto con todo éxito;

"que la sociedad demandante hizo todo lo posible para que el avión decolara en la pista de propiedad particular de la sociedad demandada, pero no lo consiguió debido a la capacidad y potencia del avión, pues, que sería necesario una pista de mayor amplitud o la ayuda de unos aparatos llamados

“Jatos” que se debían adaptar al avión y que se conseguirían en Estados Unidos de Norte América;

“que el capitán Hernando Alvarez retiró todos los motores del avión a un lugar adecuado para hacerles una completa revisión y algún servicio de mantenimiento, pues tenían un gran valor patrimonial, para que el avión ofreciera las máximas garantías en el decolaje, y que dejó en la pista el resto del avión en inmejorables condiciones;

“que por acción directa de la sociedad demandada, alegando que había recibido en propiedad el fuselaje del avión, lo desmanteló, lo desbarató, se apropió de sus partes, permitió la acción dañina de terceros y las destinaciones diferentes, se apropió del aparato de radio, etc., y que del fuselaje en cuestión prácticamente nada queda;

“que la Frontino Gold Mines Limited” se niega a entregar el avión en las mismas condiciones en que se encontraba cuando hizo el aterrizaje de emergencia, y alega que le deben por concepto de la utilización de la pista, parqueada por más de un año, etc., la cuenta que ellos estarían dispuestos a pasar si insisten en la recuperación de los restos del fuselaje;

“que por los hechos narrados referentes al contrato de depósito y puesto que ya es imposible retirar el avión de la pista por el desmantelamiento llevado a efecto por la sociedad demandada y por la acción y omisión indebidas de la misma, se le deben las cantidades indicadas antes ya que se trata de un contrato de depósito necesario, según el artículo 2260 del Código Civil, y que debió custodiar el avión, sin usarlo, vigilarlo y cuidarlo personalmente o por medio de sus agentes, avisar a los depositantes de los peligros que amenazaran el bien, y, en una palabra, que la sociedad demandada no cumplió con sus obligaciones”.

Notificado el libelo, la entidad demandada propuso las excepciones de inexisten-

cia de la obligación, ilegitimidad de la personería de la demandante, y “la genérica”.

Tramitada la primera instancia el Juzgado absolvió de todos los cargos a la parte demandada y condenó en costas a la actora. Por apelación de ésta el Tribunal confirmó la sentencia recurrida condenando así mismo, en costas, a la entidad demandante. No se conformó la entidad vencida con el fallo de segundo grado, e interpuso oportunamente recurso de casación, el que entra a decidir la Corte.

La Sentencia Impugnada.

Analiza en primer lugar el fallo del juzgado que estima bien fundamentado por considerar que no se trata de un depósito necesario, y que si fuera voluntario, debería, por falta de prueba conducente, ser creído el depositario bajo su palabra, “sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada ó al hecho de la restitución”, por lo cual es el caso de dar crédito a la entidad demandada, “porque el hecho que ella confiesa podría significar un depósito voluntario” y ni aún este depósito está acreditado debidamente.

Agrega que “no hay lugar a estudiar si en virtud de los artículos 1494 y 1495 del C. C., existe otra clase de responsabilidad, a cargo de la sociedad demandada, porque fuera de que no se encuentra acreditada la entrega del avión a la sociedad demandada, ni que ésta lo recibiera y menos que asumiera la carga de guardarlo, el fallador debe sujetarse a las limitaciones de la demanda, esto es, a decidir si es el caso de condenar por daño emergente y lucro cesante con motivo del pretendido depósito necesario que alega la parte actora”;

que la prueba que ofrece el expediente respecto a la entrega del fuselaje del avión, se refiere a una fecha muy posterior al 23 de febrero de 1959, cuando tuvo lugar el aterrizaje de emergencia, y se refiere claramente a que esa entrega se hizo en propiedad, y no a título de depósito necesario;

que es de la esencia del depósito necesario la entrega por el depositante y el recibo por el depositario, de la cosa depositada;

que "no hay prueba, ni indicio ni dato que indique el nombre de la persona que pudo entregar la cosa ni el nombre de la persona que pudo recibirla";

que en las peticiones de la demanda no se reclama la aeronave, sino los perjuicios, "y con fundamento exclusivamente en las disposiciones del Código Civil que regulan lo concerniente al depósito" y de preferencia al necesario;

que en la diligencia de inspección ocular practicada el 18 de junio de 1962, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Segovia, se constató: "El avión está completo pero en partes y en lo que se refiere al armazón de aluminio; no hay sillas centrales ni instrumentos, ni radio, ni motores, pues en el estado actual se encuentra inservible como avión, servirían como aluminio o chatarra viejo, están en un lugar adecuado dentro de la compañía";

que según los peritos los restos del avión en referencia "carecen de todo valor, porque se trata de verdadera 'chatarra'";

que las cuatro o cinco toneladas de chatarra que componen el resto del avión nada valen, por el alto costo de su transporte a centros comerciales, el que debido al volumen se eleva considerablemente;

que "los peritos no advierten lucro cesante y afirman que después de lo que han dicho en su concepto: se comprende que no puedan 'hacer un cómputo de los perjuicios dado que éstos no existen';

que conviene destacar que el fuselaje se encuentra en el sitio de "María Dama", a dos kilómetros más o menos del campo de aterrizaje, y éste se halla a cuatro kilómetros de la oficina general de la Frontino, por carretera, según lo constató el Juez Promiscuo Municipal de Segovia en la diligencia de Inspección Ocular; que según el artículo 63 de la Ley 89 de 1938 se presume

negligencia en el empresario del aeropuerto, salvo prueba en contrario, "y como se vio está ampliamente comprobado que la sociedad demandante retiró los motores del avión, las llantas y otros elementos, el radio compás fue secuestrado" y el resto del fuselaje se halla en el paraje "María Dama" a donde lo llevaron las partes de común acuerdo;

que "en estas circunstancias y teniendo en cuenta las razones expuestas antes, de las cuales no aparece prueba alguna sobre el hecho de que la sociedad demandada haya desmantelado el avión que se afirma se le dio en depósito necesario, considera la Sala que la entidad demandante ha debido dar una prueba escrita sobre el hecho del depósito, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2242 del C. C., y que la presunción de negligencia de parte de la entidad demandada, o de sus empleados, ha sido destruída por el hecho de la huelga, por el depósito del radio compás que parece fue robado, por la vigilancia del ejército y la policía sobre el fuselaje de que se trata, por los avisos que la sociedad demandada dio a la sociedad demandante y porque las partes no se hacen cargos en cuanto a sus deberes y derechos a partir del día del aterrizaje hasta cuando muy posteriormente, se retiraron los motores del avión, parte de las alas, llantas etc., sino con posterioridad a esa actuación muy caracterizada de ambas partes, actuación que envuelve el hecho acreditado de que el fuselaje fue trasladado a una distancia de dos kilómetros de la pista con la colaboración de ambas partes y sobre esos hechos y sobre la entrega del avión o del fuselaje en depósito, debió dejarse constancia escrita y como se omitió esa formalidad, la acción carece de apoyo en los hechos relacionados y probados y no puede prosperar";

que "la disposición del Art. 63 —de la Ley 89 de 1938—, no es aplicable al caso, porque a la fecha del aterrizaje de emergencia no se había autorizado la operación en el citado aeródromo "Campoalegre", pues solo se clasificó como particular y privado por Resolución número 213 de septiembre 23 de 1959, y por Resolución número 271 de septiembre 8 de 1960, se renovó el per-

miso de operación hasta el 30 de septiembre de 1961, el cual se encuentra vencido, fuera de que el aeródromo mencionado no ha sido inscrito al tenor del Art. 50 y párrafo de la Ley 89 de 1938, conforme al mismo exhorto”.

Las razones expuestas llevaron al Tribunal a confirmar el fallo del Juzgado.

La Impugnación.

Dos cargos formula el recurso al fallo del Tribunal: el primero “por aplicación indebida” del artículo 63 de la Ley 89 de 1938, y el segundo por “no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción”, esto es, por las causales primera y segunda, respectivamente, del Art. 52 del Decreto 528 de 1964.

Por razón de técnica se estudia en primer lugar la segunda tacha.

Segundo Cargo.

Se puede sintetizar así:

“La sola lectura de los hechos de la demanda demuestra que, a pesar de que se invocaron las normas legales que regulan el depósito, se trata de una acción de responsabilidad civil nacida en hechos que, mal interpretados, se consideraron como un depósito y que pueden no serlo. La realidad es diferente: La responsabilidad legal de la Frontino nace en la explotación de un aeropuerto. Los daños que se causen por tal explotación, son de su cargo... los hechos aducidos en la demanda y las solicitudes que ella contiene, daban base suficiente para que, tanto el Juez como el Tribunal, se hubieran pronunciado sobre las pretensiones de mi mandante, cosa que no hicieron por considerar, equivocadamente, que todo el fondo del asunto era la discusión acerca de la existencia o no de un contrato de depósito; cuando el fondo del litigio consistía en la declaratoria de la responsabilidad de la Frontino por los daños sufridos por la aeronave de propiedad de mi mandante... Por lo anterior por haber negado la existencia de un contrato de depósito, cuando se solici-

taba una condena por responsabilidad civil, la sentencia recurrida no está en consonancia con la solicitud de mi mandante”.

Se Considera:

1. Según se vió, la sentencia de primer grado absolvió de todos los cargos a la parte demandada y el Tribunal la confirmó sin modificaciones, de manera que su fallo es totalmente absolutorio.

2. “Se da la causal segunda de casación (Art. 52 del Decreto número 528 de 1964), cuando el sentenciador al fallar el asunto sometido a su decisión profiere sentencia de mérito resolviendo ultra petita, o extra petita, o mínima petita, esto es, cuando decide concediendo más de lo pedido, o sobre extremos que no han sido materia del litigio, o deja de resolver sobre algunas de las pretensiones oportunamente alegadas por las partes. Cuando ocurre alguno de estos eventos puede hablarse entonces, con propiedad, de que existe incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado.

“Mas si la sentencia es totalmente absolutoria del demandado, como el caso de autos, la causal segunda de casación no se configura, porque un fallo completamente absolutorio prevé sobre todos los aspectos de la controversia y falla, en consecuencia, todas las peticiones de la demanda”. (Casación de 6 de septiembre de 1967, aún no publicada en la G. J.).

3. Por otra parte, si como dice el recurrente el sentenciador interpretó mal la demanda, ha debido acusar por la causal primera y no por la segunda. Al respecto dice la Corte: “Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del prime-

ro de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustancial". (G. J. número 1.977, Pág. 21).

El cargo no prospera.

Primer Cargo.

Expresa el censor:

"Acuso la sentencia de ser violatoria del Art. 63 de la Ley 89 de 1938, por aplicación indebida.

"Dice la sentencia recurrida: "La disposición del Art. 63 citado no es aplicable al caso, porque a la fecha del aterrizaje de emergencia no se había autorizado la operación en el citado aeródromo de Campoalegre...". Transcribe luego el Art. 63 que establece que "los daños y perjuicios sobrevenidos dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo, son de cargo del empresario de éste, cuando puedan imputarse a negligencia de parte suya o de sus empleados, la cual se presume, salvo prueba en contrario". Agrega que "es bien sabido que la causal de violación de la ley, por aplicación indebida, consiste en: 'aplicar una disposición legal inaplicable en el caso o dejar de aplicar una disposición legal que sí es aplicable', caso este último que se presenta en nuestro asunto"; que el argumento que da el Tribunal para no aplicar el Art. 63 es realmente infantil pues se funda en que "se clasificó como particular y privado por Resolución N° 271 de septiembre 23 de 1959... fuera de que el aeropuerto mencionado no ha sido inscrito al tenor del Art. 50 de la Ley 89 de 1938..."; que "es curioso que el no cumplimiento de la ley (en este caso la inscripción del aeropuerto y la solicitud de clasificación) sirva de eximente de responsabilidad"; y que "el solo hecho, debidamente comprobado, como lo está, de que la Frontino no permitió la ampliación del campo para que la aeronave pudiera despegar, demuestra satisfactoriamente hasta dónde esta sociedad tenía el control del aeropuerto".

Se Considera:

1. Se formula este cargo dentro de la órbita de la causal primera consagrada en el

numeral 1° del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por violación del Art. 63 de la Ley 89 de 1938, que es norma sustancial, ya que es de aquellas que en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

2. Aun cuando el censor confunde la aplicación indebida con la falta de aplicación, no hay duda de que la impugnación se funda en esta última, esto es, en no haber empleado el sentenciador el Art. 63 de la Ley 89 de 1938.

3. Vale la pena de aclarar que la infracción directa o falta de aplicación de la norma sustancial, se produce cuando dicha norma se deja de aplicar al caso del pleito, debiendo serlo; al paso que la aplicación indebida consiste en aplicarla no siendo la pertinente al asunto que se ventila. Es decir, que en la falta de aplicación se infringe la norma sustancial por omisión, y en la aplicación indebida por acción.

4. El ataque se hace por la vía directa, ya que el censor toma las pruebas como aparecen del proceso, sin imputar yerro alguno probatorio al sentenciador a través del cual se hubiera llegado a la infracción de la norma sustancial.

5. Para el estudio de la censura se transcriben las disposiciones pertinentes de la Ley 89 de 1938, sobre aeronáutica civil:

Artículo 48.—Aeródromo es toda localidad en tierra o en agua, adaptada para el arribo y partida de aeronaves.

Parágrafo: Por contorno del aeródromo se entienden los linderos del área destinada exclusivamente para ese fin.

Artículo 49.—Aeropuerto es todo aeródromo dotado de servicios especiales para el arribo, partida, alojamiento y abastecimiento de aeronaves, o para el embarque y desembarque de pasajeros y para la carga y descarga de mercancías.

Artículo 50.—El Gobierno abrirá un Registro Nacional de Aeródromos, en el cual

deben figurar los aeródromos o aeropuertos autorizados como tales.

Parágrafo: Un acto translaticio del dominio de un aeródromo o aeropuerto, o que lo grave o limite, no tendrá validez sin que se haya efectuado la debida anotación en el Registro Nacional de Aeródromos.

Artículo 51.—Los aeródromos y aeropuertos, por razón de su uso, se dividen en públicos y privados, y por razón de su propiedad, en nacionales y particulares.

Son públicos los abiertos por su empresario al tránsito aéreo general.

Son privados los destinados por el propietario a las actividades de su empresa.

Son nacionales los de propiedad del Gobierno Nacional.

Son particulares todos los demás.

Artículo 52.—Todo aeródromo o aeropuerto público podrá ser utilizado por cualquier aeronave privada, mediante remuneración establecida en tarifas previamente aprobadas por el Gobierno.

Ninguna aeronave privada podrá utilizar un aeródromo o aeropuerto privado sin permiso del empresario correspondiente, salvo el caso de fuerza mayor.

Las aeronaves del Estado podrán usar gratuitamente cualquier aeródromo o aeropuerto nacional o particular, público o privado.

Artículo 53.—Solamente cuando se trate de fuerza mayor o de caso fortuito, las aeronaves podrán utilizar lugares que no estén autorizados como aeródromos.

Artículo 54.—Para poder construir aeródromos e instalaciones destinadas a la navegación aérea, son necesarios los siguientes requisitos:

a) Autorización previa del Gobierno para el estudio y localización del aeródromo e instalaciones.

b) Presentación al Gobierno de los planos y proyectos para su aprobación y revisión.

Artículo 61.—Para poder explotar un aeródromo o aeropuerto, se requiere que el empresario compruebe ante el Gobierno su capacidad administrativa, técnica y financiera en relación con las actividades que se propone desarrollar, y que obtenga el permiso correspondiente. Estos permisos deben someterse a renovación periódica.

Artículo 62.—El propietario se reputará empresario de un aeródromo o aeropuerto, salvo el caso en que la calidad de empresario haya sido reconocida a otra persona por medio de documento público, y se haya efectuado la debida anotación en el Registro Nacional de Aeródromos.

Artículo 63.—Los daños y perjuicios sobrevenidos dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo, son de cargo del empresario de éste, cuando puedan imputarse a negligencia de parte suya o de sus empleados, la cual se presume, salvo prueba en contrario. Los empresarios quedan en libertad de repetir contra los responsables directos del daño.

6. De los artículos transcritos salta a la vista que la presunción contenida en el Art. 63 solo opera con el lleno de estos antecedentes o circunstancias:

a) Que se hayan causado daños o perjuicios; y

b) que éstos se hayan producido dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo.

7. Como para que actúe el artículo 63 es necesario según se vio que los daños se hayan causado dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, pero a consecuencia de hecho del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo, conviene examinar cómo deben entenderse estos dos antecedentes o condiciones a la luz de la ley 89 de 1938.

Visto está que se entiende por aeródromo o aeropuerto según la definición de los artículos 48 y 49 de dicha ley, y cómo el artículo 50 establece el Registro Nacional de Aeródromos "en el cual deben figurar los aeródromos o aeropuertos autorizados como tales". De manera que los no autorizados no pueden considerarse como aeródromos o aeropuertos, deducción que confirma el artículo 53 cuando establece que por caso fortuito o fuerza mayor las aeronaves pueden utilizar otros lugares que no tengan aquella autorización. Hay, pues, sitios que pueden ser usados por las aeronaves en caso de emergencia, a pesar de no estar autorizados como aeródromos. Por lo visto, el artículo 63 no puede interpretarse aisladamente, sino que es preciso relacionarlo con las demás disposiciones de la misma Ley 89 con el fin de conocer el verdadero significado de las denominaciones aeródromo y aeropuerto, y poder establecer el alcance de la presunción contenida en él; "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". (C.C. Art. 30, Inc. 2ª).

Dedúcese de lo expuesto y frente a la prueba de que el sitio donde aterrizó la aeronave "Fairchild Packet C-82 HK 915" no estaba autorizado, hecho aceptado por la entidad demandante, que la pista de aterrizaje de la "Frontino Gold Mines Limited", no era ni aeródromo ni aeropuerto público o privado, atendidas las disposiciones transcritas de la Ley 89.

Por hechos del servicio aéreo se entienden, según el artículo 49 *ibidem*, los que se prestan para el arribo, partida, alojamiento y abastecimiento de aeronaves, para el embarque y desembarque de pasajeros, carga y descargue de mercancías, etc. Pero nótese que aunque los daños sobrevengan den-

tro o fuera de un aeródromo, el artículo 63 exige que sean consecuencia de hechos del servicio ocurridos dentro del mismo, por modo que si aquellos ocurren dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, pero no por hechos originados dentro de éste, no opera la presunción.

Los daños cuya indemnización demanda el actor no provienen de hechos de servicio aéreo prestado por la Compañía demandada; pero aunque así fuera, tampoco sería aplicable al caso el artículo 63, ya que el sitio en donde aterrizó el aparato no era aeródromo ni aeropuerto.

Por tanto, el cargo se rechaza.

Resolución:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha siete de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio ordinario seguido por "Líneas Aéreas del Caribe Limitada, LIDCA" contra la sociedad "Frontino Gold Mines Limited".

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

Causal 2º de casación: incongruencia.-Interpretación de la demanda. - Las normas sobre lesión en la venta son aplicables a la permuta.-Legitimación para demandarla.- Las restituciones mutuas deben decretarse ex officio.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. - Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 83 de 23 de septiembre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de marzo de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Justino Jaramillo contra José Wahanik Bardi.

El Litigio.

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, Justino Jaramillo demandó a José Wahanik Bardi a efecto de que se declarase rescindido, por lesión enorme, el contrato de compraventa recogido en la escritura 868 de 14 de agosto de 1953, otorgada en la Notaría del Circuito de Facatativá, y se dispusiese que "si el demandado no paga al demandante el suplemento del precio" en el plazo que se le señale, debe restituirle el inmueble que el actor le transfirió, junto con los frutos producidos desde la fecha de presentación de la demanda.

Como fundamento de su pretensión afirma el demandante:

a) Que por medio de la escritura 868 prenombrada le vendió al demandado Wahanik la finca "La Jazminia", situada en el municipio de Chaparral, alindada como se expresa en la súplica primera de la demanda.

b) Que el precio de la venta fue la cantidad de \$ 60.000.00 que el comprador pagó así: \$ 20.000.00 representados en la casa distinguida con el número 5-78 de la calle 30 de Bogotá; \$ 10.000.00 representados en el saldo neto que restaba una vez pagados los dos gravámenes hipotecarios que por un valor total de \$ 70.000.00 pesaban sobre el edificio distinguido con los números 12-A-24, 12-A-28, 12-A-30 y 12-A-32 de la carrera 21 de esta ciudad; \$ 20.000.00 representados en el crédito a favor del Banco Agrícola Hipotecario, garantizado con hipoteca de la finca "La Jazminia"; y la cantidad de \$ 10.000.00 que el comprador se comprometió a pagar y que pagó al demandante.

c) Que el precio que el demandado pagó por la finca "La Jazminia" es inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida en la fecha del contrato, 14 de agosto de 1953.

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición del demandado, el juzgado le puso fin con la sentencia de 24 de junio de 1965, mediante la cual acogió las peticiones de la demanda. Apelada por el demandado esta decisión, el Tribunal la revo-

có en sentencia del 11 de marzo de 1967, y en su lugar resolvió: "Decláranse probadas las defensas perentorias propuestas por el demandado de 'ineptitud sustantiva de la demanda' y 'carencia de legitimación en la causa activa o falta o pérdida del derecho ejercido'. Como consecuencia, no procede hacer las declaraciones impetradas en el petitum de demanda, las cuales se niegan". Decretó, así mismo, la cancelación del registro de la demanda y condenó a la parte demandante en las costas de la primera instancia.

Este es el fallo materia del recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia Impugnada

Luego de precisar el sentenciador las condiciones axiológicas de la acción rescisoria por lesión enorme, de acuerdo con las normas que la disciplinan, y de referirse a las pruebas que llevaron al a-quo a decretarla, observa que "las pretensiones del libelo en la forma establecida pericialmente, a primera vista llevarían a la Sala al extremo de confirmar el fallo recurrido"; pero que al examinar las excepciones propuestas por la parte demandada, que denominó "ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido" y "carencia de legitimación en la causa activa o pérdida del derecho ejercido", encuentra el Tribunal "que la demanda contempla la rescisión del contrato contenido en la escritura 868 de 14 de agosto de 1953 para que se le restituya "La Jazminia", sin referir ella los inmuebles y dineros que recibió el actor Jaramillo de parte del demandado Wahanik como contraprestación"; que si la acción rescisoria por lesión enorme tiene por objeto establecer el equilibrio contractual, no podía solicitarse tan sólo la restitución de "La Jazminia", sino, además "el decreto de vuelta de todas las cosas al estado anterior al contrato" o sea la devolución de la casa, edificio y dinero, con sus frutos e intereses a Wahanik; pero que "como tal no ocurrió, el petitum fue parcial, sin que él sea susceptible de complementarse por vías de interpretación, ya que su deficiencia arranca de una disconformidad entre los términos del contrato y las aspiraciones de la demanda".

"Y seguramente —agrega— el demandante al pedir solo la restitución de la hacienda 'La Jazminia' lo hizo callándose una situación creada por él mismo con la venta del inmueble de la carrera veintiuna (21) distinguida con los números 12-A-28/30 hecha por medio de la escritura número 5949 de 7 de diciembre de 1955 de la Notaría 7ª de Bogotá a Cecilia Bohórquez de Guiott, como está plenamente demostrado al folio 35 del cuaderno principal, con la certificación expedida el 29 de marzo de 1952 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá; por el gravamen hipotecario impuesto por éste a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante escritura 876 de 2 de marzo de 1954 de la Notaría 7ª de Bogotá, a la casa distinguida con el número 5-78 de la calle 30 de esta ciudad, y finalmente, por el embargo decretado por el Juzgado 10 de este Circuito, en el juicio de venta que la Caja le inició a Jaramillo, registrado en junio de 1957 bajo el N° 531, todo lo cual está demostrado con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, visible al folio 36 del cuaderno principal".

Dice que estas actuaciones de tipo dispositivo llevaron al demandante a pedir tan sólo la restitución de la finca "La Jazminia", puesto que no podía devolver el edificio y porque sus condiciones económicas seguramente no le permitían la devolución de la casa depurada de la hipoteca y el embargo. De donde concluye que incurrió el demandante en una falta que caracteriza la petición de modo indebido con alcance y efectos lógicos que conllevan la ineptitud sustantiva del libelo de demanda".

Procede luego el Tribunal, "haciendo abstracción de la defensa anteriormente analizada y aceptada", a examinar la que el demandado denominó "carencia de legitimación en la causa activa o falta o pérdida del derecho ejercido", y la encuentra fundada, puesto que siendo, en su sentir, la legitimación en causa el nervio propio de la titularidad del derecho ejercitado, el que reclama el demandante no existe por haber vendido el edificio que recibió de Wa-

hanik como parte del precio, según se desprende del precepto contenido en el artículo 1951 del Código Civil. Observa que conforme a esa disposición, perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato", y que "lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa..."; que los términos en que se halla concebida esta norma permiten concluir que uno de los requisitos axiológicos de la acción rescisoria por lesión enorme es el de que el demandante se halle "en condiciones de asumir íntegramente los resultados del fallo a que aspira, dejando en un todo a salvo los derechos del demandado, afirmativamente garantizados por la ley"; que, de consiguiente, "si alguien que ha recibido inmuebles en compraventa o en permuta, los enajena, cancela con esta disposición toda posibilidad de reclamo, y lo contrario daría al traste con los preceptos normativos, que desvertebrarían lógicamente los cimientos del derecho positivo que impera sobre la materia".

Advierte, finalmente, que el reconocimiento de las dos defensas estudiadas releva al Tribunal de examinar la tercera, de acuerdo con el artículo 344 del Código Judicial, y lo lleva a revocar la sentencia apelada por ineptitud sustantiva de la demanda y pérdida del derecho que reclama el demandante.

La Demanda de Casación.

Siete cargos se formulan en ella a la sentencia del Tribunal: cinco dentro del ámbito de la causal primera, y dos con fundamento en la segunda. Aunque la acusación por inconsonancia se propone en último lugar, la Corte procede a estudiarla en primer término por exigirlo así el examen lógico de las causales aducidas.

Cargos Sexto y Séptimo.

Censúrase en ellos la sentencia de segunda instancia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

A intento de fundar su acusación por incongruencia, se extiende el censor en un

alegato de veintidós páginas, en prolijas consideraciones de índole jurídica encaminadas a demostrar las violaciones de la ley sustancial en que habría incurrido el sentenciador, que hacen difícil precisar su pensamiento en relación con los fundamentos en que descansa la censura.

Entresacando de ese alegato los conceptos pertinentes, encuéntrase que la falta de consonancia del fallo de segundo grado con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se hace consistir:

a) En que al declarar probadas las defensas propuestas por el demandado existe incongruencia "por falta de fallo", ya que el del Tribunal "decide sobre un edificio de la carrera 21 de la calle 12-A de esta ciudad, al cual en este juicio no le son aplicables los artículos contenidos en el Título 23, del Libro 4º, Capítulo 13 del Código Civil Colombiano, por no ser la cosa que se demanda, la cual es otra muy distinta";

b) En que "por los motivos anteriores en que se pone de relieve la múltiple violación a la ley sustantiva por el fallo acusado, queda demostrado que es omiso porque no resuelve las solicitudes de las partes dentro de las facultades que le otorga y a que lo obliga la ley";

c) En que "habiendo encontrado el sentenciador probada la excepción, propuesta por el demandado de 'ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido', situación ésta que le imponía el deber de inhibirse para dictar sentencia de mérito estimatoria y que era el extremo a que podía aspirar el demandado, no lo hizo así y en su camino de desaciertos fue más allá, es decir a fallar de mérito, declarando probada la excepción, también propuesta por el demandado de 'carencia de legitimación en la causa activa o falta o pérdida del derecho ejercido', pronunciándose así de manera estimatoria y decidiendo por este aspecto una demanda que antes acababa de decir que no existía y negar las declaraciones impetradas en el petitum de la demanda con la consecuencia de violar la ley sustantiva contenida en los artículos 1946, 1947, 1948, 1951, 1953, 1746, 1602 del C. C.,

Art. 26 de la Carta, incorporado al Código Civil, Arts. 955, 2320 y en su defecto los artículos 2142, 2150, 2168 y 2188 del C. C. y los Arts. 205, 213, 271, 472, 473 del C. J.", y

d) En que "si la inhibición impone el silencio del juzgador entre las peticiones del actor y las pretensiones del demandante y demandado, al decidirse sobre ellas, negándolas, se produce una decisión de mérito incompatible con la excepción de "demanda en forma", constituyéndose así la incongruencia entre las pretensiones deducidas por los litigantes que configura no estar la sentencia en consonancia y presta mérito para que se case el fallo materia de este ataque".

La Corte Considera:

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

2.—Incumbe en estos casos al censor señalar concretamente los puntos ajenos a la controversia sobre los cuales se pronunció el sentenciador, o las pretensiones oportunamente deducidas por las partes que omitió decidir, a fin de destacar la incongruencia en que aquél habría incurrido, sin entrar, por ser impertinente hacerlo, en el examen de las consideraciones que sirvieron de fundamento a su decisión. "Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que in-

voca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial". (LIII, 21).

3.—De los términos en que se halla concebido el cargo que se estudia, aparece que la impugnación no se funda en la falta de consonancia del fallo acusado con las pretensiones de las partes, sino en el error jurídico en que habría incurrido el Tribunal al declarar probadas las excepciones propuestas por el demandado, al negar las peticiones de la demanda, y al proferir sentencia de mérito en vez de la inhibitoria que, según el censor, era la procedente, error que lo habría llevado a infringir las normas sustanciales citadas en el cargo. La censura así planteada, por cuanto entraña un ataque a los fundamentos en que descansa el fallo impugnado, que solo sería admisible dentro del ámbito de la causal primera de casación, no corresponde a la naturaleza de la aducida en los cargos que se estudian, y, en consecuencia, debe rechazarse.

4.—Por lo demás, es evidente que la sentencia del Tribunal no peca de incongruencia, pues, de una parte, en ella se decidieron tanto las excepciones propuestas por el demandado como las peticiones formuladas por el demandante, al acoger las primeras y denegar las segundas; y de otra, no contiene pronunciamiento alguno sobre puntos ajenos a la controversia.

El cargo es impróspero.

Cargos Cuarto y Quinto.

Para proceder con método, se examinan a continuación los cargos que imputan al Tribunal errores en la apreciación de la demanda.

Denúnciase en el primero de ellos error de hecho en la apreciación de esa pieza que llevó al sentenciador a "violar las disposiciones contenidas en el Título 23, capítulo 13, Libro 4º del C. C., especialmente los artículos 1946, 1947, 1948, 1951, 1953 y los artículos 1746, 955, 2320 de la misma obra y los artículos 205, 737 y ss., y 471 del C. J.". Y en el segundo, error de derecho en la apreciación de la misma, a consecuencia del cual violó los artículos "1946, 1947, 1948, 1951, 1953, 1954, artículo 32 de la Ley 57 de 1887, 1746, 2320, 955 del C. C. y los artículos 205, 737, 466, 471, 593 y 721 del C. J."

Estima el censor que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar la demanda, puesto que no obstante haberse suplicado en ella la rescisión por lesión enorme de los inmuebles "La Jazminia" y "El Canelo", los cuales no han sido enajenados por el comprador Wahanik, en la sentencia se declararon las excepciones de falta de demanda en forma y de carencia de personería sustantiva de la parte demandante, "esta última con base en un edificio en Bogotá, distinto a la cosa materia de la demanda", con lo cual incurrió en el error de "aceptar una acción y fallar otra, sin decidir sobre la rescisión impetrada".

"El error de interpretación —agrega— resulta aún más ostensible al observarse que el Tribunal en la motivación del fallo recurrido dijo: "Las pretensiones del libelo en la forma establecida, pericialmente, a primera vista, llevarían a la Sala al extremo de confirmar el fallo recurrido". Es decir, que hasta el momento de decir las anteriores palabras el Tribunal sí estaba interpretando correctamente la demanda y las pruebas, pero al momento de entrar en el estudio de las excepciones dilatorias se apartó de su acierto y tomó el camino del desacierto para irse en contra de la ley y de las doctrinas y encontrar probada la excepción de inepta demanda y continuando por esta vía errada encontrar también probada la excepción de carencia de personería sustantiva activa en la causa, basándose para acoger esta última excepción en una interpretación errónea del artículo 1951 del C. C., que lo condujo a su indebida aplicación, y

que a la postre lo llevó a confundir la cosa verdadera con otra y resultar fallando, negando la rescisión del contrato y los derechos del demandante, con base falsa en el edificio, sin decidir sobre la hacienda "La Jazminia" y "El Canelo" que constituyen la base fundamental de la acción como lo hizo el a-quo resolviendo favorablemente las suplicas del demandante".

Y considera que incurrió el sentenciador en error de derecho al apreciar la demanda, por cuanto no le dio "la fuerza que la ley le otorga y desatendiendo los preceptos de la ley no tomó en cuenta todo el libelo sino que únicamente se basó para su fallo en el 'petitum', restringiendo sus alcances jurídicos implícitos, sin tomar en cuenta los hechos fundamentales y las disposiciones sustantivas y adjetivas en que se basó la acción, para por esta vía errada declarar probada la excepción perentoria de 'ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido', y a pesar de esta declaración no inhibirse para pronunciar fallo de mérito sino fallar de mérito y de fondo, con tránsito a cosa juzgada, para negar las peticiones incoadas con violación de la ley sustantiva, por medio de la violación de las disposiciones procesales".

Advierte el recurrente que el desacierto del sentenciador consistió no solamente "en no ajustarse a lo que ordena la ley sino en confundir "el petitum", que es el que se refiere al fallo, con la demanda que es la pauta obligada del juicio, y a cuyos términos debe ajustarse el sentenciador"; que sin atender a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y ateniéndose únicamente al petitum, se niega el Tribunal a interpretar aquella para declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido, con fundamento en que si el objeto de la acción rescisoria por lesión enorme es el de "restablecer el equilibrio contractual sin la ruina del contrato, sin pretender desconocer éste, no puede solicitarse tan solo la restitución de "La Jazminia" sino que debía pedirse en el libelo, el decreto de vuelta de todas las cosas al estado anterior al contrato"; y que la deficiencia en la formulación

del *petitum* no constituye valla insalvable para decretar lo pedido, pues, de acuerdo con doctrina de la Corte, "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho".

La Corte Considera:

1.—Cuando al tiempo de proferir sentencia advierte el fallador 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 en ella formuladas ni 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 aquélla en forma clara para que haya de tomarse 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 sólo en el *petitum* sino en la causa *petendi*, y aún en los fundamentos de derecho.

Es factible, sin embargo, que el juez yerre al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se equivoque en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción instaurada. En ambos casos el error del sentenciador determina la violación de normas sustanciales, bien sea por aplicación indebida cuando el litigio se ha decidido con base en preceptos que no regulan el caso, o por falta de aplicación de los que gobiernan la especie litigada.

2.—Considerado el libelo de demanda como una prueba, por cuanto sirve para determinar el contenido de la pretensión del demandante y porque las afirmaciones que en ella se contienen pueden entrañar una confesión, es posible que al apreciarla incurra el sentenciador en error de derecho o en manifiesto error de hecho. Incurriría en este último si no ve algo que el libelo expre-

sa, o supone peticiones o hechos que en él no figuran; y en el primero, cuando a la confesión contenida en los hechos afirmados en él no le da el mérito que le corresponde de acuerdo con las normas que disciplinan su fuerza probatoria.

3.—Visto está que el Tribunal declaró probada la excepción de "ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido" propuesta por el demandado, porque en su concepto no podía solicitarse tan solo la restitución de la finca "La Jazminia", "sino que debía pedirse en el libelo el decreto de vuelta de todas las cosas al estado anterior al contrato". Y como del contexto de la demanda aparece en verdad que el actor solicitó únicamente la restitución de dicha finca como consecuencia del decreto de rescisión, no incurrió el Tribunal en error de hecho al apreciarla en este punto, pues la vio tal como es en realidad. La juridicidad o injuridicidad del concepto del sentenciador a que se hizo referencia es cuestión extraña al cargo por error de hecho, y en consecuencia la Corte no puede pronunciarse sobre el particular.

4.—Dijose, asimismo, que la excepción de "carencia de legitimación en la causa activa o falta o pérdida del derecho ejercido", la declaró probada el Tribunal con fundamento en el artículo 1951 del C. C., según el cual no habrá derecho por una ni por otra parte a la rescisión del contrato por lesión enorme cuando la cosa ha sido enajenada por el comprador. "De lo que se desprende —al decir del fallador— que si alguien que ha recibido inmuebles en compraventa o en permuta, los enajena, cancela con esta disposición toda posibilidad de reclamo". El error jurídico en que hubiera podido incurrir aquél al aplicar dicho precepto al caso litigado, podría obedecer a un error de hecho o a un error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a si hubo o no enajenación del edificio situado en Bogotá que Wahanik transfirió al demandante, mas no a un error de hecho en la apreciación de la demanda, como es obvio.

Es, por tanto, infundada la censura contenida en el cargo cuarto.

5.—Y lo es igualmente la que en el quinto denuncia error de derecho en la apreciación de la demanda, pues como se dejó dicho, esa especie de error solo tiene ocurrencia, en relación con el libelo, cuando el Tribunal yerra en cuanto al valor probativo de la confesión contenida en la causa petendi, y en ninguna parte de la censura se afirma la existencia en la demanda de una confesión indebidamente valorada por el Tribunal. Las alegaciones encaminadas a demostrar el error jurídico en que habría podido incurrir el sentenciador al aplicar normas imperinentes al caso *sub lite*, o al dejar de aplicar las que lo regulaban, resultan del todo improcedentes para demostrar el de derecho que se le imputa en la apreciación de la demanda, y, por lo mismo, se desestiman.

Se rechaza el cargo.

Cargos Primero, Segundo y Tercero.

Por cuanto en ellos se señalan como infringidas normas comunes a los tres, aunque por distinto concepto, y por cuanto el fundamento en que descansan es esencialmente el mismo, se resumen y estudian en conjunto.

En el primero se acusa la sentencia de segundo grado por infracción directa de los artículos 1602, 1946, 1947, 1948, 1949, 1746, 955, 2320, 2142, 2150, 2166, 2184 y 2189 del Código Civil, 205, 737, 466, 471, 593 y 721 del C. Judicial, e interpretación errónea del 1951 de aquel estatuto.

En el segundo se denuncia aplicación indebida del artículo 1951 del C. C. "con la consecuyente violación de los artículos 1946, 1947, 1948, 1953, 1746, 955, 2320, y si fuere del caso los artículos 2142 y ss. que reglan los contratos de mandato; y los artículos 205, 737, 466, 471, 593 y 721 del C. J."

Y en el tercero se censura el fallo del Tribunal por interpretación errónea del artículo 1951 del C. C., "que lo condujo a la indebida aplicación de esta disposición sustantiva y a la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 1946, 1947, 1948, 1953, 1746, 2320, 955 del C. C. y las que re-

gulan los contratos de mandato, artículo 2142 y ss."

Inténtase el desarrollo de los cargos en extensas disertaciones, cuyo contenido, esencialmente el mismo, cabe recoger en la siguiente síntesis:

Que, según el Tribunal, el demandante Jaramillo perdió el derecho a demandar la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa de las fincas "La Jazminia" y "El Canelo", por el hecho de haber vendido a Cecilia Bohórquez el edificio situado en la carrera 21 con calle 12-A de esta ciudad, que recibió de Wahanik como pago de parte del precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1951 del C. C., que estatuye: "Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ñi por otra parte para la rescisión del contrato. Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa..."

Que al decir del sentenciador, es requisito axiológico de la demanda rescisoria estar el demandante en condiciones de asumir íntegramente los resultados del fallo a que aspira, y, por consiguiente "si alguien que ha recibido inmuebles en compraventa o en permuta los enajena, cancela con esta disposición toda posibilidad de reclamo".

Que no es cierto que Jaramillo hubiera recibido el edificio de la carrera 21 con calle 12-A de esta ciudad en pago de "La Jazminia" y "El Canelo", pues lo que recibió de acuerdo con el contrato fue la cantidad de \$ 10.000.00, representada en el "saldo neto" que quedara después de pagados los gravámenes hipotecarios que pesaban sobre dicho edificio.

Que no se trata de una permuta sino de una compraventa, toda vez que lo que el demandante recibió en parte del pago del precio no fueron inmuebles sino el valor del saldo neto a que se hizo referencia, y porque en el caso de que los hubiera recibido, los valores en ellos representados resultan iguales a la otra parte del precio, razón por

la cual ha de tenerse el contrato como de venta al tenor del artículo 1850 del C. C.

Que para dar aplicación al artículo 1746 del C. C., el Tribunal ha debido ordenar la restitución del precio en cuanto a los valores recibidos por Jaramillo y entregados por Wahanik, pues de todos modos, lo que el vendedor debía restituir era el saldo neto de \$ 10.000.00 y en ningún caso el edificio.

Que cuando el artículo 1951 del C. C. estatuye que perdida o enajenada la cosa no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato, no se refiere a cualquier cosa que figure en él y que se haya dado en pago o como parte del precio, sino a la cosa vendida, que en el caso sub lite son las fincas "La Jazminia" y "El Canelo", las cuales no han sido enajenadas por el comprador Wahanik.

Que la interpretación errónea del artículo 1951 precitado consiste en que el Tribunal aplicó "dicha disposición a una situación no regulada por ella, es decir, aplicarla a una cosa distinta, el edificio en Bogotá", cuando la cosa vendida, objeto de la demanda, son "La Jazminia" y "El Canelo"; y en haberla aplicado a una permuta que no existe y sin que se haya alegado lesión enorme en la cosa que se dice permutada.

De todo lo cual concluye:

a) Que debido a la equivocada interpretación del artículo 1951 prenombrado, el Tribunal dejó de aplicar a la especie litigada los preceptos que se señalan como infringidos en el primero de los cargos que se estudian;

b) Que el sentenciador aplicó indebidamente el citado artículo 1951, por haberlo hecho actuar en relación con un hecho inexistente, a consecuencia de lo cual violó los preceptos relacionados en el cargo segundo; y

c) Que el Tribunal incurrió en una errada interpretación de esa norma, "que lo condujo a la indebida aplicación de esta disposición sustantiva y a la violación de las disposiciones" citadas en el cargo tercero.

Como remate del primero de los cargos que se examinan, advierte el censor "que el Tribunal sacrificó el derecho sustantivo del demandante Jaramillo consagrado en los artículos 1946, 1947, 1951 del C. C., en aras de un formalismo mal entendido cuando afirma que al no pedir en el petitum las restituciones recíprocas, sin atender a todo el libelo de demanda, se pide de modo indebido y la demanda es inepta, violando los artículos 205, 466, Ord. 1º, 471, 593 y 721 del C. J.; que confundió el edificio situado en Bogotá con la hacienda ubicada en Chapparral, así como el petitum con la demanda, lo que constituye una errada interpretación de ésta; y que el Tribunal no ha hecho otra cosa que encerrarse en un círculo vicioso porque parte de la base falsa de que el objeto de la demanda es el edificio de Bogotá, cuando realmente lo son las fincas "La Jazminia" y "El Canelo".

La Corte Considera:

1.—Entiéndese por lesión el daño o detrimento que sufre una persona como consecuencia de un acto jurídico por ella realizado, y consistente generalmente en el desequilibrio entre las ventajas que le reporta el acto y los sacrificios que tiene que hacer para lograrlas; o dicho de otro modo, en "el perjuicio material que se causa a una de las partes por la falta de equivalencia de las prestaciones originales del contrato". (Planiol, Ripert y Boulanger. Tratado Elemental, T. II, Nº 261).

2.—Según la concepción objetiva de la lesión, basta el solo desequilibrio de las prestaciones para que se produzca; de acuerdo con la subjetiva se requiere, además, que la desproporción obedezca a factores que como la ignorancia, la miseria, la inexperiencia de uno de los contratantes, hayan sido los determinantes de ese desequilibrio. En las legislaciones que se inspiran en la primera de tales concepciones, la lesión, como lo expresa Josserand, funciona matemáticamente, mecánicamente, desde el momento que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la mentalidad de los contratantes, del fin

perseguido por ellos". (L'esprit de droits. Pág. 137). Basta entonces, para que exista con que la desproporción entre las prestaciones contractuales rebase el límite señalado por el legislador. En las que acogen el criterio subjetivo, constituye la lesión un vicio de la voluntad, al igual que el error, la fuerza y el dolo, susceptible, por tanto, de aplicarse a todos los contratos onerosos, cuando el quiebre de la equidad entre las prestaciones obedece a un consentimiento defectuoso por razón de las condiciones subjetivas desfavorables en que se hallaba el contratante lesionado.

3.—Las legislaciones que, como la nuestra, siguen la concepción objetiva, tienen el defecto de que al indagar el fundamento jurídico de la lesión, solo se le encuentra en un favor arbitrario del legislador para ciertos actos jurídicos. De ahí que nuestro Código Civil la consagró únicamente para la compraventa y permuta de bienes raíces (1946 ss. y 1958), la partición (1405), la aceptación de una asignación sucesoral (1291), la estipulación de intereses en el mutuo y en la anticresis (2231 a 2466), y la cláusula penal (1601). En todos estos casos la lesión se produce en forma mecánica al sobrepasar el desequilibrio el límite señalado por la ley.

4.—En la compraventa de bienes inmuebles que, según se dejó dicho, es uno de los casos en que en el derecho colombiano opera la lesión como vicio del contrato, se exige que sea enorme para que se produzca. Y se entiende que lo es para el vendedor, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y para el comprador cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato. (Artículo 1947).

La existencia de ese vicio produce la nulidad relativa del contrato de compraventa celebrado, y en consecuencia, probados los supuestos de hecho previstos en el precepto mencionado, el Juez debe decretar su rescisión. Mas como tal vicio puede subsanarse mediante el restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones contractuales,

el artículo 1948 le concede al contratante vencido la facultad opcional de consentir en la rescisión, o de darle firmeza al contrato mediante compensaciones adecuadas tendientes a obtener el equilibrio económico en las prestaciones de las partes que la lesión rompiera. En caso de que opte por la rescisión, el restablecimiento del equilibrio jurídico exige el cumplimiento de las restituciones recíprocas entre las partes, consecuenciales a toda declaración de nulidad. Siendo tales restituciones efecto legal y natural de esa declaración, en la demanda en que ésta se solicite va necesariamente implícita la súplica sobre aquéllas, y, por consiguiente, decretada la rescisión, debe el sentenciador pronunciarse inexcusablemente sobre las restituciones aunque no exista petición expresa en el libelo, pues reconocida la causa de nulidad hay que reconocer también sus efectos jurídicos.

5.—Estos mismos principios se aplican al contrato de permuta por mandato del artículo 1958 del C. C., que a la letra dice: "Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio".

La Corte ha dicho a este propósito:

"Si en el contrato de permuta, lo mismo que en el de venta, hay precio; si en tal contrato es posible determinar si el precio fue justo o injusto; si la acción rescisoria por lesión enorme procede no solo en favor del comprador; si en la permuta cada permutante es a la vez vendedor y comprador; y si por lo dicho, la rescisión por lesión no es en manera alguna incompatible en el contrato de permuta, es necesario llegar a la conclusión de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1958 del C. C., las disposiciones de los artículos 1946 y 1947 son aplicables al contrato de permuta". (LXXVIII. 640).

Es de notar que de conformidad con el artículo 1850 del C. C., "cuando el precio

consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario”.

6.—Al decidir, con base en los principios expuestos, los cargos que se estudian, se encuentra lo siguiente:

Las censuras que se le formulan a la sentencia del Tribunal en el primero y en el tercero de tales cargos, tienen como fundamento primordial la errada interpretación que le habría dado el sentenciador al artículo 1951 del C. C., a causa de la cual dejó de aplicar al caso sub lite, los preceptos que se citan en ellos, particularmente los que consagran la acción rescisoria por lesión enorme en favor del vendedor. Acontece, empero, que el recurrente se limitó a afirmar que el fallador había interpretado erróneamente ese precepto, sin explicar, como era su deber hacerlo, en qué consistió el equivocado entendimiento de la norma y cual el que le correspondería según la mente del legislador. Esta falla de índole técnica en la formulación de los cargos, conduce necesariamente a su rechazo.

Mas, si como aparece del desarrollo de éstos, la errada interpretación que de esa norma se atribuye al sentenciador radica en haberla aplicado a la especie litigada sin ser el caso de hacerlo, no se trataría ya de un error en la interpretación de la ley, sino de una indebida aplicación de la misma, y, en consecuencia, habría que rechazarlos por no corresponder su formulación a los fundamentos en que descansan.

7.—En lo atinente al segundo, en el cual se denuncia, de una parte, indebida aplicación del artículo 1951 del C. C., por haber sido empleado en relación con un hecho inexistente ya que el comprador Wahanik no ha enajenado los inmuebles que adquirió del demandante; y de otra, falta de aplicación de los preceptos que regulan la lesión enorme en la compraventa de inmuebles, se observa:

El Tribunal encontró demostrado en el proceso que Jaramillo había vendido a Cecilia Bohórquez Guiot el inmueble distin-

guido con los números 12-A-28 a 12-A-32 de la carrera 21 de esta ciudad, que recibió de Wahanik como parte del precio, hecho que el recurrente acepta, y con base en él concluyó que el demandante carecía de derecho para demandar la rescisión impletrada en el libelo introductorio del juicio, pues, en su sentir, “el contratante que se afirma lesionado requiere como requisito axiológico de su demanda rescisoria estar en condiciones de asumir íntegramente los resultados del fallo a que aspira, dejando en un todo a salvo los derechos del demandado, afirmativamente garantizados en la ley”. Conclusión que la Corte encuentra acertada, pues, según se expresó, carece de legitimación para demandar la rescisión por lesión enorme el permutante que por haber enajenado la cosa que recibió del otro, se hallaría en imposibilidad de restituirla en caso de ser acogida su pretensión.

8.—La falta de derecho del demandante Jaramillo para ejercitar la acción rescisoria deducida en la demanda se destaca con mayor nitidez aún, si se tiene en cuenta que es de permuta y no de compraventa el contrato recogido en la escritura 868 memorada, ya que de los sesenta mil pesos acordados como precio, aquél solo recibió diez mil en dinero, y el resto en otras cosas (C. C., Art. 1850). Por tanto, si Jaramillo, como permutante, tiene la calidad de vendedor de las cosas que dio y la de comprador de las que recibió de Wahanik, el haber enajenado el edificio que recibió de éste como parte del precio, quedó colocado en imposibilidad de restituirlo, y, por ende, bajo el imperio del artículo 1951 del C. C., en cuanto preceptúa que “no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato... si el comprador hubiere enajenado la cosa”.

Síguese de lo dicho que la aplicación del prenombrado artículo 1951 era pertinente al caso litigado, y, consiguientemente, que la acusación que por indebida aplicación de ese precepto se le formula a la sentencia del Tribunal, es infundada.

9.—Finalmente, por lo que atañe a la censura por errada interpretación de la demanda, contenida en el cargo primero, cabe ob-

servar que el sentenciador no interpretó esa pieza, sino que en razón de no haberse impetrado en ella "el decreto de vuelta de todas las cosas al estado anterior del contrato", consideró que el *petitum* era incompleto y que no era susceptible de complementarse "por vías de interpretación"; de otra parte, en el supuesto de que el Tribunal hubiera confundido el edificio situado en Bogotá con la finca ubicada en Chaparral, como lo afirma el censor, tal confusión no podría provenir de una errada interpretación de la demanda sino de una equivocación en el campo probatorio; y, por último, que siendo dos los soportes sobre los que descansa el fallo impugnado; la ineptitud de la demanda y la falta de derecho del demandante, el ataque enderezado contra el primero resulta intrascendente desde luego que el segundo quedó en pie, y por sí solo basta para sustentar la decisión del Tribunal.

10.—Esto no obstante, estima la Corte conveniente, desde el punto de vista doctrinario, rectificar la tesis sostenida en la sentencia del Tribunal de que es inepta la demanda de rescisión cuando en ella no se solicita la restitución de las cosas al estado anterior al contrato, puesto que, como se dejó dicho, siendo tales restituciones efecto legal y natural del decreto de rescisión, en la demanda en que éste se solicite va necesariamente implícita la súplica sobre aquéllas. Por consiguiente, decretada la rescisión, debe el sentenciador pronunciarse ex officio sobre las restituciones mutuas, pues de lo contrario incurriría en el vicio de inconsonancia denominado mínima petita.

Aunque su equivocada tesis fue la que llevó al Tribunal a declarar probada la ex-

cepción de "ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido", tal circunstancia no sería bastante para lograr la infirmación de la sentencia recurrida, pues aún en el caso de que fuera correcta la acusación que en lo concerniente a este punto se le formula, el otro soporte en que aquélla descansa, o sea la falta de derecho del demandante para impetrar la rescisión del contrato celebrado con Wahanik, no fue desvirtuado, y por sí solo tiene consistencia suficiente para sustentar el fallo impugnado.

Es inane la censura.

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 once (11) de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio ordinario de Justino Jaramillo contra José Wahanik Bardi.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

CAMBIO DE RADICACION DE LOS PROCESOS PENALES

Es una medida extraordinaria que excepciona las normas que gobiernan la competencia por razón del territorio en que se ha cometido la infracción. Esta medida está prevista en Colombia solamente para los procesos que conocen los jueces penales y en manera alguna para juicios que ventilen otras autoridades jurisdiccionales, como en el caso de la quiebra fraudulenta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N^o 27 de 10 de julio de 1970).

Vistos:

Con oficio número O. J. 728 del 2 de julio en curso, el Ministerio de Justicia, por conducto del Jefe de la Oficina Jurídica, ha solicitado a la Corte concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, relativo a la quiebra fraudulenta de "Mercantil del Caribe Limitada" (Caribesa). Esta medida fue demandada por el apoderado de Francisco Salive Estrada, quien aparece sindicado, junto con otras personas, entre las cuales figura Alfonso Gutiérrez de Piñeres Torres.

Sostiene el peticionario que el proceso ha motivado considerables reacciones públicas

y particulares en el circuito de Cartagena, pues la quiebra ha afectado a más de quinientas personas de diversas condiciones sociales y económicas, y que en esas circunstancias es muy difícil, si no imposible, que la administración de justicia se mantenga en sus límites y pueda garantizar imparcialidad en sus decisiones.

Acompaña documentos demostrativos de que verdaderamente en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena cursa actualmente un juicio de quiebra contra la firma "Mercantil del Caribe Limitada" (Caribesa) y que en el mismo despacho se instruye un proceso penal por los delitos de falsedad y estafa, en cuantía aún no determinada. También acredita, con la certificación del Juzgado, que en dicho proceso penal, iniciado el 7 de abril de 1970, aparece como sindicado Francisco Salive Estrada.

Finalmente, el personero de éste aporta abundante prueba testimonial y documental, tratando de establecer la situación excepcionalmente desfavorable para su mandante, a saber: declaraciones de Carlos

Calderón Mosquera, Nicolás B. Rosanía, Gerardo Valderrama Mutis, Adolfo Cruz Vega, Leopoldo García Badel, Angel María Robles Oliveros, hábiles para declarar y personas muy conocidas en Cartagena, según lo certifica el Juez ante el cual deponen, quienes afirman hechos acontecidos a raíz del descubrimiento del estado de quiebra, que justificarían el cambio solicitado, y abundantes recortes de periódicos, de Cartagena y de otros lugares del país, especialmente de la capital de la República, con los cuales reafirma la idea de que, dadas las proyecciones del asunto y el valor de los intereses en juego, es aconsejable trasladar el proceso a otro circuito, de todo lo cual ha tomado cuenta la Sala para emitir su opinión.

Se considera:

Muchas veces ha expuesto la Corte que el cambio de radicación de los procesos penales es medida extraordinaria que excepciona las normas que gobiernan la competencia por razón del territorio en que se ha cometido la infracción y que se subordina a la conveniencia de la administración de justicia, a fin de que ésta se ejerza sin obstáculos externos que en determinado momento y en el lugar donde se cometió el delito sean susceptibles de perturbar las garantías de los procesados, especialmente cuando el clima social pueda influir en el ánimo de los juzgadores. Tal medida está autorizada por los artículos 47 y 48 del Decreto 528 de 1964, y antes lo estaba por los artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal. Siguiendo una vieja tradición nacional, aquellas normas disponen que el cambio de radicación se efectúe por el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia.

En otros términos, los cambios de radicación de los procesos penales, se fundan en un doble motivo: el interés público porque la justicia se discierna sin obstáculos, y el interés del procesado para que se eliminen las perturbaciones que puedan negar o reducir su derecho de defensa y demás garantías propias de la persona humana. Aquel interés y estos derechos confluyen a una común finalidad, que debe ponerse a salvo, al

menos en cuanto se refiere a los influjos visibles que puedan afectar la serenidad de las determinaciones judiciales, pues los funcionarios están penetrados por su ambiente y muchas veces les queda difícil apartarse de las tendencias que predominan en él.

Pero esta garantía solo ha sido prevista en Colombia para los procesos de que conocen los jueces penales y en manera alguna para los juicios que ventilan otras autoridades jurisdiccionales. Desde que se instituyó en el artículo 231 de la Ley 57 de 1887, que autorizó a los Gobernadores para cambiar la radicación de las causas no terminadas que se siguieran ante un Juez de Circuito, hasta las normas hoy vigentes (artículos 47 y 48 del Decreto 528 de 1964), siempre se habló de procesos o juicios por delitos, destacando la jurisdicción propia, es decir, la penal. El artículo 66 de la Ley 169 de 1896, que amplió la facultad para hacer esos traslados cuando el asunto fuera de competencia de los Jueces Superiores, previo concepto de la Corte, repitió que esto podía hacerse solo respecto de los asuntos criminales. Así se dispuso igualmente para los delitos de cuadrilla de malhechores, hurto de ganado y robo, según la ley 54 de 1913, en su artículo 2º, lo mismo que respecto de las infracciones de que conocen los Jueces Superiores de Distrito Judicial, según el artículo 9º de la Ley 56 de 1914. El Código Judicial (Ley 105 de 1931), en su artículo 39, recogió los textos anteriores, excluyendo siempre los cambios de radicación en negocios que no fueran delictivos. Hay pues, una insistencia notable al respecto, que debe ser destacada como antecedente de las disposiciones actuales. Y de esa reiteración legislativa debe concluirse que no existe facultad para pasar a otro Distrito o Circuito los juicios civiles o de índole distinta a la propiamente penal.

El artículo 12 del Decreto 1867 de 1965, que restableció los Jueces de Circuito abolidos por las reformas del año anterior, ordenó que los impedimentos y recusaciones de estos funcionarios, "así como los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales de su competencia, seguirán las normas establecidas por el Decreto 528 de

1964, para los Jueces Superiores". De esta suerte rigen para los del Circuito las medidas del artículo 47 del Decreto últimamente citado. Pero como se desprende del texto, esas variaciones en la radicación solo se refieren a los procesos penales.

Ahora bien, el artículo 87 del Decreto 2264 de 1969, que puso en vigencia el Título sobre Concordato Preventivo y Quiebra del proyecto del Código del Comercio próximo a expedirse, en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, dice textualmente:

"El Juez que declare la quiebra aprehenderá privativamente y en cuaderno separado la tramitación y decisión del proceso penal.

"El mismo Juez tendrá competencia para investigar y sancionar en forma exclusiva los delitos indicados en los artículos anteriores y los conexos con ellos".

Esta disposición, más drástica y explícita que las de los artículos 17 y 18 del Decreto 750 de 1940, a los cuales sustituyó, no puede someterse a interpretaciones distintas de las que llanamente surgen de su texto, según el cual, de los procesos por los delitos descritos en los artículos 77 a 86 del mismo Decreto, y los conexos con ellos, solo conoce el Juez de la quiebra, ratificando el principio de la unidad de jurisdicción, pero indicando que éste es el único capaz de ejercerla. La determinación aparece nítida con los conceptos de aprehensión privativa para investigar y de la facultad para sancionar exclusivamente, con lo que se coloca a este funcionario como titular de la misión represora, aparte de los jueces comúnmente destinados a ello. Privativo es lo que pertenece a una persona y no a otras, lo que solo aquélla puede hacer o gestionar, despojando si fuere el caso a quienes se le opongan. Y exclusivo concuerda con esta idea en cuanto traduce fuerza y virtud suficientes para el manejo de algo, o para llevarlo a cabo, sin otras intervenciones. El Decreto 750 de 1940 era menos imperioso

que el vigente. Aquel ordenaba la aprehensión "directa y exclusiva" por el juez de la quiebra de la instrucción del sumario, y éste dispone que esa actividad sea, además, privativa del mismo. Más aún, aquél versaba sobre las infracciones inmediatamente derivadas de la conducta del comerciante y éste extiende la competencia exclusiva y privativa del juez de la quiebra para los delitos conexos con ellos.

Frente a las afirmaciones rotundas del artículo 87 del Decreto 2264 de 1969, cuyos avances y conveniencia no compete discutir a la Corte, es forzoso reconocer en él una excepción en materia de radicación de los procesos penales cuando éstos son dirigidos por el juez de la quiebra. Excepción que se funda, no en el hecho de que el juicio civil y el proceso penal marchan acumulativamente, como había resuelto la Sala de Negocios Generales de la Corte en auto del 4 de agosto de 1960 (G. J. T. XCIII, pág. 564), sino en la naturaleza misma de los hechos y en la estrecha correspondencia que guardan en los dos campos las actividades mercantiles. El juicio de quiebra y el proceso penal no se acumulan, sino que, por el contrario deben seguirse separadamente. Ocurre sí que la competencia exclusiva para ambos está adscrita al mismo juez civil, sin que la unidad de jurisdicción unifiquen por igual los dos asuntos. Y ello se refrenda con la disposición del inciso 2º del artículo 89 del citado Decreto, que solo permite la bifurcación de los juicios para efectos del recurso de casación. En este caso deben seguirse las reglas del Código de Procedimiento Penal, o sea de dicho recurso conoce la Sala Penal de la Corte conforme a las reglas comunes.

No se encuentra en la ley civil ninguna previsión para que los juicios que adelanta esa jurisdicción puedan ser radicados en circuitos distintos, por las razones que justifican el traslado de los procesos penales, o por cualesquiera otras. Y como, tratándose de la quiebra, el aspecto penal de la misma está imperativamente reservado al juez que conoce de aquélla en forma tal que no es posible una separación de competencias, de modo que sea uno el órgano jurisdiccio-

nal que actúe en el juicio comercial de la quiebra y otro el encargado de los ilícitos penales vinculados o derivados de élla, síguese que no es posible la medida especial del cambio que aquí ha sido demandada. Respecto de los jueces civiles solamente existen las causales de impedimento o de recusación como motivos para sustraerlos del conocimiento de determinado asunto.

La prohibición legal de que se viene hablando impide avocar en este caso el estudio sobre la conveniencia del traslado, así como el de los elementos aducidos por el peticionario.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— emite concepto en el sentido de que no puede haber lugar a cambio de radicación del asunto relacionado anteriormente.

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.

José Evencio Posada V., Secretario.

PIRATERIA AEREA

El artículo 136 del C. P. no contempla como delito el desvío de aeronaves comerciales de su ruta y destinación señaladas en sus itinerarios por medios intimidativos, pero si configura el delito de secuestro de personas de que trata el artículo 294 del C. P., y constituye un acto, que como ninguno, viola tan gravemente la seguridad de la aeronave y de las personas a bordo, por ello es recomendable que el legislador colombiano legisle sobre la materia, en defensa de la seguridad colectiva, tanto más, cuanto Colombia adhirió a la Convención de Tokio, sobre seguridad aérea.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 27 de 10 de julio de 1970).

V i s t o s :

En ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 67 del Código de Procedimiento Penal y 17 —ordinal 4º— del Decreto 528 de 1964, dirime esta Sala el conflicto negativo de competencias que con respecto al conocimiento de este proceso, promovido contra Eduardo Egidio Martínez Rusinque y otros, se ha suscitado entre el Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá y el Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Antecedentes:

a) De los elementos de juicio hasta ahora incorporados al informativo se desprende que en torno a las siete de la mañana del 20 de mayo de 1969, pocos momentos

después de haber decolado del aeropuerto de "Eldorado" el avión HK-1403 de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca), en vuelo de Bogotá a Pereira, destinado a la conducción de carga y pasajeros, un grupo de cuatro sujetos, entre los cuales posiblemente se encontraba el sindicato Martínez Rusinque, valiéndose de violencias y amenazas a la tripulación y a las demás personas que viajaban en la aeronave, lograron que ésta variara de ruta y se dirigiera a la República de Cuba, previa ligera escala, para reaprovisionarse de gasolina, en Barranquilla. El referido avión, identificado también como un "Jet Boeing 737", llegó al aeropuerto "José Martí" de La Habana poco después de las 11 de la mañana, lugar en donde permaneció hasta las 4 de la tarde, hora en que emprendió el regreso a Colombia, habiendo aterrizado de nuevo en el aeropuerto de Soledad, en Barranquilla, unas dos horas más tarde.

b) Por medio de Resolución N° 851 de la misma fecha 20 de mayo de 1969 la Procuraduría General de la Nación comisionó al Fiscal 29 de Instrucción Criminal para que adelantara la investigación correspondiente, lo que en efecto hizo el referido funcionario hasta el 30 de julio del mismo año, fe-

cha en que resolvió enviar las diligencias al Juzgado Penal Municipal de Bogotá (Reparto), habiéndole correspondido al 58 de esa categoría, de donde posteriormente pasó al once, Despacho que a su vez las remitió al repartimiento de los Jueces Superiores, por estimar que a éstos concernía el conocimiento del asunto. (fls. 2,119 y 120 vto.).

c) Mediante providencia calendada el 16 de marzo del año en curso, el Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, al cual había correspondido el negocio, decidió "remitir las diligencias investigativas a los Jueces del Circuito —Reparto— por ser de su competencia", resolución que fundó en el criterio de que el delito que se desprende de autos no es el de secuestro, sino el de robo.

d) A su turno, el Juzgado 17 Penal del Circuito considera que el delito que surge de estas diligencias es el de "Piratería", en la modalidad descrita por el ordinal 5º del artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar, y, con invocación del artículo 330 ibídem, resolvió enviar el negocio a la Brigada de Institutos Militares, provocándole colisión de competencia negativa en el caso de que dicha entidad no estuviese de acuerdo con tal planteamiento.

e) Finalmente, el Comando de la referida Brigada decidió, en providencia del 15 de abril último, "rechazar la colisión de competencia negativa propuesta por el Juzgado diez y siete penal del Circuito de esta ciudad en el presente proceso adelantado contra el particular Eduardo Egidio Martínez Rusinque y otros por el delito de "Piratería", disponiendo, en consecuencia, remitir el expediente a la Corte para que ésta dirima el conflicto planteado.

Las razones en que la mencionada entidad castrense funda su renuencia están contenidas en los siguientes pasos del citado proveído:

"Ahora bien, corresponde entonces dilucidar la colisión de competencias negativa planteada por el mencionado Juzgado diez y siete penal del Circuito a este Despacho. Como se anotó antes, este Comando comparte en todas sus partes el criterio del Juz-

gado comitente en cuanto a la calificación legal del proceso se refiere. Esto es, que evidentemente se halla acreditada en autos la comisión del delito de "Piratería" tipificado conforme a las pruebas allegadas al proceso. Solamente queda ahora resolver sobre quién es competente en definitiva para resolver la situación jurídica de los inculcados y poner término al proceso.

"De conformidad con lo establecido en los Decretos 1288 y 1290 de 1965 (Mayo 21) se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional y se adscribió a la Justicia Penal Militar el conocimiento y fallo de algunos delitos.

"Al entrar a regir el Decreto 3070 de 1968 (Diciembre 16) que levantó el estado de sitio en todo el territorio nacional, quedaron sin vigencia las dos disposiciones atrás mencionadas, esto es, que el conocimiento y fallo de delitos que comprometen la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación, corresponde a las autoridades ordinarias, y no a la jurisdicción castrense. No se acepta por este Despacho la colisión de competencia, por la razón anterior y se dispondrá por lo tanto remitir el proceso a la Honorable Corte Suprema de Justicia para que la dirima."

Se Considera:

1. - En torno a la naturaleza de los bienes afectados por el delito de piratería, a la composición estructural del mismo, a las jurisdicciones encargadas de reprimirlo y al lugar en que debe ser incorporado a los códigos, se ha controvertido largamente, sin precisar ningún acuerdo que comprometa a los Estados. Los expositores, aisladamente o en reuniones de estudio, admiten que se trata de un "crimen internacional", pero todavía no se han instituido normas que refrenden políticamente esa denominación y que señalen las penas para sus autores. Las descripciones típicas, inspiradas en el derecho de gentes, deben ser realizadas por cada Estado, con lo cual aumenta la confusión, ya que las actividades consiguientes, cualesquiera que sean sus definiciones internas, tienen consecuencias internacionales.

Los medios modernos de intercomunicación y su multiplicidad en todas las esferas, lejos de facilitar el común entendimiento y la resolución efectiva del problema, lo han complicado enormemente, de manera que no ha desaparecido el interés penológico por la piratería, como sostienen quienes incluyen la infracción entre las tocadas de decrepitud histórica; más aún, se acentúa la necesidad de reexaminarla y definirla en la única escala capaz de aportar tratamientos adecuados: la internacional.

Entre todos los matices surgidos de ellas, dos tendencias fundamentales se reconocen en el estudio de esta materia: la primera, plasmada inequívocamente por el pensamiento y la acción alemanas, enfoca la piratería como circunstancia agravante del robo, porque se comete en el mar; la segunda, más recomendada por el pragmatismo inglés, caracteriza el delito por el hecho de que la embarcación carezca de bandera, matrícula y demás exigencias creadas por los usos marítimos, independientemente de las empresas proyectadas por sus tripulantes. Como síntesis de estos antagonismos, confusiones y reservas, queda en limpio que la lucha contra los piratas se despliega en dos campos: el supranacional, sometido a los tratados públicos, y el territorial, disciplinado por las leyes de cada país. Pero aún en su configuración local, subsisten las contrariedades. Algunos códigos, verbigracia el argentino, la clasifican como atentado contra la seguridad pública. Otros, el de Colombia entre ellos, participando de conceptos prevalentes, la incluyen entre las que comprometen la exigencia y seguridad del Estado.

Sin embargo, el problema no es de simple clasificación, pues deriva del contenido mismo de los tipos, que ahora resultan estrechos, desbordados por la realidad, defecto común determinante de inquietudes supranacionales tendientes a corregirlo. El desarrollo objetivo de los pueblos supera siempre la previsión estatutaria. Los códigos, particularmente el represor, han de sufrir las consecuencias de ese desajuste, pues su naturaleza preceptiva de la conducta social y moral del hombre impide que las figuras antijurídicas se construyan con la versati-

lidad y expedición de las decisiones administrativas. De allí el que con marcada ligereza se diga que la piratería es un delito anacrónico, cuando lo cierto es que ha tomado nueva sustancia y rumbos desconcertantes y que es de la ley de donde proviene la incapacidad para oponérsele con la energía que merece su intrépida reiteración.

2. - Esta debilidad se comprueba leyendo el artículo 136 de nuestro Código, redactado así:

“Cometen el delito de piratería y quedarán sujetos a la pena de cinco a quince años de presidio:

1º) Los que en el mar o en los ríos de la República apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo.

“2º) Los que yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella, ya sea para saquearla, para destinarla a la piratería o para entregarla a un pirata.

“3º) Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, salgan a coursear sin carta de contramarca o patente de corso de alguna de ellas, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Las disposiciones de este inciso se aplicaran igualmente a las aeronaves.

“4º) El que por cuenta propia o ajena equipe un buque destinado a la piratería.

“5º) El que comercie o trafique con piratas o les suministre auxilio.”

3. - Salvo algunas modificaciones, el artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1958) está concebido en los mismos términos del que acaba de transcribirse. En efecto, en los tres primeros ordinales del artículo 116, con el cual se inicia el Capítulo V, Título I, Libro Segundo del estatuto castrense, solo existe la modificación consistente en designar el sujeto activo del delito con el artículo deter-

minado "EL", seguido del pronombre relativo "QUE", en vez de la forma plural "LOS QUE...". De otro lado, se reunieron en un solo cuerpo los ordinales 4º y 5º del artículo 136, pero sin alterar su contenido. Y finalmente, se agregó, como ordinal 5º, la siguiente figura: "El que se apodere a mano armada de alguna aeronave o haga violencia en las personas que se hallen a bordo o subrepticamente se apodere de ella para destinarla a la piratería."

4. - No hay que convocar ideas especiales para descubrir las ostensibles deficiencias de los textos transcritos, pues en parte alguna incluyen, como actividad específica de los piratas, el desvío de una aeronave y los medios intimidativos empleados para separarla de la ruta y la destinación señaladas en sus itinerarios. Si mencionan esta clase de transportes es para sancionar su empleo en guerra exterior y su apoderamiento para dedicarlos a la piratería. Cuando no se presenta tal situación ni asiste dicho propósito, los actos ejecutados no pueden encuadrarse en esta denominación por ausencia de tipo.

Las deficiencias apuntadas no pertenecen por entero a las leyes nacionales. El Acuerdo de Ginebra sobre altamar, aprobado en abril de 1958, incluyó las naves aéreas en la definición de piratería pero al mismo tiempo dejó por fuera los actos cometidos por la tripulación o los pasajeros, con lo que desnaturalizó la norma que quiso recomendar a los Gobiernos. Debido a estas y a fallas distintas de que dan cuenta otros empeños internacionales, se multiplicaron los esfuerzos para describir el delito en forma que diera base, ante todo, a una legislación local uniformada; esfuerzos que, luego de extensas discusiones y proyectos, culminaron en el "Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves", suscrito en Tokio, en septiembre de 1963, Acuerdo que se enfrenta a las infracciones cometidas mientras la nave está en vuelo, dentro de un Estado o fuera de él, si ponen en peligro la seguridad del transporte o de las personas a bordo, o cuando simplemente quebranten el orden

que debe reinar entre pasajeros y tripulantes.

Ningún acto viola tan gravemente la seguridad de la aeronave y de las personas a bordo como el cambio coercitivo de ruta, más aún, el señalamiento de otros puertos de llegada, sin conocer las condiciones del tiempo ni las del vehículo, sin contemplar el estado de los viajeros ni las variaciones imprevistas de la aventura. La existencia de las personas no puede ser el precio probable de éxitos que son casi siempre, como lo acredita la experiencia, perseguidos por desequilibrados mentales o por vagabundos sin escrúpulos que anhelan desplazarse sin discernir los medios pero a costa de la tranquilidad ajena.

De allí la importancia del Convenio de Tokio. Aunque no realice una descripción satisfactoriamente concreta de las conductas piráticas en el aire (luego vendrán las descripciones concernientes a la navegación extra-atmosférica), ha marcado un avance significativo, hasta el punto de que, apoyándose en él, los Estados Unidos Mexicanos, en norma vigente desde el 15 de enero de 1969, adicionó así el artículo 170 del Código Penal:

"Asimismo se impondrá prisión de cinco a veinte años, sin perjuicio de la pena por otros delitos que cometa, al que hiciere cambiar de destino una aeronave valiéndose de amenazas, violencia, intimidación, o por cualquier otro medio ilícito, o la hiciere desviar de su ruta."

En esta forma se desarrollan compromisos internacionales, sin esperar que los hechos sigan imponiendo al derecho su caótico influjo. Es recomendable que el legislador colombiano se ocupe análogamente de la piratería aérea, en defensa de la seguridad colectiva. Sobre todo si no se olvida que Colombia adhirió a la Convención de Tokio, si bien no ha recibido la aprobación legislativa. Cuando los infractores sepan que serán juzgados en cualquier sitio donde aterrice la nave, se extinguirá o al menos atenuará notablemente esta nueva modalidad

criminosa que no logra encuadramiento exacto en ninguna de las normas existentes.

4. - Es evidente que los hechos hasta ahora investigados, atrás resumidos, no se adecúan a ninguna de las hipótesis contempladas en los cinco ordinales del transcrito artículo 136 del Código Penal, entre otras razones, porque todas ellas se refieren a conductas relacionadas con embarcaciones o buques, salvo los supuestos a que se contraen los ordinales 3º y 5º. Resulta asimismo claro que tampoco es subsumible en ninguna de las hipótesis descritas en el ordinal 5º del artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar la conducta de los sujetos que mediante amenazas a la tripulación obtuvieron que el Jet HK-1403 de la Empresa Avianca abandonara la ruta programada y se dirigiera a Cuba el 20 de mayo de 1969, porque en todas ellas el delincuente persigue una finalidad común: la de destinar la nave a la piratería, factor sin el cual el delito se desintegra. Y nada muestra en el informativo, ni siquiera sugiere, que el propósito de los referidos sujetos, al desarrollar la conducta ya conocida, fuera la de destinar la aeronave a la piratería.

6. - Ya se habrá observado, en cambio, frente al cuadro probatorio de que hasta el momento se dispone, que los hechos acreditados convocan los elementos estructurales del secuestro de personas, en concurso material.

Nuestro Código Penal reprime en los artículos 293 y 294, dos conductas criminosas que, no obstante hallarse colocadas dentro del mismo Capítulo como dos modalidades de secuestro que atentan contra la libertad individual, tienen una acusada diferencia específica, hasta el punto de que en la legislación italiana, por ejemplo, las figuras correspondientes se consideran de géneros distintos. Así, el hecho que acrimina el citado artículo 293 lo considera el código penal italiano en su artículo 630 como un delito contra el patrimonio, o, según la expresión de Maggiore, como "un secuestro de persona con fines de robo o de extorsión, mientras que la conducta descrita en el aludido artículo 294, coincidente con la reprimida

por el artículo 605 del memorado estatuto extranjero, radica por modo esencial en poner materialmente a una persona en tales condiciones que no pueda usar de libertad de locomoción, sea totalmente o bien dentro de los límites señalados por el sujeto activo. Por ello han dicho los doctrinantes respecto de este último delito, conocido generalmente en el léxico jurídico penal como "secuestro de persona", diferenciándolo del llamado "secuestro de rescate", que el fin de su acriminación no es defender a alguien del aniquilamiento total de su libertad física, sino de las agresiones contra su libre facultad de movimiento.

7. - Sobre el tema expresaba la Corte en providencia del 7 de junio de 1968: "La otra forma de secuestro, llamado también de rescate, implica la presencia de tales fines, o sea el dolo que nuestro código (art. 293) puntualiza con estas palabras: 'propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos', requerimiento que no es necesario para que se configure el 'secuestro de personas', pues precisamente en esto se diferencia del 'secuestro de rescate'".

8. - El secuestro se consuma en el instante en que se realiza la privación de la libertad personal, y los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cese la situación creada. Para que se estime perpetrado el delito no es indispensable el encerramiento, circunstancia que solo constituye uno de los medios posibles de comisión, pues el mismo efecto limitativo de la libertad ambulatoria se puede obtener, *verbi gratia*, mediante amenazas. Tampoco es necesario la abdicación de la víctima, y por ello ésta puede ser retenida en su propia casa de habitación, pues basta que se le prive de salir. Y nada importa que el local donde se retenga al sujeto pasivo permanezca con las puertas abiertas, si mediante alguna acción, física o moral, se le ha coartado efectivamente la salida. Cabe anotar, finalmente, que el delito subsiste aunque se permita el desplazamiento en el espacio. Así, la retención puede producirse en un vagón ferroviario, en un automóvil, en un avión, e incluso puede consistir en conducir a la

víctima, contra su voluntad, más allá del sitio adonde esta quiere ir.

9. - No huelga advertir que los artículos 293 y 294 del Código Penal fueron reproducidos, respectivamente, por los artículos 13 y 14 de la Ley 16 de 1969, pero con modificaciones relativas a la calidad y a la cantidad de las penas. Ambas figuras se conminan con presidio, y por un lapso apreciablemente más dilatado del que fijaban las disposiciones anteriores: 5 a 10 años en la primera hipótesis y 2 a 6 años en la segunda.

10. - Surge de las razones atrás consignadas la conclusión de que, excluido el delito de piratería y dada la fecha en que ocurrieron los hechos, la competencia para conocer del asunto corresponde a la justicia ordinaria y, dentro de tal esfera, a los Jueces del Circuito en lo Penal, conforme a la regla contenida en el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 16 de 1968. Al funcionario de instancia corresponde definir acerca de la concurrencia con los secuestros, de un delito contra la propiedad que se ha insinuado en los autos y cuya existencia o in-

existencia no modifica el aspecto de la jurisdicción en concreto.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, dirime la colisión de competencias a que se refiere la parte motiva en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso concierne al Juzgado Diecisiete del Circuito Penal de Bogotá, al que, consecuentemente, se enviarán los autos, previa comunicación de lo aquí resuelto al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

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.

JURADOS DE CONCIENCIA

No constituye vicio capaz de generar la nulidad del proceso, el que a un miembro del jurado de conciencia se le denuncie penalmente, pues éste solo hecho no desvirtúa "la notoria honorabilidad de una persona", que es uno de los requisitos que el artículo 494 del C. de P. P., exige a los jurados.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto catorce de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N^o 32 de agosto 14 de 1970.

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 20 de febrero del año en curso y por medio de la cual confirmó, con algunas modificaciones, la del Juzgado Superior del extinguido Distrito Judicial del Socorro, en que se condenaba a Luis Eduardo Castillo Pilonieta, a la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de homicidio, cometido el 25 de diciembre de 1959, en Palmas del Socorro y del que resultó muerto Juan de Dios Monsalve, interpuso el apoderado del procesado el recurso extraordinario de casación, que fue admitido y al que se le dio el trámite de rigor, agotado el cual, la Sala procede a resolver.

Hechos y Actuación Procesal:

En la noche del 24 de diciembre de 1959, se divertían varias personas, bebiendo y bailando, en el establecimiento denominado "Gato Negro" situado en el perímetro urbano de Palmas del Socorro. Entre los tertulios se encontraba Luis Eduardo Castillo quien bailaba en determinado momento

con una señora, cuando se le acercó Juan de Dios Monsalve y le pidió que lo dejara bailar con ella a lo cual se negó Castillo lo que fue causa de que, instantes después, los dos protagonistas abandonaran juntos el establecimiento y Castillo hiriera, casi de inmediato y en forma mortal, a Monsalve.

En favor de Castillo Pineda dictó el Juzgado Segundo Superior del Socorro sobreseimiento definitivo el 25 de agosto de 1960, providencia que fue apelada por el Fiscal del mismo Juzgado y que el Tribunal Superior de San Gil revocó por la suya de 28 de abril de 1961 en la cual llamó a juicio al sindicado, por el delito de homicidio.

Adelantado el juicio se verificó el 4 de julio de 1969, la audiencia pública en la que fue sometido a la consideración de los jurados el cuestionario de rigor que ellos respondieron, por unanimidad, con un "sí es responsable".

Este veredicto fue acogido y desarrollado por el Juzgado Segundo Superior en la sentencia que se deja mencionada, que, apelada ante el Tribunal Superior, fue confirmada por éste en la que es motivo del recurso de casación.

En esta providencia la entidad mencionada se pronunció en forma negativa frente a la petición del defensor en el sentido de que se declarara nulo lo actuado por haberse

sorteado, como miembro del tribunal de conciencia, a Efraín Forero, quien según el recurrente, no reúne los requisitos para desempeñar ese cargo.

Demanda de Casación.

Después de resumidos los hechos y la actuación procesal, el apoderado del procesado formula contra la sentencia del Tribunal, dos cargos que pueden resumirse de la siguiente manera:

Primer Cargo.

No haberse reemplazado, en el acto del sorteo de jurados, al ya mencionado Efraín Forero, quien no tiene buena reputación y no llena, por tanto, uno de los requisitos del art. 494 del Código del Procedimiento Penal, que es el ser persona de reconocida y notoria honorabilidad, pues dicho señor está sindicado por la comisión de un delito contra la propiedad en cuantía superior a los cincuenta mil pesos. Sin que pueda alegarse, agrega, que solo la sentencia condenatoria es la que permite afirmar la falta de honorabilidad de una persona, ya que basta la simple sindicación para que la buena reputación de una persona sea puesta en duda.

Segundo Cargo.

Lo hace consistir en que, al actuar como jurado una persona que no tenía condiciones legales para serlo, el juicio quedó viciado de nulidad por incompetencia de la Jurisdicción porque solo son competentes para juzgar los que reúnen los requisitos legales.

Se violó, en consecuencia, agrega el recurrente, el art. 26 de la Carta que dispone que una persona solo puede ser juzgada ante tribunal competente.

Concepto de la Procuraduría:

Solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que se deseche el recurso por la inanidad de los cargos que se hacen a la sentencia.

Al primero de ellos responde diciendo que la sola sindicación de una persona no desvirtúa la presunción de inocencia pues aún

siendo no culpable, cualquiera puede ser denunciado.

Es solo la sentencia condenatoria por una infracción penal, la que permite decir que un individuo carece de honorabilidad. Pero mientras no se dicte una providencia de esa clase, es menester seguir considerando como honesta a la persona.

Además, la calidad de honestos les está reconocida a los jurados de conciencia por los Tribunales Superiores que, al elaborar las listas de los jueces de conciencia, deben certificar que reconocen como honorables a cada una de las personas que las forman.

Por lo demás, la violación del art. 494 del C. de P. Penal, no esta considerada por ese ordenamiento como causal de nulidad procesal.

En cuanto al segundo cargo, aduce en su contra que no ha sido demostrado, que, además, la incompetencia de jurisdicción no se predica de los jueces de conciencia sino de los de derecho y finalmente, que la falta de honorabilidad del jurado Forero, no se demostró en los autos.

Consideraciones de la Corte.

Comparte la Sala los razonamientos de la Procuraduría, porque, en efecto, en referencia el primer cargo, o sea el de haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad por no reunir uno de los jurados las condiciones legales, es preciso advertir que la notoria honorabilidad de una persona, que es uno de los requisitos exigidos a los jurados por el art. 494 del C. de P. Penal, no puede considerarse desvirtuada por ser denunciada en un proceso penal, ya que contra cualquiera, por honorable que sea, puede enderezarse una denuncia temeraria y si el solo acto de presentarla bastara para desvirtuar su honorabilidad, se correría el riesgo de que contra los más calificados miembros de una sociedad, que son, precisamente, los más aptos para desempeñar el cargo de jurados, se presentarían tal clase de denuncias con el solo objeto de inhabilitarlas para que intervinie-

ran en el proceso en calidad de jueces de conciencia.

Por otra parte, el hecho de que la ley fije un plazo para que las partes tachén a los jurados sorteados, está dando a entender que si no se hace eso en tal término, es porque se considera que no hay objeción contra los jurados. Mal podrá, con posterioridad y después de haberse guardado silencio en el término mencionado, tacharse a uno de ellos y pedir que se declare nula la actuación, invocando, además una causal de nulidad que no está prevista en el Código.

De lo dicho se concluye que no se violó el art. 494 del C. de P. Penal, y que por lo tanto no puede prosperar el cargo.

Respecto a la segunda acusación, es a saber, la de que hubo nulidad constitucional por no reunir uno de los jurados los requisitos exigidos por la ley, y ser, por lo tanto, incompetente, ya se dijo, en el aparte anterior, que no hay prueba de que el jurado Forero no sea persona de reconocida honora-

bilidad pues a los autos no se trajo la demostración correspondiente, que no puede ser otra que la copia de la sentencia en que se le condene por una infracción que requiera, para su perfeccionamiento, haber obrado con dolo o malicia.

En consecuencia, el cargo no ha sido probado y no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia mencionada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR AUSENCIA DE DEFENSA

La Corte ratifica su doctrina sobre la nulidad de carácter constitucional con base en el artículo 26 de la Constitución, fundada en la "carencia de asistencia técnico-jurídica, real y efectiva" del procesado y la constituye el hecho de designarle como defensor al enjuiciado, a una persona lega en la materia o ayuna de conocimientos jurídicos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, agosto catorce de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 32, Agosto 14 de 1970).

Vistos:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, procede la Corte a decidir el que fuera interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 1969 mediante la cual esta Corporación confirmó la de primera instancia del Juzgado Penal Municipal de Dagua que condenó a Jesús Antonio Mejía a la pena principal de cinco años de prisión, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable de los delitos de robo que le fueron acumulados y en perjuicio de los señores Harold González, Jaime Villegas Palacios y doctor José Vicente Sandino".

Hechos:

Acertadamente se encuentran relacionados por el Ministerio Público demandante, así:

"1º. En la noche del cuatro al cinco de septiembre de 1967 Jesús Antonio Mejía y

Juan Pablo Ruano se introdujeron en la casa del doctor Vicente Sandino, situada en el Municipio de Dagua, inmediaciones de La Playa, sitio turístico y, violentando una de las ventanillas del interior de la casa, se sustrajeron un estéreo con radio portátil, una estufa eléctrica, dos colchones, ocho discos, dos llaves inglesas y otros elementos.

"2º. En la misma noche se introdujeron los mismos sujetos, a la casa que en el Municipio de Dagua, sector de La Playa, tiene el señor Jaime Villegas y se sustrajeron: una estufa eléctrica marca "Haceb", una lámpara "Cóleman", una manta grande, de color rojo, y otros elementos.

"3º. El día 6 de septiembre de 1967 se presentó ante la Inspección Departamental de Policía de El Carmen, Dagua, el señor Harold González, quien manifestó que hacía una hora se había dado cuenta de que una de las puertas que da hacia la calle, en su Granja, se hallaba violentada y se habían sustraído varios objetos así: una estufa de gas y ropa de uso personal por valor de unos mil pesos. De este hecho también resultaron responsables Jesús Antonio Mejía y Juan Pablo Ruano.

"Respecto a este último se sacaron copias de cada uno de los sumarios y se enviaron a los Juzgados de Menores, pues la edad del sindicado así lo exigía".

Actuación Procesal

1. En el primer negocio la Inspección de Policía Departamental de "El Carmen", Dagua, dictó auto cabeza de proceso el 5 de septiembre de 1967, providencia que fue repetida por el Juzgado Penal Municipal de ese Municipio el 26 de los mismos mes y año. El 9 de octubre siguiente se decretó la detención preventiva del sindicado Jesús Antonio Mejía (fls. 9 ss.). El 16 de marzo de 1968 se declaró cerrada la investigación (fl. 26) y el 10 de abril siguiente se abrió causa criminal contra Mejía "como responsable del delito de robo agotado en perjuicio de los bienes del doctor José Vicente Sandino Pardo". (fls. 27 ss.). La providencia fue debidamente notificada. A continuación se encuentra un informe secretarial que da cuenta de la ejecutoria del auto de proceder y de que esta causa había sido acumulada por auto de 22 de marzo (fl. 31).

2. En el segundo negocio la Inspección de Policía Departamental de "El Carmen", —Dagua— dictó auto cabeza de proceso el 5 de septiembre de 1967 y, también el 26 de los mismos mes y año esa providencia fue repetida por el Juzgado Penal Municipal de la ciudad nombrada. El 6 de octubre siguiente se dictó auto de detención contra el mismo Jesús Antonio Mejía (fls. 14 ss.). El 8 de marzo de 1968 se declaró cerrada la investigación (fl. 29) y el 21 de los mismos mes y año se abrió causa criminal contra Mejía "como responsable del delito de robo de que dan cuenta estas diligencias y cometido en perjuicio de los bienes del señor Jaime Villegas Palacios". (fls. 30 ss.). Esta providencia fue debidamente notificada y quedó ejecutoriada, encontrándose también la constancia secretarial sobre acumulación (fl. 35 fte. y vto.).

3. En el tercer negocio la Inspección de Policía Departamental de "El Carmen" —Dagua— dictó auto cabeza de proceso el 6 de septiembre de 1967, providencia que fue repetida por el Juzgado Penal Municipal de esa ciudad el día 14 siguiente. El 9 de octubre de ese mismo año se decretó la detención preventiva de Jesús Antonio Mejía dentro de estas diligencias (fls. 8 ss.). El

1º de marzo de 1968 se declaró cerrada la investigación (fl. 26) la cual fue calificada 13 días después por medio de auto de llamamiento a juicio proferido a cargo de Jesús Antonio Mejía "como responsable del delito de robo de que dan cuenta estas diligencias y cometido en perjuicio de los bienes del señor Harold González" (fls. 28 ss.). Esta providencia fue debidamente notificada y quedó ejecutoriada.

4. El 22 de marzo de 1968, como ya se ha indicado, se dictó auto por medio del cual se decretó la acumulación de las tres causas seguidas a cargo de Jesús Antonio Mejía por delitos de robo (fls. 36 sgt.). Con posterioridad a esta acumulación y como el procesado se fugara, se le declaró reo ausente y se le designó como defensor de oficio a Alejandro de la Rosa Cifuentes (fls. 72 sgt.). Ya verificada la acumulación, se abrió el juicio a pruebas (fl. 77 vto.). Se celebró la audiencia (fls. 81 sgt.) y se dictó sentencia condenatoria en su contra (fls. 83 ss.), la cual, al ser consultada, fue confirmada por el Tribunal, siendo de advertir que el Ministerio Público había solicitado se decretara una nulidad de orden constitucional "desde el nombramiento del defensor de oficio, pues el nombramiento hecho en una persona que no era abogado titulado violaba el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución".

Demanda de Casación.

El Ministerio Público recurrente propone como causal de casación la 4ª que consagra el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por considerar que "la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad toda vez que la defensa confiada a persona que no es abogado titulado viola el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Con el fin de sustentar la causal propuesta, luego de presentar algunos comentarios en torno a la disposición constitucional que viene de señalarse, el demandante expone:

"Es indudable que el procesado en el caso a estudio gozó de todos los derechos de

defensa material, esto es, que sus indagatorias se recibieron sin juramento, no hubo coacciones, las pruebas fueron legalmente aportadas, fueron legalmente valoradas, los autos fueron notificados en forma legal, se le dieron a conocer los cargos que el Estado le hacía, la audiencia se realizó en la hora y fecha señaladas, etc., pero no ocurrió lo mismo en cuanto a la defensa técnica o formal, de la cual dice Fenech: "la defensa específica o procesal también llamada profesional que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas y que tienen como profesión el ejercicio de esa función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo".

"Y no tuvo esa defensa porque la persona que le fue designada como defensor no llenaba las condiciones exigidas por la ley para serlo, ya que la defensa formal tiene que ser idónea, profesional, esto es, que exige conocimientos básicos que solo se obtienen en el paso por la Universidad donde se adquieren ética, conocimientos y ante todo criterio jurídico. Si personas que han hecho todo ese trasegar por las aulas sometiendo a exámenes de suficiencia llegan a ejercer su profesión y se encuentran con puntos insolubles, qué no ocurrirá con personas que difícilmente han terminado su bachillerato y de buenas a primeras por el simple hecho de haber manoseado expedientes llegan a cumplir con el cargo de defensores de oficio para el cual no están preparados. Es que como dice Ihering, saber las normas no es saber derecho.

"Desde luego podría decirse que el hecho de no tener título no es prueba de no entender el derecho y que se pueden tener los conocimientos suficientes para ejercer, mal que bien, el cargo de defensor de oficio y por tanto entender que la defensa formal sí se cumplió. Sin embargo, el argumento prueba tanto que prueba lo contrario, esto es, que sí se violó el derecho de defensa formal porque no habiendo título en el de-

defensor de oficio no se sabe si era o no persona capaz de ejercer, para su patrocinado, el derecho inalienable y esencial que le consagra la Constitución Nacional, y que en forma alguna puede estar sometido a contingencias o a posibilidades de que se cumpla o no.

"Si no existe título que haga presumir los conocimientos necesarios para ejercer el cargo de defensor de oficio, se viola el derecho de defensa porque esa garantía, ya se dijo, no puede ser dudosa en su otorgamiento. O se goza de ella o no se goza. No puede haber dudas y el razonamiento de que la persona sin título puede ser capaz, por su experiencia en el ajeteo judicial, de ejercer con suficiencia el cargo de defensor de oficio no es garantía de que se ha tenido el derecho de defensa, pues respecto a ese conocimiento subsiste la duda y en punto a las garantías inalienables y esenciales de la persona humana, cuando está en juego la libertad, no cabe la duda si no que esas garantías deben tener cabal cumplimiento.

"Si estuviera demostrado que el señor Alejandro de la Rosa Cifuentes es idóneo para cumplir el encargo de defensor de oficio, —sólo el título hace presumir la idoneidad—, podría aceptarse que hubo defensa formal del sindicado, pero como así no ha sucedido aquélla no ha existido, se ha vulnerado el derecho de defensa en esa modalidad y por ende el artículo 26 de la Constitución, que constituye causal de nulidad en el juicio que se analiza y está consagrada por la jurisprudencia".

La Procuraduría Delegada en lo Penal, al recorrer el traslado de ley que ordena el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, manifiesta que "no hace uso de la facultad conferida por la mencionada disposición y, en consecuencia, se abstiene de ampliar la demanda en referencia por considerar suficientes las razones jurídicas expuestas por el actor para los fines del recurso de casación" (id. fs. 12 sgt.).

Consideraciones de la Sala

En varias providencias esta Sala ha sostenido la doctrina, que ahora reitera, de

que dentro del artículo 26 de la Constitución Nacional "se comprende el derecho del procesado a contradecir la imputación, a explicar su conducta, y que el efectivo ejercicio del derecho de defensa es principio básico del juicio y condición de legalidad del mismo". En tales ocasiones ha razonado la Corte:

"La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad en que éste debe estar de conocer oportunamente la imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado "de la personalidad del imputado".

"Como la defensa en juicio criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el inculcado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el procesado o en defecto designado de oficio por el juez— cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho penal sustancial. Esa es la razón de ser de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

"La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerido como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación y en guarda de los derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad suprallegal o constitucional, por inobservan-

cia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el artículo 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, a procurar que la ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

"La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculcado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención en el aporte de los elementos de convicción para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a "oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculcado". (Sentencias de 11 de abril y 19 de septiembre de 1969. Magistrado ponente doctor Mesa Velásquez).

Dentro de las causas acumuladas y que dieron motivo a la sentencia en casación recurrida, cabe destacar varios aspectos: Por una parte, en ningún momento procesal el acusado estuvo apoderado por un abogado. Y si bien esto era y es aceptable para efectos de la indagatoria en virtud del artículo 5º de la Ley 21 de 1931, vigente en aquella época por expresa disposición del 2º de la Ley 69 de 1945, y en la actualidad por prescripción del artículo 27 del decreto 320 de marzo 3 de 1970, ello no autoriza que la misión defensiva pueda quedar indefinidamente en manos de personas perfectamente legas en las materias o ayunas de conocimientos jurídicos.

Además, quienes durante las etapas sumarial y procesal tuvieron el cargo de apoderados y de defensor, se limitaron a firmar notificaciones, sin pedir la práctica de pruebas ningunas, sin presentar alegaciones y sin tomar ninguna medida ni desarrollar ninguna actividad tendiente a demostrar la

inocencia del sindicato, "a explicar su conducta, a procurar que la ley penal se le aplicara en la medida de lo justo".

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá de concluirse que el procesado Jesús Antonio Mejía "careció de asistencia técnico-jurídica real y efectiva, vale decir, no tuvo en este juicio defensa formal, llamada también específica o profesional, que es la que se encomienda como deber legal al abogado defensor y que se encamina a la oposición por todos los medios lícitos a la pretensión punitiva deducida contra el procesado, lo que se debe cumplir mediante contrapruebas y contra-alegaciones de la acusación, destinadas a destruir o atemperar la imputación penal". (Casación de 19 de septiembre de 1969).

Prospera, pues, el cargo formulado contra la sentencia impugnada y que se fundamenta en la causal 4ª de casación del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 28 de octubre de 1969, mencionada en la parte motiva, y ordena devolver el proceso, por conducto de aquella Corporación, al Juzgado de origen, para que se reponga lo actuado a partir de las notificaciones de los autos de proceder proferidos dentro de cada uno de los procesos acumulados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Jorge Guerrero (Conjuez), Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Por su naturaleza y objeto especiales, no origina una nueva instancia que permita a la Corte el libre examen del proceso penal. El actor debe expresar la causal o causales en que apoye la impugnación de la sentencia condenatoria y aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con fuerza suficiente para formar la certeza de que probablemente se incurrió en error grave al condenar a quien puede ser inocente.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, catorce de agosto de mil novecientos setenta.

templado en la ley, y procede ahora a decidir.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 32).

Antecedentes.

Vistos:

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, ejerciendo el poder especial que le otorgó el doctor Abraham García Cardozo, propuso ante esta Sala de la Corte, por medio de escrito calendado el 16 de marzo del año en curso, el recurso extraordinario de revisión respecto de la causa adelantada contra su poderdante por el delito de concusión, infracción por la cual lo acusó la señorita Edelmira Grisales, causa que culminó con sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 24 de septiembre de 1966, en la que se condenó al doctor García Cardozo a la pena principal de dos años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes.

Por ajustarse la demanda a las exigencias del artículo 572 del C. de P. P., la Corte dio al expresado recurso el trámite con-

a) El 15 de septiembre de 1964 la señorita Edelmira Grisales formuló denuncia criminal contra el Inspector Décimo Penal Distrital de Policía de Bogotá, doctor Abraham García Cardozo, por el delito de concusión, consistente éste en haberla constreñido, con abuso del cargo, a darle la suma de \$ 1.500.00 y algunos objetos personales para concederle la libertad a su primo Néstor Gómez, quien se hallaba detenido a órdenes de dicho funcionario por asunto penal.

b) El proceso contra el doctor García Cardozo lo adelantó en primera instancia el Juzgado Sexto Superior de Bogotá, despacho que profirió sentencia absolutoria el 23 de noviembre de 1965, por considerar que no se había comprobado plenamente el cuerpo del delito atribuido a aquél.

c) El Tribunal Superior del mismo Distrito conoció por consulta de ese fallo y lo revocó en el suyo de 24 de septiembre de 1966, en el que se condenó al antenombreado profesional, como autor del aludido delito, a la pena de dos años de prisión y a las accesorias de rigor.

Fundamentos del Recurso.

Los presenta el actor en los siguientes términos:

“1º) El doctor Abraham García Cardozo, es cierto que conoció de diligencias relacionadas con Néstor Gómez Giraldo y que Edelmira Grisales, la denunciante, haciéndose pasar como prima del detenido, frecuentó el Despacho del Inspector en forma desusada, tratando de obtener la libertad del sujeto Gómez Giraldo, y aunque la logró, resolvió vengarse del funcionario armándole un truco que hiciera aparente el cargo de concusión.

“2º) Fue así como la denunciante le hizo saber a Miguel Oswaldo Porras Villamil, empleado del Juzgado Segundo Superior de Policía, que el acusado le había pedido tres mil pesos para la libertad de Gómez, hecho que a su vez Miguel Oswaldo puso en conocimiento de su hermano Augusto.

“3º) Se dice que las personas nombradas convinieron en que la denunciante tuviera una entrevista con el doctor García Cardozo, para que le solicitara una rebaja y que lograda ésta pusieron al DAS en antecedentes para sorprender al Inspector recibiendo el precio en billetes previamente marcados, los que se dice aparecieron en el automóvil del doctor García.

“4º) Que lo anterior fue toda una conjura lo acreditan los testigos Oscar Antonio Osorio Gómez, Abel Herrera, León Trespalacios y Antonio Gómez, quienes en declaraciones extrajuicio exponen sobre los antecedentes del caso y las artimañas de la denunciante y sus confidentes.

“5º) Los anteriores fundamentos de hecho permiten invocar para el recurso de Revisión los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del C. de P. P., cuya sustentación a fondo será hecha en el alegato de conclusión una vez cumplido el período probatorio del recurso”.

La demanda de revisión fue acompañada de estos documentos:

Copias de las sentencias de primera y segunda instancias.

Declaraciones extrajuicio de los testigos citados en el escrito suplicatorio de la revisión, respecto de los hechos juzgados, y de los doctores Cástor Jaramillo Arrubla, Hernando Forero Gómez y Gonzalo Cuervo Rojas, como también de la doctora Beatriz Melgarejo S., sobre la conducta del sentenciado doctor García Cardozo. Y,

Poder proferido al doctor Gustavo Rendón Gaviria para interponer y sustentar el recurso de que se trata.

Trámite de la Impugnación y Pruebas Producidas.

Teniendo en cuenta que la demanda de revisión se ciñó a las condiciones legales y a ella se adjuntaron las pruebas de los hechos fundamentales, la Sala ordenó, en proveído de 30 de marzo último, abrir a prueba el incidente por el término de 30 días, observando lo prescrito en el artículo 573 del C. de P. P.

En tiempo el señor apoderado solicitó, en memorial que obra a folios 43 y 44 del cuaderno respectivo, “que los señores Oscar Antonio Osorio Gómez, Abel Herrera, León Trespalacios y Antonio Gómez sean llamados a ratificar, en legal forma, las declaraciones rendidas extrajuicio, las cuales obran en el expediente”, y que dispusiera igualmente “la ratificación de los testimonios de los doctores Cástor Jaramillo Arrubla, Hernando Forero Gómez, Gonzalo Cuervo Rojas y doctora Beatriz Melgarejo S., todas referentes a la personalidad y conducta del recurrente”.

La práctica de tales pruebas fue decretada por la Corte mediante auto de 14 de abril postrero y para producirlas se comisionó al Juez Segundo Superior de Bogotá (folio 45). Pero solo fue posible obtener

las ratificaciones de los testimonios de los doctores Abel Herrera, Cástor Jaramillo Arrubla, Oscar Antonio Osorio Gómez y Hernando Forero.

Cerrado el período probatorio y con arreglo al artículo 574 del estatuto procesal penal se dispuso, por auto de 1º de junio del año en curso, correr traslado del proceso al Ministerio Público y al recurrente, por quince días a cada uno, para la presentación de los alegatos de conclusión (folio 82).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado Penal, en extenso y bien razonado concepto, opina que la solicitud de revisión debe ser denegada, por falta de fundamentación de las causales invocadas por el demandante y porque las pruebas allegadas no acreditan ninguno de los motivos legales establecidos para la revisión de un proceso que ha fenecido por sentencia en firme.

Con respecto a la causal 3ª del artículo 571 del C. de P. P., conforme a la cual procede el recurso extraordinario de anterior mención "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo", expresa el Agente del Ministerio Público que "en la solicitud de revisión no se precisó en cuál de los motivos se apoyaba la revisión del proceso y tampoco se allegó prueba alguna indicativa de uno u otro motivo", por lo cual no puede prosperar.

En relación con la causal 5ª del mismo precepto, que hace viable la revisión de la causa "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", manifiesta la Procuraduría Delegada que ninguna de las hipótesis allí contempladas se demostró por el recurrente, pues los testimonios del doctor Cástor Jaramillo Arrubla,

y del señor Hernando Forero Gómez se refieren exclusivamente a la buena conducta del procesado doctor Abraham García Cardozo, hecho que fue tenido en cuenta en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá al imponerle al acusado el mínimo de la sanción prevista para la infracción que motivó la condena; y los testimonios de Oscar Antonio Osorio Gómez y Abel Herrera fueron pruebas conocidas en el proceso, debidamente analizadas por los juzgadores en las instancias, que no plantean ninguna situación nueva respecto de los hechos ni de la responsabilidad que por ellos se dedujo al citado doctor García.

Memorial del Apoderado Recurrente.

En el escrito por medio del cual se pidió la revisión del juicio, el actor se limitó, como se vio anteriormente, a "invocar para el recurso de revisión los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del C. de P. P.", anunciando que haría su sustentación a fondo en el alegato de conclusión, una vez cumplido el término probatorio. Mas llegada la oportunidad para ello se abstuvo de precisar y fundamentar las causales aducidas, haciendo declaración expresa concebida en los siguientes términos:

"Como apoderado del doctor Abraham García Cardozo en el recurso extraordinario de Revisión dentro del juicio a que se alude en la referencia, respetuosamente debo manifestar que no habiéndose logrado en el término probatorio la ratificación de los testimonios principales, con los cuales pretendía demostrar la falsedad del cargo de concusión contra mi poderdante, y haber sido la denuncia una conjura contra él, me es imposible sustentar las causales invocadas en forma seria y convincente.

"Es verdad que el señor Juez comisionado por la H. Corte para practicar las pruebas me ofició en solicitud de las direcciones de los declarantes que no se presentaron a la ratificación de sus testimonios y que, a mi turno, yo requerí al cliente para ese efecto, pero no fue posible la localización de los testigos".

Consideraciones de la Corte.

I.—Acerca de la revisión ha dicho esta Sala:

“El recurso extraordinario de revisión, que rigurosa y técnicamente no es recurso”, puesto que, como observa Beling, no traslada el proceso a una instancia superior, sino un medio excepcional de impugnación de las sentencias de fondo (condenatorias, en el derecho colombiano), se dirige a atacar la firmeza de la cosa juzgada, su efecto preclusivo, y suscita cuando es admitido una especie de continuación del proceso formalmente concluído, para un nuevo examen sobre el mismo, cuando haya motivos legales para presumir la condena, por error, de un inocente.

“La revisión del proceso, en base a hechos nuevos o a medios nuevos de prueba que desvirtúen la base facticia de la sentencia ejecutoriada, causal que aquí ha sido invocada, se fundamenta en razones superiores de equidad y de justicia, pues como dice Florián, ‘al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente’. (Sentencia de 21 de febrero de 1969).

“La revisión, tiende, por tanto, a corregir errores, mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Solo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los distintos numerales del artículo 571 del C. de P. P. Así, en ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hecho o pruebas que se demuestre luego que eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

“En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irres-

ponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el reo estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los términos del numeral 1º del artículo 571 del C. de P. P., ya citado.

“Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funda deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en él de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos”. (Sentencia de 22 de mayo de 1963).

II.—Por la naturaleza y objeto especiales del recurso extraordinario de revisión, que, al igual que el de casación, no origina nueva instancia que permita a la Corte el libre examen del proceso penal, el recurrente tiene la obligación de expresar la causal o causales que postule para su pretensión y de indicar con toda claridad y precisión los fundamentos de ellas, como también el deber de aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con aptitud o fuerza suficiente para formar certeza de que probablemente se incurrió en error grave en la sentencia al condenar a quien puede ser inocente. No basta, en consecuencia, citar causas legales de revisión, como son las previstas en los ordinarios 3º y 5º del artículo 571 del C. de P. P., que dicho sea con templanza diversas situaciones, y censurar de un modo general como injusto el fallo sobre que versa la impugnación extraordinaria para que ésta prospere; es menester que el actor puntualice con exactitud, dentro de las previsiones de la ley, los motivos específicos, los susten- tados en debida forma y los demuestre en la fase probatoria señalada en el artículo 573 del mismo Código, pues las pruebas que se acompañan a la demanda y que provengan de testigos tienen un carácter provisional

y limitado a la estimación de aquélla para efectos de ver si se debe dar o no impulso procesal a la solicitud de revisión.

III.—En el caso presente el recurrente no precisó en el escrito petitorio de la revisión de la causa ni en el momento fijado para alegar de conclusión el motivo o los motivos pertinentes, como que apenas indicó en la demanda de manera general los ordinales 3º y 5º del citado artículo 571, que comprenden, como antes se dijo, distintas circunstancias, prometiendo hacer la “sustentación a fondo en el alegato de conclusión”, que no fue presentado por la razón que aquél expuso en el escrito de 21 del mes próximo pasado y consistente en no haberse logrado en el término probatorio la ratificación de los testimonios principales, “con los cuales pretendía demostrar la falsedad del cargo de concusión contra mi poderdante”, ratificación que era indispensable, a tenor del artículo 693 del C. de P. C., para que las declaraciones de nudo hecho acompañadas a la demanda de revisión pudieran ser apreciadas.

IV.—En las condiciones dichas y frente a la manifestación última del señor apoderado, que equivale a un abandono del recurso aquí interpuesto, la Corte no puede

estudiar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por la cual se condenó al doctor Abraham García Cardozo, ni emitir juicio alguno respecto de su mérito, para los fines que son propios de esta clase especial de impugnación, pues no se han cumplido los presupuestos o requisitos necesarios para ello.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso adelantado contra el doctor Abraham García Cardozo, por el delito de concusión, del cual se ha hecho anterior mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alaró 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.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

La causal de impedimento consagrada en el ordinal 1º del artículo 73 del C. de P. P., por “tener el Juez o Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso”, debe apoyarse en motivos que lo pongan de manifiesto y respaldarse en elementos de juicio que obren en el proceso, pues su evaluación no puede quedar al capricho de quien invoca la causal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación penal. — Bogotá, catorce de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 32).

V i s t o s :

El Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctor Luis Felipe Ramón se manifestó impedido, mediante auto de 15 de julio último, para conocer en la segunda instancia del presente proceso, adelantado contra Jesús Sarmiento Orellana por delitos de falsedad en documentos y peculado, invocando para ello la causal 1ª del artículo 73 del C. de P. P., la que funda en que un hermano suyo, el doctor Jorge Ramón, era a la época de los hechos miembro de la Corporación de Ferias y Exposiciones de Cúcuta, entidad ofendida con los ilícitos, en representación del Ministerio de Agricultura.

Los restantes Magistrados de la respectiva Sala, en auto de fecha 21 del mismo mes, declararon infundada la inhibición del doctor Ramón y ordenaron el envío del pro-

ceso a la Corte, con arreglo a lo estatuido en el artículo 74 del estatuto citado y para los fines allí previstos.

La Sala Considera.

a) El artículo 73 del C. de P. P., en su ordinal 1º, contempla como motivo de recusación, y por ende de impedimento, “tener el juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso”.

b) El interés a que alude la norma transcrita, por parte del juez o del pariente cercano, significa el provecho, la utilidad o ventaja, de orden material o moral, que la persona pueda obtener según sean los resultados del proceso, que presumiblemente influya —consciente o inconscientemente— en el ánimo del fallador, con menoscabo de la independencia o imparcialidad que debe presidir toda actuación judicial.

c) Como motivo de abstención de los jueces, el interés a que se contrae el artículo de anterior mención tiene que hacer, pues, referencia a algo que afecte o pueda incidir de manera cierta en el patrimonio económico o espiritual del juzgador o del familiar

de éste que se encuentre en los grados señalados por la ley; "no es —expuso la Corporación en auto de 4 de marzo de 1946: aquel interés abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia".

d) El interés, directo o indirecto, que el Juez o Magistrado pueda tener en el proceso, cuando se plantea como causal de inhibición, debe apoyarse en motivos que lo pongan de manifiesto y respaldarse en elementos de juicio. "No basta —ha dicho esta Sala de la Corte— el simple enunciado para aceptarla; es necesario que en el proceso se alleguen datos probatorios para que el juzgador pueda valorarlos como factores de convicción. Claro es que la ley —en estos casos— no exige la prueba plena para la demostración de los hechos, pero, tampoco la causal de impedimento puede quedar al capricho de quien la invoca, sin respaldo alguno, de allí que: quien alega el impedimento debe acompañar, por lo menos, un mínimo de prueba que sirva de base para orientar la decisión, al menos que del mismo proceso se pueda deducir esta conclusión". (G. J. T. LXXXIV, Pág. 133 - 1957).

e) El Magistrado doctor Luis Felipe Ramón no ha expresado cuál es el interés personal de su hermano el doctor Jorge Ramón en el presente proceso; no dice qué ventaja

o perjuicio le puede reportar a éste el que el asunto sub lite se falle en un sentido o en otro, como que se limitó a afirmar que estaba impedido porque su nombrado hermano fue representante del Ministerio de Agricultura en la Corporación de Ferias de Cúcuta, circunstancia ésta que por sí no autoriza para deducir o suponer interés particular de aquél en el objeto del juicio ni en la resultancia del mismo.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara infundado el impedimento manifestado en este proceso por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctor Luis Felipe Ramón, y dispone en consecuencia que continúe conociendo del asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alaró 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.

EXPLOTACION DE ESMERALDAS

La explotación de esmeraldas de las minas de "Peñas Blancas" por los particulares, es delictuosa por infracción de la norma consagrada en el artículo 10º de la Ley 145 de 1959, por pertenecer estas minas a la reserva nacional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 31 de agosto 6 de 1970).

V i s t o s:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Sargento Segundo Manuel Salvador Arias Hernández contra la sentencia del Tribunal Superior Militar fechada el 19 de septiembre de 1969 por medio de la cual reformó la de primera instancia para condenar al mencionado Arias Hernández a la pena de diez y ocho (18) meses de prisión como responsable de haber violado el artículo 10º de la ley 145 de 1959 según hechos sucedidos entre el 14 de mayo y el 15 de septiembre de 1966, en el sitio de "Peñas Blancas", Departamento de Boyacá, consistentes en la extracción ilícita de esmeraldas.

Hechos y Actuación Procesal:

El Sargento Segundo, Manuel Salvador Arias Hernández estuvo prestando servicio en el lapso ya mencionado y en el puesto militar de "Peñas Blancas" unas veces como jefe del mismo y otras como subordinado de los distintos oficiales que fueron destinados a mandarlo.

En ese tiempo se llevó a cabo, por diferentes personas, la explotación de la mina de esmeraldas conocida con el mismo nombre y por tal causa, a virtud de denuncia presentada por el mismo Arias Hernández se inició una investigación de carácter penal en la que el procesado fue también sometido a indagatoria.

Por auto de fecha 21 de noviembre de 1966 se ordenó separar la investigación referente a los hechos ejecutados en forma exclusiva por Arias Hernández de la de los otros sindicados y al efecto se allegaron las copias correspondientes,

En el curso de esta investigación se suscitó un incidente de colisión de competencia negativa entre el Comando del Batallón de Infantería N° 2 "Sucre" y el Comando de la Primera Brigada con sede en Tunja que fue resuelto por esta Sala el 20 de mayo de 1967 en el sentido de que del proceso debía seguir conociendo la autoridad militar primeramente mencionada.

Por Resolución 027 de 4 de septiembre de 1967, se convocó, en la guarnición de Chiquinquirá, un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Arias Hernández por el delito continuado de explotación de esmeraldas, el cual se reunió el 7 de septiembre y al que se le presentó el cuestionario correspondiente, que fue absuelto, por unanimidad, de modo afirmativo.

En el expediente se encuentra perfectamente establecida la calidad militar del procesado como Sargento Segundo del Ejército (fs. 148).

Con base en ese veredicto, se dictó la sentencia que lleva fecha 14 del mes y año mencionados en la que se condenó al procesado a la pena de nueve (9) meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes, y se le dejó en libertad de la cual venía gozando desde antes.

Esta sentencia fue apelada y el Tribunal Superior Militar pronunció la que es materia del recurso extraordinario de casación en la cual, como ya se dijo, se confirmó la apelada, aumentándose la pena.

Demanda de Casación:

Luego de un resumen de los hechos, el apoderado del procesado formula contra la sentencia dos cargos, el segundo de ellos dividido, a su turno, en dos partes.

Primer cargo.—Lo basa en el inciso segundo de la causal primera del artículo 58 del Decreto 523 de 1964, haciendo la advertencia de que lo hace para sustentar la causal 4ª de la misma norma. Y además “para demostrar que en la sentencia se aplicó indebidamente el artículo 10º de la ley 145 de 1959.

Hace consistir este cargo en que hubo interpretación errada de las pruebas que obran en el expediente, pues se consideró, en el equivalente del auto de proceder o sea, al proponer los cuestionarios a los Vocales del Consejo de Guerra, que existía el cuerpo del delito.

Para demostrarlo, afirma que las minas de esmeraldas de “Peñas Blancas” no hacen parte de la reserva nacional y que, por eso llegan diariamente gentes de diversa condición a explotarlas, sacando las gemas, transportándolas y negociándolas sin que nadie se lo impida ni les imponga sanciones, ya que el mismo Banco de la República, según certificado a que hace alusión el recurrente, considera que tales minas no hacen parte de los grupos de Muzo y Coscuez.

En consecuencia, continúa diciendo, al formularse a los Vocales el cuestionario, se tomó como pertenecientes a la reserva nacional unas minas que no pertenecen a ella, afirmación que se refuerza considerando que, con posterioridad a los hechos juzgados, el gobierno expidió el Decreto 912 de 1968 por el cual se creó la Empresa Colombiana de Esmeraldas, que después se llamó Empresa Colombiana de Minas, y en el que sí se menciona expresamente, como parte de la reserva, a las minas de “Peñas Blancas” lo que quiere decir que, con anterioridad, éstas no hacían parte de ella.

De todo ello se deduce que se llamó al Sargento Segundo, Arias Hernández a Consejo de Guerra por una equivocada calificación de los hechos, a los que se dio carácter delictuoso, sin tenerlo, violando, de este modo, las formas propias del juicio, e incurriendo, por lo tanto, en nulidad constitucional.

Con base en la causal cuarta del ya mencionado Decreto 528 de 1964 endereza el recurrente, contra la sentencia, dos cargos así:

Primer cargo.—Ser dictado en un juicio viciado de nulidad por haberse dejado de observar las formas propias del mismo, ya que, a virtud de hechos que no tienen el carácter de delitos, se llamó a juicio a su poderdante. Por las mismas razones, agrega, se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964 porque se hizo, en el auto de proceder, una calificación errada de los hechos.

Insiste, al sustentar este cargo, en que en el cuestionario propuesto a los Vocales en el Consejo de Guerra se calificó como delito un hecho que no lo era, habiéndose ellos pronunciado afirmativamente no solo sobre la existencia del mismo sino también acerca de su carácter delictuoso pese a lo cual, el Juez debió absolver conforme a lo dispuesto en el artículo 444 del Código de Justicia Penal Militar que dispone que no podrá dictarse sentencia condenatoria en los procesos militares sin que obre en ellos legalmente producida la plena prueba de la infracción de que se trata y la de la responsabilidad del procesado, norma que fue aplicada

de modo indebido pues se condenó a su mandante por un delito inexistente, violando así las normas propias del juicio lo que acarrea nulidad que se extiende hasta la Resolución por medio de la cual se convocó a Consejo de Guerra Verbal.

Segundo cargo.—Lo hace consistir en que el juicio es nulo porque existía otro proceso contra el mismo Arias Hernández por los mismos hechos sobre que versa el presente.

Menciona, para sustentar el cargo, el hecho de que del proceso primitivo, iniciado a virtud de denuncia de Arias Hernández, se separó el segundo contra éste, a quien, sin embargo, no se desvinculó del primero en el que ya estaba indagado, proceso que, por cambio de radicación, fue enviado a Cali y en el que se pronunció sentencia absoluta en favor de todos los sindicatos, incluyendo a Arias Hernández, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar con fecha 16 de diciembre del año pasado, la cual se halla debidamente ejecutoriada.

Acompaña copia de esa sentencia a su demanda de casación y es la que puede verse de fs. 14 a 21 del presente cuaderno. Asimismo acompañó otras providencias de la misma índole, con la misma procedencia.

Con base en ellas afirma que, por existir dos procesos contra el mismo sindicato y por los mismos hechos, terminados por fallos contradictorios, se ha violado el artículo 387 del Código de Justicia Penal Militar que dispone que “el procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aún cuando a éste se le dé una denominación distinta”.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Delegado de las Fuerzas Militares es de concepto que se case la sentencia impugnada por estar demostradas la causal primera y el primer cargo de la causal segunda.

Afirma, para sustentarlo, que las minas de “Peñas Blancas” no son parte de la re-

serva nacional y que, por lo tanto, al explotarlas, no se estaba infringiendo el artículo 10º de la ley 145 de 1959, al cual se le dio una aplicación indebida.

Consecuencia lógica de lo anterior es la de que el presente juicio se halla viciado de nulidad por haberse juzgado al sargento segundo, Arias Hernández, por un hecho que no es delito.

Estima, en cambio, que no ha existido doble juzgamiento porque, aun cuando es verdad que se tramitaron dos procesos, en los cuales figuraba Arias Hernández, y se juzgaban los mismos hechos, no es menos cierto que cuando se dictó sentencia en el presente, aún no se había proferido igual providencia en el otro.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo:

Lo hace consistir el demandante, como ya se dijo, en que hubo errada interpretación de las pruebas por lo cual se consideró como delictuosa la actividad de explotar la mina de esmeraldas “Peñas Blancas”, siendo así que no forma parte de la reserva nacional, error que llevó a preguntar a los jurados sobre un delito que no existe, pues se dio por sentado que tales minas están reservadas y así se consignó en el cuestionario sometido a los vocales del Consejo de Guerra Verbal.

La Sala considera que este cargo no ha sido probado por cuanto la exposición sobre la calidad de no reservadas de esas minas, hecha por el recurrente en su demanda, así como tampoco la contenida en las sentencias cuya copia trajo a los autos, establecen de una manera clara y terminante tal cosa. El certificado del Banco de la República, en el sentido de que las minas en mención no hacen parte del grupo de Muzo y Coscuez, no es prueba suficiente de ello, ya que es a la rama jurisdiccional del poder público a la que le corresponde decir la última palabra sobre la cuestión, y ya uno de sus más altos Tribunales, el Consejo de Estado, por sentencia de 11 de diciembre de 1967, se ha pronunciado en el senti-

do de que las minas de "Peñas Blancas" sí pertenecen a la reserva nacional.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Causal Cuarta:

Primer cargo:

Se alega que se ha incurrido en nulidad, tanto constitucional como procesal, consistente la primera en no haber observado la plenitud de las formas propias del juicio (Art. 26 de la Carta) y la segunda en haber incurrido, en el auto de proceder, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964).

En referencia a la nulidad primeramente alegada se tiene que después de examinado el expediente, no se encuentra que se hayan pretermitido las normas propias del procedimiento penal militar. Se siguió el trámite adecuado, que fue el del Consejo de Guerra Verbal, y se observaron los ritos procesales correspondientes. De modo que no se omitió forma alguna del juicio y, en consecuencia, no se incurrió en la causal de nulidad constitucional alegada.

Y por lo que hace al error en la denominación jurídica del delito, tampoco lo hubo ya que a los hechos se les dio el nombre correspondiente, o sea el de explotación ilegal de esmeraldas que es el que corresponde a la conducta descrita por el artículo 10º de la ley 145 de 1959.

La no punibilidad de un hecho, por no tener carácter delictuoso, que es la hipótesis contemplada por el recurrente, no puede configurar esta clase de nulidad en la que se parte de la base de que el hecho sí es delito pero se le dio una denominación distinta a la que le corresponde.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Segundo cargo:

Se hace consistir, en que, al adelantar contra Manuel Arias Hernández dos proce-

sos por los mismos delitos, se violó el artículo 103 del C. de P. Penal, reproducido por el 387 del Código de Justicia Penal Militar.

Empero, de una lectura atenta del expediente, resulta que si bien se siguieron dos procesos, uno contra el sargento Arias Hernández y otros, y el presente, exclusivamente contra aquél, se les dio un contenido diferente, como se deduce de las piezas procesales y en especial de las siguientes: a) del auto de 21 de noviembre de 1966, dictado por el Juez 14 Penal Militar en donde se ordena la separación de los procesos, llevando por aparte los relacionados con el capitán Alvaro Rodríguez Sánchez y el sargento segundo Manuel Salvador Arias Hernández como responsables por el delito de explotación clandestina de esmeraldas realizando "por su propia iniciativa, cuenta y riesgo" trabajos en las minas, sin el concurso del resto del personal del Puesto Militar de "Peñas Blancas"; b) el auto de la Corte de fecha 20 de mayo de 1967 en el que se dice que no hay demostración en los autos de que entre el capitán Rodríguez Sánchez y el sargento segundo Arias Hernández hubiera existido connivencia "sino que cada cual actuó por su cuenta y en forma independiente, en el supuesto de que estuviera probado el ilícito atribuido a dicho capitán"; c) el concepto fiscal sobre si existía o no mérito para convocar un Consejo de Guerra Verbal en que el Agente del Ministerio Público manifiesta que el mencionado sub-oficial sí realizó, por su cuenta y riesgo, labores propias de exploración y explotación de las minas de esmeraldas de "Peñas Blancas"; d) la resolución por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal en la que se dice que dicha convocatoria tiene por objeto juzgar a Arias Hernández por el delito en mención "consumado dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta este proceso" y e) la sentencia de primera instancia en que se hace la advertencia de que, aunque lo lógico era que se hubiera juzgado en el mismo proceso a Arias Hernández y a los militares, la Corte decidió que el juzgamiento de éste correspondía al Batallón "Sucre" porque la situación de los

otros ya había sido resuelta por el Comando de la Primera Brigada.

De estas piezas procesales aparece que en el proceso, que culminó por sentencia de 16 de diciembre del año pasado, se juzgó al sargento Arias Hernández por actividades ejecutadas en compañía de otras personas. Y en el presente, por las que llevó a cabo en forma aislada, por su cuenta y riesgo, como dice una de las providencias mencionadas.

Se trata, en consecuencia, de dos procesos contra una misma persona pero por hechos completamente distintos, perfectamente separables en el tiempo, unos ejecutados por varios agentes, entre ellos el procesado, y otros llevados a cabo, de modo exclusivo, por éste último.

Esa separación es una realidad procesal que no se puede desconocer en casación y que da a cada uno de los procesos su contenido individual, inconfundible con el del

otro, lo que impide decir que versan sobre los mismos hechos.

No puede, en consecuencia, admitirse el cargo que por este aspecto se ha hecho a la sentencia.

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 Sargento Segundo Manuel Salvador Arias Hernández contra la sentencia del 19 de septiembre de 1969 del Tribunal Superior Militar al que se ordena devolver el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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.

COMPETENCIA

La justicia ordinaria conoce del delito de "asociación para delinquir" cometidos en el territorio del Departamento del Valle del Cauca, con anterioridad al 9 de octubre de 1969, fecha en que se declaró turbado el orden público en esta sección del país, y la justicia castrense conoce de los delitos de secuestro, extorsión y conexos que se hayan cometido en ese departamento y se estuvieren investigando cuando entró a regir el decreto 1657 de 1969.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y nueve de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 32 de 14 de agosto de 1970).

V i s t o s:

Procede la Corte a dirimir, de plano, el conflicto negativo de competencia planteado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Tribunal Superior Militar con respecto al conocimiento del presente proceso, promovido contra Benito Medina Rengifo, Jafet Cano Otálvaro, Fabio Medina Guzmán y otros, por el delito de asociación para delinquir.

Antecedentes.

a) La presente investigación fue iniciada el 18 de noviembre de 1964 por el juez 100 de Instrucción Criminal, con fundamento en el informe que el día anterior le rindiera el Comandante de la Compañía "C" del Batallón de Infantería N° 8 "Pichincha", adscrito a la Tercera Brigada del Ejército Nacional, Teniente Edgar Moreno Suárez,

destacado en el puesto militar del Municipio de Dagua, quien puso a disposición del referido funcionario un grupo de sujetos, acusándolos de perpetrar toda clase de crímenes en aquella región.

b) Tras una larga serie de incidencias procesales, el Juzgado Cuarto Superior de Cali, mediante providencia calendada el 18 de agosto de 1969, ordenó "la cesación de todo procedimiento, de conformidad con el artículo 153 del C. de P. Penal", en favor de los sindicados, "por inexistencia del delito".

c) Al revisar el Tribunal Superior de Cali, por vía de consulta, aquella determinación, en proveído del 26 de febrero último resolvió declarar "que no es competente para conocer de este negocio en segunda instancia", resolución que fundó en los siguientes términos: "Declarado en estado de sitio y turbado el orden público en el Departamento del Valle del Cauca, según Decreto 1.657 de octubre 9 de 1969, se adscribió de nuevo a la Justicia Penal Militar el conocimiento de ilícitos como este (Asociación para delinquir), en virtud del artículo 1° aparte A), del Decreto N° 1666 de octubre 10 de 1969". (Sic).

d) No comparte tal criterio el Tribunal Superior Militar, y por ello, en auto del 17

de julio último rechaza la competencia para conocer del asunto. El fundamento primordial de su resolución se expresa del siguiente modo:

“Según los términos claros del Decreto 1661 de 1969, la Justicia Penal Militar, sólo tiene competencia para ocuparse del conocimiento de los delitos incluidos en el aparte a) del Artículo 1º de dicho Decreto, cometidos durante la vigencia del estado de sitio en el Departamento del Valle declarado por Decreto 1657 de 9 de octubre de 1969. Para que hubiera asumido competencia para juzgar a responsables de delitos de Asociación para Delinquir anteriores a esa fecha, hubiera sido necesaria una disposición igual o similar a la contemplada en el aparte b) del mismo artículo 1º del Decreto 1661, que se refirió a los delitos de Secuestro y Extorsión”.

La Corte Considera:

1. Habrá de repetirse una vez más que mediante el Decreto 1657 de 9 de octubre de 1969 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio del Valle del Cauca. Y que como consecuencia de esa determinación y conforme al precepto contenido en el artículo 1º del Decreto 1661 del mismo año (octubre 10), se atribuyó a la justicia penal militar la competencia para conocer de determinados delitos —entre otros el de asociación para delinquir— pero sólo para los que se cometan después de la fecha de su expedición, o sea a partir del 10 de octubre de 1969, y mientras se mantuviese el estado de sitio en el nombrado Departamento. Por contrario modo, el mismo artículo 1º le asignó competencia a los jueces castrenses para aprehender el conocimiento de los sumarios que por los delitos de secuestro, extorsión y conexos se estuvieran instruyendo en los distritos judiciales de Cali y Buga en el momento de entrar a regir dicha norma.

2. Es evidente que los hechos materia del proceso se remontan al año de 1964, razón por la cual el conocimiento del negocio, según reiteradamente lo ha resuelto la Corte en casos similares, concierne a la jurisdic-

ción ordinaria. Y si alguna perplejidad asomare al ánimo frente al texto del artículo 1º del Decreto 1695 de 1969, conforme al cual “el Comandante de la Tercera Brigada será competente para decidir de los asuntos por las infracciones de que trata el Decreto 1661 de 10 de octubre de 1969, cometidas o que se cometan por particulares en esa sección del país”, ya aquella ha sido disipada por la Corte al explicar en numerosas oportunidades que dicha expresión (cometidas o que se cometan) no implica una modificación de la competencia establecida por el tantas veces citado Decreto 1661, por cuanto el 1695 sólo tuvo por objeto unificar en el Comando de la Tercera Brigada la facultad legal para el juzgamiento de los delitos adscritos a la justicia militar en el territorio del Valle del Cauca, dividido en varias zonas para efectos jurisdiccionales.

3 Siendo ello así, carece de justificación que se continúen suscitando incidentes fundados en temas que esta Sala ha dilucidado con ostensible amplitud en múltiples ocasiones y a través de providencias suficientemente conocidas por todos los estamentos judiciales del país.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, dirime el conflicto negativo de competencia a que se refiere la parte motiva, en el sentido de que el conocimiento de este proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, envíese el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, previo aviso de lo aquí resuelto al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alaró 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.

HURTO Y ROBO MILITARES

Se ratifica la doctrina de la Corte sobre el fuero de los miembros de la Policía Nacional, para ser juzgados por cortes marciales, por delitos que cometan "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo". El delito de hurto o robo militar, puede ser cometido por particulares y su conocimiento corresponde a la justicia castrense, que además, conoce de los delitos conexos al hurto o robo militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 34, agosto 28 de 1969).

Vistos:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Constantino Pedreros Rivera y Héctor Guzmán Guzmán, sustentado por medio de apoderados especiales, contra la sentencia de segundo grado del Tribunal Superior Militar proferida el 8 de julio de 1969, por la cual fueron condenados los recurrentes a las penas de veinticinco y doce años de presidio, respectivamente, y a las sanciones accesorias de rigor, por homicidio con características de asesinato cometido en la persona del Agente de Policía Luis María Mora Mora y robo militar.

Hechos y Actuación Procesal.

El Agente de la Policía, Constantino Pedreros Rivera concibió la idea de matar a su compañero de oficio Luis María Mora

Mora, con el fin de apoderarse del revólver de dotación oficial que a éste le había sido confiado para el cumplimiento de sus funciones, y determinó por persuasión a los agentes del mismo cuerpo armado Marcelino Pedreros Rivera, hermano suyo, y César Angarita Acevedo a que ejecutaran esos hechos con armas que para el efecto suministraría, a sabiendas, el Agente Héctor Guzmán Guzmán, todo ello bajo pacto de vender posteriormente el revólver objeto material del robo y repartir el precio entre todos los vinculados al siniestro plan.

Fue así como en la tarde del 20 de agosto de 1968 los procesados Marcelino Pedreros y César Angarita acecharon a la víctima elegida en un establecimiento de cantina de María Amparo Cendales, en el barrio Los Mártires de la ciudad de Ibagué, en camino que aquélla debía recorrer hacia su morada, situada en el área rural; a su paso, simulando amistad le obsequiaron cerveza y luego pasaron a la cantina de Luis Felipe Franco, donde repitieron las libaciones; de allí partieron a eso de las ocho de la noche, con dirección a la casa de habitación del occiso Mora, quien invitó a comer a sus victimarios para corresponder a las fingidas atenciones que éstos le hicieron, y a poco andar, a unos ciento veinte metros de distancia, cumpliendo lo estipulado, el

Agente Angarita disparó alevosamente contra Mora, y al caer éste herido lo acometió a cuchillo el Agente Pedreros, ocasionándole otras heridas que le produjeron a aquél la muerte en el mismo sitio; acto seguido los agresores se apoderaron de un revólver Smith & Wesson, calibre 38 largo N° 70408, que portaba el Agente Mora y que le había sido asignado oficialmente.

Consumados de ese modo los hechos, los autores materiales se reunieron con el instigador Constantino Pedreros y los tres fueron a la casa del Agente Guzmán y le hicieron entrega de las armas que había prestado y con las cuales se perpetró el asesinato, como también del revólver robado, para que lo guardara mientras el autor intelectual, Constantino Pedreros, buscaba al presunto comprador.

El arma sustraída fue vendida posteriormente, al parecer en la suma de mil pesos, dinero que fue distribuido entre los que participaron en una y otra forma en la realización de los graves delitos relatados.

La investigación correspondiente fue iniciada por el Juzgado 7° Penal Municipal de Ibagué y perfeccionada por el Auditor 27 de Guerra, comisionado al efecto por el Comando del Departamento de Policía "Tolima" mediante Resolución N° 0021 de 27 de agosto de 1968.

Allegadas las pruebas del caso, el referido Comando, actuando como juez de primera instancia, por Resolución N° 0025 de 16 de octubre del mismo año, ordenó convocar en la Guarnición de Ibagué un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los cuatro inculcados por las infracciones anteriormente descritas.

El Consejo de Guerra sesionó entre los días 23 y 26 del mes anteriormente citado, y a su consideración fueron sometidos los siguientes cuestionarios, todos los cuales fueron contestados afirmativamente tras amplio debate:

"El acusado, Agente Marcelino Pedreros Rivera, es responsable, sí o no, de haberle ocasionado la muerte con el propósito de

matar y con la coparticipación de otros al Agente de la Policía Luis María Mora Mora; hecho cometido mediante heridas causadas con arma blanca y de fuego y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por medio de la insidia y la asechancia, y que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio de Los Mártires en Ibagué?"

"El acusado, Agente Marcelino Pedreros Rivera, es responsable sí o no, de haberse apoderado con la coparticipación de otras personas y con el propósito de obtener provecho, de un revólver de dotación oficial destinado al servicio de la Policía Nacional; hecho que se consumó mediante violencia ejercida sobre el Agente Luis María Mora Mora a cuyo cargo estaba el arma; de noche, en despoblado y con armas, y que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio Los Mártires en Ibagué?"

"El acusado, Agente César Angarita Acevedo, es responsable sí o no de haberle ocasionado la muerte con el propósito de matar y con la coparticipación de otros, al Agente de Policía Luis María Mora; hecho cometido mediante heridas causadas con arma blanca y de fuego y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por medio de la insidia y la asechancia, que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio Los Mártires de Ibagué?"

"El acusado, Agente César Angarita Acevedo, es responsable sí o no, de haberse apoderado, con la coparticipación de otras personas y con el propósito de obtener un provecho, de un revólver de dotación oficial destinado al servicio de la Policía Nacional; hecho que se consumó mediante violencia ejercida sobre el Agente Luis María Mora Mora, a cuyo cargo estaba el arma; de noche, en despoblado y con armas, y que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio Los Mártires de Ibagué?"

"El acusado, Agente de la Policía Constantino Pedreros Rivera, es responsable sí o no, de haber determinado, con el propósito de matar, a los autores materiales a ocasionarle la muerte al Agente de Policía Luis María Mora Mora, mediante heridas

causadas con armas de fuego y blanca; hecho cometido colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad por medio de la insidia y la asechanza, y que tuvo lugar en la noche del 20 de agosto de 1968 en el Barrio de Los Mártires en Ibaqué?”

“El acusado, Agente Constantino Pedreros Rivera, es responsable sí o no, de haber determinado, con propósito de aprovechamiento, a los autores materiales a apoderarse, de un revólver destinado al servicio de la Policía Nacional; hecho que se consumó mediante violencia ejercida sobre el Agente de la Policía Luis María Mora Mora, a cuyo cargo estaba el arma; en despoblado y con armas, y que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio de los Mártires en Ibaqué?”

“El acusado, Agente Héctor Guzmán Guzmán, es responsable sí o no, de haber cooperado, con el propósito de matar, con los coautores en la causación de la muerte del Agente de Policía Luis María Mora Mora, prestándoles una ayuda sin cuyo concurso el hecho también se hubiera podido cometer, en cumplimiento de promesas anteriores al mismo; muerte que se consumó colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por medio de la insidia y la asechanza, y que tuvo lugar en la noche del 20 de agosto de 1968, en el Barrio de Los Mártires, de Ibaqué?”

“El acusado, Agente Héctor Guzmán Guzmán, es responsable sí o no, de haber cooperado con los coautores en el apoderamiento de un revólver de dotación oficial destinado al servicio de la Policía Nacional, mediante la prestación de una ayuda sin cuyo concurso también se hubiera podido cometer el hecho y prestándoles una ayuda posterior a éste, en cumplimiento de promesas anteriores al mismo; apoderamiento que se consumó mediante violencia ejercida sobre el Agente Luis María Mora Mora, a cuyo cargo estaba el arma; de noche en despoblado y con armas, y que tuvo lugar el 20 de agosto de 1968 en el Barrio Los Mártires de Ibaqué?”

De acuerdo con los veredictos, la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, dic-

tó, con fecha 18 de noviembre de 1968, sentencia de primera instancia, en la cual fueron condenados los cuatro procesados, por los delitos de homicidio, en la modalidad de asesinato y robo militar, así: Constantino Pedreros Rivera, en calidad de autor intelectual o determinante, fue sancionado con veinticinco años de presidio; Marcelino Pedreros Rivera y César Angarita Acevedo, como autores materiales, fueron sancionados con veinticinco y veintidós años de presidio, respectivamente, y Héctor Guzmán Guzmán, en la condición de cómplice no necesario o secundario, fue sentenciado a siete años de presidio. A todos se les impusieron las sanciones accesorias pertinentes.

El fallo fue apelado y el Tribunal Superior Militar lo confirmó en el suyo de 8 de julio de 1969, con reforma respecto a la pena aplicada al procesado Guzmán Guzmán, que se fijó en doce años de presidio en lugar de los siete que se le habían impuesto en la sentencia de primer grado.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron los cuatro condenados el recurso extraordinario de casación, que fue declarado admisible por la Corte en auto de 31 de octubre postrero. Pero solamente los procesados Constantino Pedreros y Héctor Guzmán, presentaron, por conducto de abogado inscrito en la Corporación, las demandas correspondientes, razón por la cual la Sala, en providencia de 1º de julio del corriente año, ordenó correr traslado de aquellas a la parte no recurrente y declaró desierta la impugnación con relación a los otros dos inculcados.

Demandas de Casación y Concepto del Ministerio Público.

En ambos libelos se invoca contra el fallo recurrido la causal de casación contemplada en el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, vale decir, el haberse proferido en un juicio viciado de nulidad. Sin embargo, los cargos que a través de ella plantean los autores son diferentes, por lo cual se estudiarán separadamente.

Demanda del Apoderado de Constantino Pedreros.

Primer cargo.—Nulidad de rango constitucional, por quebranto del artículo 26 de la Carta, por no haberse juzgado al imputado ante tribunal competente. Lo desarrolla el demandante alegando, en síntesis, que el proceso ha debido adelantarse por la jurisdicción ordinaria, y no por la militar, en razón de que los miembros de la Policía no son militares y las cortes marciales o tribunales castrenses fueron establecidos para juzgar, con exclusividad, los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conforme al artículo 170 de la Constitución Nacional, precepto éste con el cual pugna el artículo 11 del decreto 1667 de 1966, que adscribió a la justicia penal militar el conocimiento de ciertos delitos consumados por el personal de la Policía. Existe incompatibilidad —dice el recurrente— entre la Constitución y la ley, en los textos citados, pues mientras la primera reserva las cortes marciales al juzgamiento de los militares, la segunda da a aquéllas competencia para juzgar a los agentes de la Policía, y esa situación de conflicto de normas reclama la aplicación del artículo 215 de la Carta, a efecto de hacer primar sus mandatos sobre la disposición de inferior jerarquía, lo que conduce a afirmar la existencia de la nulidad invocada, porque la justicia castrense carecía de capacidad para juzgar a los procesados por los delitos materia del juicio.

Opinión del Ministerio Público. El Procurador Delegado de la Policía Nacional, después de extensas consideraciones sobre el status jurídico de la Policía como cuerpo integrante de la Fuerza Pública, refuta el cargo formulado por el actor de la siguiente manera:

“Por lo que hace al fuero que para el personal uniformado, es decir, en servicio activo de la Policía Nacional, consagra el artículo 11 del mencionado decreto 1667 de 1966, la Constitución en ninguno de sus cánones prohíbe el establecimiento de fueros o excepciones para el juzgamiento de determinadas categorías de personas. Es más:

es principio general de derecho que corresponde a la ley señalar la competencia. El artículo 11 del Estatuto Orgánico de la Policía Nacional —que es ley de la República— fijó en la Justicia Penal Militar la competencia, para conocer de los delitos cometidos por el personal uniformado, es decir, en servicio activo de la Policía Nacional, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo.

“Si la ley puede crear nuevos fueros en materia penal y a ella corresponde fijar la competencia para el conocimiento de los delitos —por la naturaleza de ellos o la calidad de las personas que los cometen—, es forzoso aceptar que no existe contrariedad alguna entre el artículo 170 de la Carta y el fuero dado a los miembros de la Policía Nacional”.

Se contesta: La Constitución Política, en su artículo 170, estableció un fuero para el juzgamiento de los militares en servicio activo, respecto de los delitos en que incurran y que se relacionen con el mismo servicio, al disponer que de esas infracciones “conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Dicho fuero se hizo extensivo al personal de la Policía Nacional que cometa delitos con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo, por prescripción del artículo 11 del decreto legislativo 1667 de 1966, que adquirió vigencia permanente por la adopción que de él hizo la ley 48 de 1967.

El citado estatuto organizó la Policía Nacional, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 167 de la Carta, y la define como “Cuerpo Armado, eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos”. Esta concepción de la Policía Nacional, que encuentra fundamento en el artículo 168 de la Constitución, explica el que se haya adscrito

a tribunales militares especiales el conocimiento de las infracciones penales de naturaleza oficial ejecutadas por quienes forman parte de esa fuerza armada.

La Sala no observa incompatibilidad alguna entre el artículo 11 del Decreto 1667 citado y el 170 de la Constitución Nacional, para dejar de aplicar el primero en guarda de la integridad de la Carta y por la vía de excepción que ésta consagra en su artículo 215. La Constitución no dice en aquel precepto, ni en ningún otro, que las cortes marciales o tribunales militares juzgarán únicamente los delitos cometidos por militares en servicio activo, hipótesis en la cual pugnaría con sus ordenamientos la norma legal del acotado artículo 11, por cuanto los miembros de la Policía no son en verdad militares, sino que atribuye a tales tribunales el conocimiento de determinados ilícitos de los militares. Siendo ello así, no se encuentra que la Constitución se oponga de un modo manifiesto a que la ley extienda la competencia de aquellos tribunales especiales para el conocimiento de los delitos oficiales del personal de la Policía, Institución que hace parte de la Fuerza Pública y que acusa notorio paralelismo con el cuerpo armado del Ejército.

No está, pues, demostrada la incompetencia de jurisdicción aducida por el demandante.

Segundo cargo.—Nulidad del juicio por incompetencia de jurisdicción, por cuanto los delitos imputados a los agentes de Policía acusados en este proceso no fueron realizados “con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo”, presupuesto exigido por el artículo 11 del decreto 1667 de 1966 para que la Justicia Penal Militar pueda conocer de delitos cometidos por agentes de la Policía.

El demandante, para demostrar su aserto, transcribe varias de las pruebas producidas y concluye:

“En consecuencia, establecido como está que la muerte del Agente Luis María Mora Mora tuvo como móvil causales diferentes a las señaladas en el artículo 11 del D. 1667

de 1966, o sea que no fue “con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo”, entonces no es el caso de darle aplicación a dicho precepto legal, o sea que los mencionados Agentes de la Policía Nacional que figuran como acusados de tal hecho, señores Constantino y Marcelino Pedreros Rivera, César Angarita Acevedo y Héctor Guzmán Guzmán, no han debido ser juzgados por la Justicia Penal Militar sino por la Justicia Ordinaria, y como ellos fueron juzgados por el fuero castrense, tal actuación es nula por incompetencia de jurisdicción.

“Como ninguno de los presupuestos contemplados en el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966 es aplicable a los hechos que rodean la muerte del Agente Luis María Mora Mora, ya que los móviles de tal muerte fueron para robarle el revólver, al ser juzgados sus autores los citados Agentes de la Policía Nacional por el fuero Castrense, se incurría en incompetencia de jurisdicción y la nulidad vertida sobre el juicio por tal aspecto debe ser declarada por la Honorable Corte”.

Opinión del Ministerio Público. La Procuraduría Delegada pide que se deseche igualmente este cargo, pues si es cierto que los ilícitos por los cuales se juzgó a los procesados no se consumaron en las circunstancias previstas en el artículo 11 del decreto 1667 de 1966, como que no se relacionaron con el cargo de agentes de la Policía que para la época tenían los inculcados, éstos cometieron, en conexidad con el homicidio de Luis María Mora, un delito de robo militar, definido y sancionado en el artículo 238 del código de la materia, “justiciable en todo tiempo por la jurisdicción penal militar”, y por esa circunstancia esa jurisdicción especial adquirió competencia “para conocer de ambas infracciones”, conforme a lo estatuido en los artículos 311 y 314 del Código de Justicia Penal Militar.

Se contesta: El Código de Justicia Penal Militar, en la parte que trata de los delitos y de las penas militares, contempla en el Título X, bajo el rubro “Delitos contra los bienes del Estado”, en sendos capítulos, el peculado, el hurto, el robo y el abuso de con-

fianza. De estos cuatro ilícitos, atendiendo a la descripción que de esas figuras delictivas hace el referido estatuto, el peculado y el abuso de confianza requieren un sujeto activo cualificado por la condición de militar o empleado civil al servicio de las Fuerzas Armadas, pues las disposiciones correspondientes a esos capítulos encabezan diciendo: "El militar o el empleado civil al servicio de las Fuerzas Armadas que..." (artículos 232 a 234 y 241). No ocurre lo mismo con el hurto y el robo, que dicho sea tienen por objeto material "semovientes, armas, municiones u otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas", como que los tipos penales básicos, consagrados en los artículos 235 y 238, no cualifican en forma alguna al agente de la infracción, no contienen limitaciones acerca del sujeto activo de las conductas allí previstas, ya que se inician del siguiente modo: "El que...", dicciones que comprenden a cualquier persona, sea o no militar, esté o no al servicio de las Fuerzas Armadas, que atente contra bienes del Estado afectados al servicio de las Fuerzas Armadas.

Corroborar la afirmación anterior, en el sentido de que el hurto, y el robo militares no exigen un sujeto activo cualificado por la situación de militar o de civil al servicio de las Fuerzas Armadas, la consideración de que algunas de las circunstancias de agravación de esas ilicitudes, señaladas en los artículos 236, 239 y 240, entre ellas la de estar los autores de la infracción organizados en cuadrilla permanente para delinquir, son propias de particulares e inconcebibles dentro del Ejército de la República.

El Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los procesados recurrentes declaró a éstos responsables de haberse apoderado, con el propósito de obtener un provecho, de un revólver de dotación oficial destinado al servicio de la Policía Nacional, que es una Fuerza Armada, hecho agotado mediante violencia ejercida sobre el Agente Luis María Mora Mora, a cuyo cargo estaba el arma.

Ese acto criminoso es típico del robo, previsto en el artículo 238 del Código de Justicia Penal Militar, que dice:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, se apodere de semovientes, armas, municiones u otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, o se los haga entregar, será sancionado con prisión de tres a ocho años.

"La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad".

En consecuencia con lo dicho, los autores de aquella infracción quedaron sometidos a la jurisdicción penal militar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 307, ordinal 6º, del mismo estatuto.

En conexidad con el robo de que se ha hablado, que por haber recaído sobre arma oficial destinada al servicio de una fuerza armada se configuró como delito militar de los que pueden cometer aún los simples particulares, según se dijo anteriormente, los procesados de autos cometieron el delito de homicidio en la persona del Agente Luis María Mora Mora, pues esa muerte violenta tuvo por finalidad exclusiva despojar a la víctima del revólver que portaba y que pertenecía al Estado.

Por esa clara conexidad teleológica entre las dos infracciones, la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer del robo se prorrogó legalmente para el conocimiento del homicidio, de conformidad en lo dispuesto en los artículos 311 y 314 del C. de J. P. M., como lo hace notar el Agente del Ministerio Público. El primero de esos artículos prescribe que "Si un mismo agente comete a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar, sin que entre ellos exista relación de conexidad, la autoridad militar conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros. En este caso, la autoridad que avoque el conocimiento debe remitir copia de lo conducente a la otra para proseguir el juicio". De este texto se infiere palmariamente que si entre el delito común (en este caso el homicidio) y el sometido a la jurisdicción castrense (en este caso el robo mi-

litar) media un nexo de dependencia o algún vínculo de conexión, deben investigarse y fallarse en unidad procesal por la autoridad militar. Esta interpretación la confirma el artículo 314, según el cual "Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

Por lo expuesto, no obstante que los acusados no realizaron los ilícitos penales por los cuales fueron condenados en actividades propias de su condición de Agentes de la Policía, el juzgamiento de ellos por la Justicia Penal Militar, en el aspecto de la competencia, no ofrece reparo, y consiguientemente el cargo que se analiza tiene que ser desechado.

Tercer cargo.—Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en la formulación de los cuestionarios sometidos al Consejo de Guerra Verbal, por la inclusión en ellos de "circunstancias agravadoras de la responsabilidad, no demostradas en la investigación ni probadas en forma suficiente", con lo cual "se desconoció la verdad del proceso y se crearon artificialmente formalidades no autorizadas por la ley".

Para fundamentar esta impugnación contra el fallo, dice el demandante que al procesado Constantino Pedreros Rivera, acusado como autor intelectual de los delitos de homicidio y robo aquí juzgados, "se le atribuyen hechos y circunstancias que sólo los autores materiales podían realizar en la consumación de los ilícitos", pues él no determinó el modo y la forma como debían ser consumadas las infracciones, "ordenando que la víctima debía ser muerta colocándola en condiciones de indefensión o inferioridad por medio de la insidia y la asechancia". Alega el actor que "si Marcelino Pedreros y César Angarita mataron al Agente Luis María Mora, colocándolo "en condiciones de indefensión o inferioridad por medio de la insidia y la asechancia", lo hicieron así en forma voluntaria no obedeciendo instrucciones de nadie, y tales hechos no le son imputables al Agente Constantino Pedreros Rivera, como autor intelectual". Y más adelante expresa:

"Luego si en el cuestionario propuesto a los Vocales del Consejo de Guerra sobre

la responsabilidad del Agente Constantino Pedreros en el homicidio del Agente Luis María Mora, se incluyen tales circunstancias agravadoras de asesinato, como así se hizo, tal hecho, por no estar probado, viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que no se observaron las formas propias de cada juicio".

También sostiene el abogado del recurrente que los cuestionarios propuestos a los Vocales del Consejo de Guerra respecto del homicidio de Luis María Mora "fueron injurídicamente redactados, ya que se confundieron los términos 'indefensión' e 'inferioridad', que son fenómenos distintos y de ese modo se violó el artículo 26 de la Constitución Política "por no haberse observado las formas propias de cada juicio".

Por último, en el mismo capítulo plantea el actor violación del citado precepto de la Carta, porque "En los cuestionarios se acumularon los delitos de homicidio y robo, siendo así que ambas clases de delito constituyen una sola figura jurídica llamada asesinato, de que se habla en el artículo 363 del C. P. Siendo uno solo el delito cometido, o sea un asesinato, sin embargo, se tomó aisladamente la causal 3ª del artículo 363 del C. P., como delito aparte, con lo cual se violó el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, y por ende, el artículo 26 de la Constitución, pues no se observaron las formalidades propias de cada juicio en la elaboración de dichos cuestionarios".

Opinión del Ministerio Público. El Procurador Delegado de la Policía se refiere con amplitud al anterior cargo contra la sentencia, señalando las imperfecciones o falta de técnica en su formulación, y concluye que es improcedente "en cuanto se refiere a la reapertura del debate en materia probatoria y, por cuanto los cuestionarios se ajustan en su redacción y contenido a las prescripciones del artículo 559 del C. de J. P. M."

Se contesta. Es evidente el error en que incurre el demandante en la postulación del cargo al amparo de la causal 4ª de casación, pues toda la argumentación en que lo funda plantea realmente bajo diversos aspectos

tos una violación de la ley penal sustancial, indirecta en unos de sus planteamientos y directa en otros, circunstancia que lo obligaba a proponer la impugnación al fallo en la esfera de la causal 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964, que no fue invocada.

Los cuestionarios sometidos al Consejo de Guerra Verbal no ofrecen en su formulación reparo de ninguna naturaleza. Su forma, como lo advierte la Procuraduría Delegada, aparece rigurosamente ajustada a las previsiones del artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, y en armonía con la respuesta que a ellos dieron los jurados se dictó la sentencia, como lo ordena la ley.

La imperfecta presentación del cargo impide a la Corte el examen de fondo de los motivos en él aducidos por el apoderado del procesado, puesto que la casación, como tantas veces se ha dicho, es un recurso limitado y eminentemente técnico, que impone al demandante el deber de indicar con precisión la causal o causales adecuadas a los reparos que se propongan contra el fallo y a fundamentarlos correctamente.

Demanda del Apoderado de Héctor Guzmán.

Primer cargo.—Nulidad del proceso, por incompetencia de jurisdicción, conforme al artículo 441, ordinal 1º, del Código de Justicia Penal Militar, por cuanto el acusado no recurrente César Angarita Acevedo, al momento de la comisión de los hechos (agosto 20 de 1968), no era miembro de las Fuerzas de Policía, y si carecía de fuero no podía ser juzgado por Consejo de Guerra Verbal.

La nulidad que por ese motivo se presenta con relación al procesado Angarita —dice el apoderado— se comunica a los demás inculcados, favorece a los codelincuentes, y al reconocerla se debe ordenar la reposición del proceso por la justicia ordinaria y para todos los condenados en la sentencia recurrida.

Opinión del Ministerio Público. Respec- to de tal impugnación, expresa el Procura-

dor Delegado de la Policía que el inculcado César Angarita sí pertenecía a la Policía Nacional cuando incurrió en las conductas por las que aquí ha sido juzgado, pues la constancia del folio 65 demuestra que en esa época se hallaba en uso de vacaciones, circunstancia que no produce la desvinculación del empleo, y que aunque hubiera sido un simple particular, atendiendo a la naturaleza de una de las infracciones, el robo militar, que puede ser cometido por cualquier persona al tenor del artículo 238 del C. de J. P. M., era justiciable por la jurisdicción castrense, pues a ésta están sujetos, entre otros, "Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos", con arreglo al ordinal 6º del artículo 307 de aquel estatuto.

Se contesta. Los sindicatos Constantino y Marcelino Pedreros, César Angarita y Héctor Guzmán, según se vió anteriormente, fueron procesados y juzgados por la Justicia Penal Militar, no porque en su carácter de agentes de la Policía hubieran cometido acciones criminosas en la esfera de sus funciones oficiales, vale decir, en hipótesis de las contempladas en el artículo 11 del decreto 1667 de 1966, sino porque perpetraron un robo de índole militar, especialmente previsto en el artículo 238 del C. de J. P. M., por el objeto sobre el cual recayó la infracción, ilícito que como antes se observó puede ser realizado por cualquier persona, ya que no requiere condición determinada en el sujeto activo, y es en todo tiempo de competencia de los tribunales marciales. Y con respecto al homicidio del Agente Luis María Mora Mora, aunque fue un delito de ley penal común, la competencia de la Justicia Penal Militar para su conocimiento derivó de la conexidad de medio a fin de ese ilícito con el robo militar, a virtud de lo prescrito en los artículos 311 y 314 del precitado código, como atrás se dejó expuesto.

Consiguientemente, la acusación al fallo no prospera.

Segundo cargo.—Nulidad de la actuación, "por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción",

causal ésta contemplada en el ordinal 2º del artículo 441 del C. de J. P. M.

Desarrolla el demandante la impugnación afirmando que no está demostrado que la cooperación prestada por su poderdante Guzmán a los autores materiales de las infracciones, al facilitar a éstos las armas con que se causó la muerte al occiso Mora Mora, hubiera sido la culminación de un acuerdo previo; que no existe prueba que demuestre que el procesado Guzmán tenía conocimiento del empleo que se iba a dar a las armas que él prestó a los victimarios de Mora; que el auxilio a éstos prestado por su representado "fue enteramente posterior a la comisión del hecho ilícito", sin acuerdo precedente, por lo cual ha debido darse a su conducta la denominación jurídica de encubrimiento, dando aplicación al artículo 181 del código ameritado, en vez de considerarlo como cómplice de los delitos.

El actor se limita a hacer aquellas afirmaciones, sin ensayar ninguna demostración a la luz de las constancias procesales, como que apenas dice que para formularle la imputación de cómplice a su poderdante "Era preciso llegar a la destrucción total de la versión de Guzmán y, al parecer, sólo había un medio. Demostrar que la presunta aseveración de Constantino Pedreros es enteramente cierta".

Opinión del Ministerio Público. El Agente del Ministerio Público se adentra en un análisis de fondo de las pruebas aportadas al expediente para llegar a la conclusión de que el acusado Héctor Guzmán sí cooperó en los delitos aquí juzgados, previo entendimiento con los demás procesados, y de que no existió error alguno en la valoración jurídica de su conducta, por lo cual el cargo debe ser rechazado.

Se contesta: Cuando se alega en casación nulidad del juicio por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, argumentando que los juzgadores de las instancias apreciaron

erróneamente o dejaron de apreciar determinada o determinadas pruebas, es necesario —ha dicho esta Sala de la Corte con reiteración— que el actor invoque en primer término el ordinal 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, y demuestre que en la estimación del material probatorio se incurrió "en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", como se exige en el inciso 2º de dicha disposición, y tras esa demostración aduzca, como lógica consecuencia, la causal 4ª de casación. Esta no puede, pues, alegarse con autonomía cuando, como en el caso presente el demandante no acepta los hechos acogidos en la sentencia impugnada sino que, por el contrario, los controvierte a efecto de darles una presentación y un alcance en derecho distintos a los del fallo.

Como el recurrente no planteó ni demostró el cargo en la forma expresada, la acusación a la sentencia no puede prosperar.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado de la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por los procesados Constantino Pedreros Rivera y Héctor Guzmán Guzmán contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha 8 de julio de 1969, proferida en el presente juicio y de la cual se ha hecho mención en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alaró 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.

IMPEDIMENTOS

Puede manifestarlo el funcionario llamado a iniciar una investigación, aun cuando no se haya dictado el auto cabeza de proceso, si de la investigación preliminar o de la denuncia aparece alguna incriminación contra amigos íntimos o familiares del funcionario a quien corresponde conocer del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N° 34 de 28 de agosto de 1970).

Vistos:

Al Magistrado doctor José Luis Abisambra, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, le correspondieron en reparto las diligencias para investigar el delito en que haya podido incurrir Luis Adolfo Godín Bárcenas, en su carácter de Juez Civil Municipal de San Andrés de Sotavento, a quien se acusa por un abuso de autoridad.

Por auto del 27 de abril de 1970, el Magistrado Abisambra se declaró impedido "para conocer del presente negocio por amistad íntima con el doctor Luis Godín Bárcenas, sindicado en el presente negocio, de conformidad con el artículo 73, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Penal".

Justifica el impedimento con la afirmación de que con el imputado le vinculan no solo "sentimientos amistosos íntimos", muy conocidos por muchas personas, lo que se

traduce en trato personal permanente entre los dos, sino también relaciones familiares a través de su cuñado Fernán Fortiche Bárcenas.

En providencia del 25 de mayo de 1970, los otros dos Magistrados de la Sala de Decisión, no aceptaron el impedimento y ordenaron pasar el expediente a esta Corporación, fundándolo así:

"En el caso presente, se encuentra que no existe hasta ahora proceso alguno, pues solo aparecen unas copias compulsadas por la Secretaría del Tribunal para adelantar investigación penal, en averiguación del posible delito en que pudo haber incurrido el doctor Luis Godín Bárcenas cuando desempeñaba las funciones de Juez Civil Municipal de San Andrés. Hasta el presente no se ha dictado el correspondiente auto cabeza de proceso y por tanto esa investigación no se ha iniciado aún. Asimismo, el doctor Godín Bárcenas no tiene aún el carácter de parte, pues de un lado no existe, como se ha dicho, proceso alguno, y de otro, para que sea parte se requiere que se le haya vinculado al proceso mediante la recepción de la correspondiente indagatoria sin la cual no puede procesalmente considerársele como autor o participe del delito en investigación".

De donde concluye que la declaración de impedimento está fuera de lugar, siendo, además, precipitada.

Considera la Corte.

El hecho de que no se haya dictado auto cabeza de proceso no impide calificar el impedimento del funcionario llamado a iniciar la investigación penal, o, por el contrario, a rechazar los motivos en que se funda la denuncia. Y no impide hacer dicha calificación porque para abrir el proceso hay necesidad de estudiar los fundamentos mismos de la acción, lo cual obliga a vincularse directamente con ella para impulsarla bajo su responsabilidad. Y si, de acuerdo con la segunda hipótesis enunciada, se abstiene de iniciar la investigación, está en el deber de dar las razones de derecho que funden el proveído pertinente mediante un auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios.

Si se encuentra que la investigación preliminar o la denuncia contiene incriminaciones contra amigos íntimos o familiares del funcionario a quien corresponde conocer del proceso, es obvio que éste tiene el deber de manifestar sus inhibiciones, pues cualquiera que fuere su apreciación respecto de tales antecedentes, lo vinculan necesariamente con el imputado, y queda en situación por lo menos incómoda para proveer lo pertinente en orden a la apertura del proceso o a las consideraciones jurídicas para abstenerse de hacerlo.

La manifestación hecha por el juez o magistrado respecto de la amistad y de los vínculos familiares que le acercan al impu-

tado, aunque éste no haya sido llamado a rendir indagatoria, es suficiente justificación del impedimento a que se refiere el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, porque, en primer término, es indispensable dar fé a dicha atestación, y de otra, es apenas natural esperar que el funcionario sepa lo que representan esos vínculos, aunque no acompañe la prueba legal para establecerlos.

En consecuencia, debe declararse que es oportuno el impedimento expresado y que se encuentra justificada la causa del mismo.

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 fundado el impedimento manifestado por el Magistrado José Luis Abisambra para conocer de este asunto y lo declara separado de él.

Notifíquese, cúmplase 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.

AUDITORES DE GUERRA

Son funcionarios de instrucción penal militar en eventos especiales, cuando para ello, son designados por el Ministro de Defensa, pero sin capacidad para decidir en definitiva negocios penales atribuidos a la justicia castrense, no pudiendo por tanto, suscitar conflictos de jurisdicción, pues solo los funcionarios con competencia para conocer de ellos pueden hacerlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 35).

V i s t o s :

El Auditor Principal de Guerra de la Décima Brigada, en comunicación Nº 160 fechada en Tolomaida el 17 de agosto del presente año, solicitó al Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar la remisión al Comando de aquella Brigada del proceso que se adelanta contra Pedro Julio Avila Ávila, empleado del Fondo Rotatorio del Ejército, por delito de violencia carnal cometido, en la menor Blanca Marina Rodríguez, alegando que por encontrarse el país en estado de sitio "la competencia para fallar el negocio radica en el Comando de la Décima Brigada".

El referido juzgado, en auto de 18 del mismo mes, tras algunas consideraciones en las que afirma su competencia para conocer de dicho caso, resolvió:

"Primero. - No aceptar la competencia positiva propuesta por el señor Auditor Principal de Guerra de la Décima Brigada con sede en Tolomaida y en consecuencia se niega a enviar el presente proceso al Comando de la Décima Brigada.

"Segundo. - Envíesele copia de la presente providencia al señor Auditor Principal de Guerra de la Décima Brigada.

"Tercero. - Envíese el duplicado del expediente a la Honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— para que se sirva dirimir la colisión de competencias".

Consideraciones de la Sala.

Los Auditores de Guerra son Funcionarios de Instrucción Penal Militar, conforme al artículo 357, letra f), del C. de J. P. M., en eventos especiales cuando para ello sean designados por el Ministerio de Defensa o por el respectivo juez de primera instancia.

No teniendo los Auditores de Guerra la calidad de jueces, por falta de capacidad para decidir en definitiva negocios penales atribuidos a la justicia castrense, no están

facultados para suscitar conflictos de jurisdicción, pues éstos solo pueden plantearse entre funcionarios investidos por la ley de competencia para conocer de delitos, la que se determina por la naturaleza del hecho, el lugar de su comisión y la calidad de la persona imputada.

Para que exista verdaderamente colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar, que dé lugar a un pronunciamiento de la Corte para dirimirla según la previsión del artículo 17, ordinal 4º, del decreto 528-de 1964, es necesario que jueces o tribunales pertenecientes a una y otra de aquellas jurisdicciones controvertan respecto a cuál de ellos concierne el conocimiento de un determinado asunto criminal. Pero esa clase de controversia no puede promoverla un Auditor de Guerra, que es apenas un funcionario de instrucción, auxiliar de la justicia castrense, sin competencia para conocer de procesos penales y fallarlos en primera instancia.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que en este proceso no existe hasta ahora, formalmente planteada, colisión de competencias, y se abstiene en consecuencia de hacer pronunciamiento acerca de la autoridad que debe conocer de él.

Comuníquese lo aquí resuelto al Auditor Principal de Guerra de la Décima Brigada, con copia de este proveído.

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 POR AUSENCIA DE DEFENSA

En el proceso penal no puede excusarse la ausencia del defensor en la audiencia pública, y en ella debe presentar verbalmente o por escrito, si no se trata de asuntos en que deba intervenir el jurado, sus puntos de vista sobre los hechos materia de la causa, procurando la absolución de su asistido o el reconocimiento de circunstancias atenuantes, según las posibilidades que ofrezca el acervo probatorio, y el juez está dotado de elementos de presión para constreñirlo a presentar alegato de conclusión (art. 107 del C. de P.P.). La labor del defensor no se limita a posesionarse del cargo y recibir notificaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 35).

V i s t o s :

Decide la Corte, agotados como han sido los trámites correspondientes, el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta contra la sentencia de esta Corporación de fecha 5 de diciembre de 1969, mediante la cual se condenó en segunda instancia a José Natividad Vega Carrascal a la pena principal de cuatro años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, por el delito de peculado.

Antecedentes.

Los hechos los narra el fallo acusado, en versión recogida de la sentencia de primer grado, en la siguiente forma:

“Ante el Juez Promiscuo Municipal de El Carmen, de este Departamento, el señor Alberto Muñoz Castaño, visitador de giros y especies postales de la Zona N° 3 —Bucaramanga— formuló denuncia criminal contra el señor Natividad Vega Carrascal, quien desempeñaba entonces el cargo de Teleadministrador y Agente de giros de la Oficina de dicha población, por el delito de “peculado”. El señor Vega Carrascal había tomado posesión del cargo para el cual fue nombrado por el Ministerio de Correos y Telégrafos mediante Resolución 148 de 24 de Enero de 1956, el 23 de Marzo de dicho año, y el 19 de abril de 1961 le fue practicada una visita Oficial por el Visitador antes mencionado. Como en tal día no se hallara el Teleadministrador visitado, no obstante su búsqueda, el señor Visitador procedió en asocio del Telegrafista auxiliar, señor Alirio Martínez y del chofer de la Zona de Telégrafos N° 15, señor Félix María Fuentes, a efectuar la visita y con tal fin examinó los archivos de la Oficina y forzó la cerradura del cajón de la mesa, donde el sindicado acostumbraba a guardar dinero y especies postales, y la caja fuerte. Efectuado el chequeo correspondiente y hecho el arqueo de fondos y especies Postales, fue hallado un

faltante por veinte mil ciento sesenta y seis pesos con cinco centavos”.

En razón de esos hechos, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ocaña llamó a responder en juicio al imputado Vega Carrascal, por el delito de peculado, en providencia de 28 de septiembre de 1965.

Como no fue posible hallar el procesado para notificarle dicho auto y para hacer efectiva la orden de detención expedida en su contra, se le emplazó en la forma prevenida en el artículo 5º del decreto 1358 de 1964, y como no compareció en el término legal se le declaró reo ausente y se le nombró defensor de oficio al doctor Santiago Rizo Lobo, abogado titulado e inscrito, con quien se dispuso seguir la causa hasta su terminación, según proveído de 28 de diciembre de 1965 (folio 70, Cdo. 1º).

El doctor Rizo Lobo tomó posesión del cargo el 2 de marzo de 1966 prometiendo cumplir, bajo la gravedad del juramento, los deberes propios del mismo, y al día siguiente se notificó del auto de vocación a juicio (folio 70 vto).

Rituada la causa y después de que se subsanó alguna irregularidad de procedimiento que en ella se presentó, se señaló, por auto de abril 18 de 1969, el día 7 de mayo siguiente, a las nueve de la mañana, para la celebración de la audiencia pública, y en la misma resolución se ordenó correr traslado a las partes por el término de cinco días para el estudio del expediente. Esa providencia se notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y al defensor (folio 102).

En la fecha y hora fijadas se realizó la audiencia. A este acto asistió el Personero Municipal, quien solicitó la condenación del acusado, por considerar que estaba demostrado el delito contra la administración pública a él atribuido. El defensor no concurrió ni presentó excusas de ninguna naturaleza, ni hizo llegar alegación alguna al proceso (folios 106 y 107, C. 1º).

El 2 de julio del año últimamente citado el juez del conocimiento dictó sentencia, en

la que condenó al inculcado José Natividad Vega Carrascal a la pena de ocho años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes (folios 112 a 115).

El defensor Rizo Lobo, no obstante la severidad de la pena aplicada al sindicado, no interpuso el recurso de apelación contra el fallo, que le fue notificado en forma personal (folio 115).

Consultada esa decisión con el Tribunal Superior de Cúcuta, fue reformada por éste en la sentencia que es ahora objeto del recurso de casación, en el sentido de rebajar a cuatro años de presidio la sanción principal impuesta a Vega Carrascal.

La Demanda.

El Fiscal recurrente, en bien estructurado libelo, prohijado en su integridad por el Procurador Primero Delegado Penal, impugna el ameritado fallo del tribunal ad quem con apoyo en la causal de casación contemplada en el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad supralegal, por falta de defensa técnica del procesado, circunstancia ésta que quebranta el artículo 26 de la Constitución Política.

El Agente del Ministerio Público fundamenta el cargo afirmando que el acusado Vega Carrascal no fue “oído y vencido regularmente” en el juicio, pues su defensor, doctor Santiago Rizo Lobo, “no le prestó ninguna asistencia jurídica”, “no cumplió en forma alguna el trascendental deber de ejercitar la defensa de su patrocinado, ya que se limitó a posesionarse del cargo el dos de marzo de mil novecientos sesenta y seis, a notificarse al día siguiente del auto de proceder, y luego a notificarse del auto que abrió el juicio a prueba, del que señaló fecha para la celebración de la audiencia pública y del fallo de primera instancia. En realidad de verdad, el señor defensor permaneció, en la práctica, ausente del proceso, porque no solicitó pruebas, no asistió a la audiencia pública, no presentó alegato alguno, ni interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, no obs-

tante que el señor Juez se había equivocado en la graduación de la pena privativa de la libertad, porque le dio aplicación al Art. 1º del Decreto 2184 de 1951, que elevó al doble las penas mínimas señaladas en el Libro Segundo del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman, sin tener en cuenta que estaban excluidas las determinadas en el Decreto 1858 de 1951, sobre peculado”.

Manifiesta el actor que la conducta procesal omisiva del defensor es contraria a las normaciones de los artículos 107 y 108 del C. de P. P., y lesiva del artículo 26 de la Carta que consagra, entre otras garantías básicas de la persona, la del real ejercicio del derecho de defensa, que no es una “protección graciosa del Estado”, sino una exigencia del debido proceso. Cita jurisprudencia de la Corte relacionada con la nulidad que plantea, como también opiniones de autores sobre los alcances del derecho de defensa de los reos, y termina solicitando de esta Corporación que case la sentencia recurrida y ordene reponer el procedimiento, pues estima “infringido, según lo expresado, el artículo 26 de la Constitución Nacional, por violación de las normas propias del juicio, consistente en la omisión de la defensa formal del acusado”.

Se Considera.

Esta Sala de la Corte, en sentencia de 11 de abril de 1969, en caso de notable semejanza con el presente, dijo:

“La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad de que éste debe estar de conocer oportunamente la imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado “de la personalidad del imputado”.

“Como la defensa en juicio criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el inculcado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el

procesado o en defecto designado de oficio por el juez— cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho penal sustancial. Esa es la razón de ser de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

“La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerida como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación y en guarda de los derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad suprallegal o constitucional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el artículo 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, a procurar que la ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

“La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculcado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del proceso, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención en el aporte de los elementos de convicción para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a “oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo,

a los efectos legales y desfavorables al inculpado”.

El examen del expediente revela que el defensor del procesado Vega Carrascal, doctor Santiago Rizo Lobo, oyó notificaciones de las providencias dictadas en la causa pero no abogó en forma alguna por el procesado, pues ni solicitó la práctica de pruebas, ni interpuso ningún recurso, ni asistió a la vista pública, ni presentó ningún defensorio, incumpliendo así de manera palmar las obligaciones contraídas, con menosprecio por la ética profesional y por la administración de justicia.

Es cierto que ni la ley ni el juez pueden determinar la forma eficaz y adecuada a cada caso para el ejercicio del ministerio de la defensa del inculpado. El defensor tiene libertad para elegir, dentro de los medios procesales que la ley le ofrece, los que en su recto entendimiento estime conducentes según las particularidades del asunto confiado a su asistencia jurídica. A priori no se puede afirmar que para la tutela acertada del sindicado deba su procurador judicial necesariamente interponer recursos, solicitar la práctica de pruebas, demandar la libertad provisional del procesado, alegar en todos los pasos del proceso. La perspicacia del abogado le mostrará a éste de qué providencias debe recurrir, cuando es oportuna la demanda de pruebas, si debe o no pedir la excarcelación de su acudido, etc. Y no se podrá afirmar, generalizando, que un defensor no ha cumplido su encargo porque a través del plenario no haya impugnado las decisiones jurisdiccionales ni realizado otras de las actividades antes mencionadas.

Mas hay un acto en el proceso de juzgamiento: el de la audiencia pública, del que sí no puede excusarse la ausencia del defensor y al que se puede y debe obligar la asistencia de éste por el medio de coacción que contempla el inciso 2º del artículo 107 del C. de P. P. (multas sucesivas), pues es ésa la oportunidad final para rebatir —total o parcialmente— la acusación y para presentar las conclusiones de la defensa, que dicho sea tienen que ser consignadas y analizadas en la sentencia conforme a la regla 4ª del artículo 159 del referido Código.

No se puede afirmar, sin incurrir en temeridad, que el llamado a la asistencia jurídica de un acusado ha faltado a sus compromisos por no haber ejercitado en el juicio todas y cada una de las facultades que en abstracto le concede la ley de procedimiento. Pero sí se debe hacer tal aseveración cuando haya asumido una actitud totalmente pasiva, completamente negativa, como en el evento de autos.

Todo defensor en el proceso penal debe, cuando menos, concurrir a la audiencia y presentar, verbalmente o por escrito si no se trata de asuntos con intervención de jurado, sus puntos de vista sobre los hechos materia de la causa, procurando la absolución de su asistido o el reconocimiento de circunstancias que atenúen la imputación, según las posibilidades que ofrezca el acervo probatorio y los planteamientos defensivos que el derecho admita, pues el juicio es un proceso contradictorio de acusación y defensa.

El juez está dotado de elementos de presión para garantizar la presencia del abogado defensor en la vista pública y para constreñirlo a formular el alegato de conclusión —sin el cual no se puede proferir válidamente la sentencia—, pues la ley prevé la imposición de multas para el procurador judicial que no cumpla con los deberes que el cargo impone (art. 107, inciso 2º del C. de P. P.), y erige en delito de colusión la infidelidad a los deberes profesionales contraídos con el representado (art. 196 del C. P.).

Por consiguiente, no son aceptables las razones dadas por el Tribunal Superior de Cúcuta en la sentencia recurrida para negar la declaración de nulidad del juicio, que fue solicitada oportunamente en la instancia por el Fiscal Primero de esa Corporación, en el sentido de que el juzgador carece de poder para obligar a los defensores a que se presenten alegaciones o realicen otros actos en favor del reo, y que aquéllos pueden aceptar como táctica defensiva una actitud pasiva, reducida a oír notificaciones de las providencias que se dicten.

Está, pues, demostrado el cargo aducido por el Físcal recurrente contra el fallo subexamine en el marco de la causal 4ª de casación.

Decisión:

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta datada el 5 de diciembre de 1969, a la que se alude en la parte motiva, y ordena devolver el proceso, por conducto de aquella Corporación, al juzgado al que corresponda, para que se reponga la actuación del juicio a partir de la notificación del auto de proceder.

El Tribunal de origen adoptará las medidas conducentes para que se investigue disciplinariamente la conducta del doctor Santiago Rizo Lobo, por falta a la ética profesional del abogado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alarfo 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 CONFIANZA. COMPETENCIA.

La Corte rectifica su anterior jurisprudencia, sobre el momento consumativo de este delito y la competencia para conocer de él. El abuso de confianza se consuma en el lugar donde se verificó la apropiación de la cosa y no en el sitio donde debía hacerse la entrega. Ante la imposibilidad de saber el lugar donde se consumó la apropiación, es competente para conocer del delito, el juez ante quien primero se presentó la denuncia, al tenor del artículo 57 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N° 35 del 4 de septiembre de 1970).

Vistos:

Se decide el conflicto de competencias, con carácter negativo, planteado entre el Juzgado quinto penal del circuito de Pereira y el Juzgado cuarto penal del circuito de Cali, con respecto al conocimiento de este negocio, en el que se averigua un delito contra la propiedad, según denuncia presentada por Manuel Castro Castro, el 29 de enero de 1967, ante el Inspector departamental de policía ambulante, en la estación del ferrocarril de la Virginia.

Procede esta decisión en los términos de los artículos 67 del Código de Procedimiento Penal y 17, numeral 4°, del Decreto 528 de 1964.

El Juzgado de Pereira sostiene que el hecho denunciado da base para investigar un abuso de confianza y que en tal circunstancia es el Juez del circuito de Cali, el compe-

tente para conocer de él, pues en ese lugar se consumó la infracción. Cita en su apoyo una jurisprudencia de la Corte Suprema, contenida en auto del 26 de noviembre de 1955 (G. J. T. LXXXI, pág. 851), según la cual el abuso de confianza "solo se consuma en el sitio donde debían entregarse los bienes recibidos por título no traslativo de dominio".

A su turno, el juez cuarto penal del circuito de Cali, a quien correspondió el asunto en reparto, se opone a este planteamiento en auto de 13 de julio de 1970, alegando que el lugar en que se cometió el delito no es conocido, de manera que debe aplicarse el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal. Este funcionario no acepta la competencia provocada y dispone cumplir el envío de las diligencias a la Corte para que resuelva el conflicto.

Se Considera.

Varios son los elementos de convicción aportados, pero basta aludir al relato de Manuel Castro en la denuncia, ya que él sintetiza lo que con menos claridad indican otras fuentes. Según el denunciante, que se presenta como empleado de la oficina de transportes Cifuentes, de la Virginia, expidió una orden para acarrear desde este si-

tio, en un vehículo de la empresa, doscientos sacos de café pergamino hasta Cali, donde debía entregarlos a la Federación de Cafeteros, el 28 de enero de 1967. La mercancía fue confiada al chofer Hernando Vargas, quien firmó los comprobantes, responsabilizándose así de su custodia y conducción hasta el lugar de destino. La carga no llegó a la capital vallecaucana, o si llegó no fue recibida en las bodegas u oficinas de la Federación, de donde el denunciante de duce que el citado motorista Vargas dispuso delictuosamente de ella, lo que le obliga a presentar denuncia "para que las autoridades investiguen, exhorten y capturen y si se da con el paradero del camión sea éste decomisado, lo mismo que su cargamento".

Transcurrieron varias semanas sin que el café fuera entregado a los destinatarios y sin que aparecieran el chofer y el camión, lo que, de confirmarse en el informativo, configuraría un delito de abuso de confianza, faltando por determinar la competencia para conocer de él, dadas las modalidades de la acción, a lo cual se procede en seguida.

El funcionario que provocó el conflicto se acoge, como se ha visto, a un auto de la Sala Penal de la Corte, dictado el 26 de noviembre de 1955, en el cual ésta Corporación resolvió un caso semejante al que ahora se plantea. En esa providencia se acogió un principio que, como en seguida se explicará, no responde a la orientación ni al texto de la ley colombiana pero que ha originado múltiples errores agravados por la difusión que inmerecidamente tuvo. Después de admitir acertadamente que el abuso de confianza se caracteriza por la apropiación de cosa confiada o entregada a título no traslativo de dominio, agrega dos proposiciones, inocua la una, y la otra en pugna con la dogmática nacional sobre el momento consumativo del delito, a saber:

1. "Si el delito de abuso de confianza se consuma por la apropiación, es obvio que la intención de quien lo comete debe traducirse en la realización de actos externos que demuestren el fin ilícito de la misma, pues mientras la intención permanezca en

el plano de las ideas o en el ámbito moral de la persona, no puede hablarse con propiedad de una infracción de la ley penal.

2. "Cuando la entrega o devolución de los bienes no se hace en el lugar que determina la convención y en los términos de la misma, el delito de abuso de confianza para efectos de la jurisdicción y competencia se consuma en el lugar donde debían restituirse de acuerdo con la obligación contractual", cuestión que apoyó en estas palabras de Sebastián Soler: "El delito se consuma en el lugar donde la obligación debe ser cumplida y no en aquél donde las cosas fueron distraídas o apropiadas".

El primer enunciado, de notorios desarreglos expositivos, se relaciona con la teoría general del delito y lo mismo vale para el abuso de confianza que para cualquiera otra de las ilicitudes penales. El delito no es pura intención ni conjura imaginaria, de modo que las consideraciones alrededor del tema no se dirigen exclusivamente a la defraudación descrita en el artículo 412 del Código, sino a todos los tipos antijurídicos enunciados en éste. Sobradamente difundidas y conocidas son la teoría clásica de las fuerzas (física y objetiva, moral o subjetiva), igual que la estructuralista y la de la conducta, menos distantes entre sí de lo que se cree, pues al penetrar en su esencia se descubre el concepto común a todas de que el delito es fusión dinámica de realizaciones materiales y modalidades internas, y así la ausencia de una de esas partes impide encuadrar el resultado de la norma represora.

En el abuso de confianza, la apropiación, que es su forma típica, es hecho que se revela cuando el agente dispone de la cosa, consumiéndola, enajenándola o usándola como suya, con desconocimiento del derecho del verdadero dueño, maquinaciones que lejos de ser subjetivas, se reconocen físicamente por la misma falta de la cosa, o por sus desplazamientos o conversiones. Afirmar que estos procesos modificadores de la realidad son distintos de las cogitaciones precedentes, no entraña un avance apreciable para determinar el momento consumativo del reato.

Distante de este sistema es que el acoge el inciso 2º del artículo 173 del código argentino, redactado así: "El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya entregado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver". El delito consiste, pues, en negarse a devolver lo entregado o en retardar perjudicialmente la entrega.

Es fácil derivar del régimen argentino que la retención es consecuencia distinta de la apropiación fraudulenta constitutiva de nuestro abuso de confianza. La ley colombiana no atribuye al agente sino la voluntad de ser suyo lo que ha recibido para manejarlo o tenerlo por cuenta del verdadero dueño. Siguiendo la doctrina francesa, sin el fraude plenamente demostrado no se configura la infracción, exigencia acreditada considerando que el abuso de confianza no está solo en el capítulo quinto del título dieciseis de la parte especial, sino acompañado de "otras defraudaciones". El adjetivo otras señala una idea parecida, esto es, que el abuso de confianza es apenas una de tales defraudaciones. Si no fuera clara la norma en su inclinación por el sistema francés y no por el argentino bastaría el epígrafe del capítulo para comprobar que el abuso de confianza lesiona la propiedad, no como ataque directo a ella, sino defraudando, esto es, llevando a cabo una conducta infiel. Y es infiel porque desconoce la convenida o acordada. Defraudar es quedar mal con el que espera el cumplimiento del compromiso, traicionar la buena fé con que éste favorece al depositario, guardador, o en general a todo recipiente con encargo de restituir.

Tan frecuente como inadecuada es a veces la transcripción de autores extranjeros tratando de buscarle determinadas interpretaciones a las normas vernáculas, sin informarse del ordenamiento que tales autores comentan o explican, y más las citas fraccionarias que no siempre responden a la doctrina que se desarrolla. Con párrafos aislados no es difícil, inclusive, poner a los tratadistas en oposición consigo mismos, si

se descuida la filosofía que inspira su obra, o la tendencia ideológica a que se acogen. De allí el que estas confrontaciones requieran cautela y deban adelantarse discriminadamente teniendo en cuenta el estatuto a que se refieren y la orientación a que obedecen, antes de buscar la analogía con el punto de doctrina colombiana que se desea estudiar.

El párrafo de Soler citado en la jurisprudencia de que se viene haciendo mérito, no se aviene con nuestra ley, porque aquél, citándose al numeral 2º del artículo 173 del código argentino, concibe el abuso de confianza como simple "retención indebida", y por eso llega a conclusiones distintas sobre el momento consumativo del delito.

Contrariando la mayoría de los autores que examinan el mismo texto pero concluyendo que la retención se consuma cuando el agente se apropia o hace suyo lo que se le ha entregado, Soler, en posición insular, afirma lo siguiente:

"El hecho se consuma con el perjuicio causado por la acción de no restituir, de manera que su existencia no depende de lo que el sujeto ha hecho en determinado momento, sino de lo que no ha hecho: no entregar, no devolver. Se trata, por lo tanto, de un delito de omisión, de carácter doloso; pero esa omisión está legalmente apreciada en cuanto a ella importa la comisión de un perjuicio". (Derecho Penal Argentino, reimpresión de 1951, tomo IV, página 418). Los subrayados son del autor.

Si esto es así, concluye Soler, revisando una opinión de Carrara, "vale como regla general el principio según el cual el propietario no puede demandar por retención indebida si antes no ha interpelado al depositario para la restitución y no la ha obtenido... Para nuestro derecho esa es, sin duda, la regla válida aún cuando el propio Carrara piense de otra manera con respecto al derecho toscano para el delito de apropiación" (ibidem).

No puede dejar de observarse que, tratando de ajustar el concepto de Soler para interpretar el texto colombiano, el auto de

26 de noviembre de 1955, suprimió una frase que le da sentido al pensamiento de dicho autor, quien dijo: "El delito de retención indebida se consuma en el lugar donde la obligación debe ser cumplida y no en aquél donde las cosas fueron distraídas o apropiadas". En la transcripción de la jurisprudencia, como se ha visto ya, se omite la clase de delito a que se refiere el tratadista argentino, esto es, la retención indebida, dando a entender que el autor enfocaba el abuso de confianza, tal como lo configura la ley colombiana, lo cual no es exacto.

Siendo distinto el sistema a que se contraen los estudios de Soler, no pueden acogerse las ideas de éste para explicar nuestra norma que, como se desprende de lo dicho, sigue la orientación general, según la cual el delito de abuso de confianza se consuma, no cuando el agente se ha negado a restituir, sino cuando ha exteriorizado la voluntad de hacer suyo lo que no le pertenece porque se le entregó por título precario, que le obliga a devolver.

En estas condiciones la Sala se encuentra ante la premiosa obligación de repetir que recoge la jurisprudencia relacionada antes, y lo reitera ahora de manera expresa y enfática, como lo ha hecho ya varias veces sin que las anteriores decisiones hayan tenido la fortuna de corregir los errores en que a diario incurren jueces y magistrados sobre el momento consumativo del delito.

En efecto, en auto del 11 de octubre de 1968 dijo la Corte:

"El abuso de confianza, en la modalidad descrita en el cuerpo primero de la disposición citada (artículo 412 del C. P.) es un delito instantáneo, que se consuma o perfecciona en el momento y en el lugar donde se cumpla la acción ilegal del apoderamiento, vale decir, donde se realice la apropiación indebida de la cosa recibida por una convención no traslativa de dominio, esto es que impone a quien obtiene la tenencia la obligación de restituir o entregar".

En auto del 8 de abril de 1970, la Sala hizo igual pronunciamiento sobre la instan-

taneidad del delito de abuso de confianza, de donde se desprende la idea de que se consuma en el lugar en que el agente se apropió la cosa o dio a ella el uso no autorizado por el propietario.

Finalmente en autos del 15 de junio y del 31 de agosto de este mismo año la Sala no fue menos enfática al declarar inadmisibles la afirmación "de que es el juez del lugar donde debía cumplirse la obligación contractual contraída por el presunto autor del ilícito el que debe conocer del proceso porque en nuestro derecho la acción constitutiva, en la forma básica del abuso de confianza, es 'apropiarse' y no, como en otras legislaciones, la argentina, por ejemplo, 'negarse a restituir' lo que marca una fundamental diferencia entre ambas tendencias legislativas, ya que en tanto que en la nuestra el lugar de comisión del hecho es aquel en que se manifiesta el ánimo de apropiarse, en las que siguen la segunda corriente 'el delito se consuma por el perjuicio causado por la negativa a restituir o por la no restitución' (Soler), lo que da competencia para su conocimiento al juez del lugar en donde la obligación debe ser cumplida".

Mantener la idea contraria, esto es, la de que el abuso de confianza se consuma en el lugar en donde debe cumplirse la obligación, es no solo equivocado desde el punto de vista teórico o doctrinario, sino desde el punto de vista práctico. Si ello fuera así, habría que afirmar la consumación del delito en el exterior del sujeto que se compromete a entregar un bien en ciudad extranjera, habiendo dispuesto de él dentro del territorio colombiano. Hipótesis como ésta pueden multiplicarse para demostrar los extremos inaceptables a que conduciría semejante interpretación. Más aún, a veces resultaría imposible esclarecer la sede para el cumplimiento de los compromisos cuando ésta no aparezca concretamente convenida por el dueño y el precario tenedor.

Todo lo que antecede sirve al caso planteado para decir que no sería inevitablemente la ciudad de Cali el lugar en donde se consumó la infracción, si no aparece que fue allí donde el conductor del vehículo que

transportaba el cargamento de café se apropió de este, enajenándolo o desconociendo en cualquier otra forma el deber de transportarlo para su entrega a la Federación de Cafeteros de la capital del Valle.

No hay datos hasta este momento que permitan declararlo así. Mas bien se trata de una apropiación en lugar hasta, ahora desconocido, que puede ser la propia ciudad donde el chofer tomó la mercancía o cualquier otro paraje del recorrido. Por ello está fundada la apreciación del Juez cuarto penal del circuito de Cali al invocar el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal. En tales circunstancias debe conocer del asunto el juez del lugar en que se formuló la denuncia, que fue, además, el que primero inició la instrucción, es decir, el de Pereira. Así habrá de resolverlo esta Corporación.

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, dirime la colisión de competencia planteada, en el sentido de que el conocimiento del presente proceso corresponde al Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, a quien se le enviarán las diligencias, dando aviso de ello al Juez Cuarto Penal del Circuito de Cali.

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.

TECNICA DE CASACION

Se ratifica la doctrina de la Corte en el sentido de que la casación no es una tercera instancia. Cuando el recurrente alega el error de hecho o de derecho, éste debe aparecer de modo manifiesto en los autos, sin que sea dable oponer el personal criterio del recurrente sobre la interpretación y alcance de determinada prueba al del fallador, siendo necesario que se demuestre plenamente la falla del juzgador al apreciar y valorar la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 35, Sept. 4 de 1970).

V i s t o s :

Por sentencia de 19 de junio de 1969 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yarumal condenó a Jesús María Campo Rodríguez, por el delito de Peculado, a la pena principal de cincuenta y seis meses de presidio, a más de las accesorias de rigor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín al revisar por apelación esa sentencia, la confirmó "con la reforma de que Jesús María Campo Rodríguez debe purgar la pena de cincuenta y seis (56) meses de presidio, que iniciará con dos (2) meses de aislamiento permanente, como autor penalmente responsable del delito de peculado que motivó su llamamiento a juicio".

Contra este fallo interpuso recurso extraordinario de casación el procesado Campo Rodríguez y, como la tramitación co-

rrespondiente se encuentra agotada, se procede a resolverlo.

Antecedentes:

El aspecto objetivo del peculado en cuestión lo presenta el Tribunal en su sentencia recurrida en casación, así:

"De acuerdo con los elementos de juicio reunidos en este proceso, se tiene que el señor Jesús María Campo Rodríguez, en ejercicio del cargo de Tesorero de Rentas Municipales de Angostura (Ant.), durante el lapso comprendido entre el 21 de abril de 1965 y el 21 de abril de 1966, se apropió, en partidas sucesivas, de la cantidad de veintidós mil quinientos sesenta y nueve pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 21.569.47) m. l., valores pertenecientes al erario público e ingresados por distintos conceptos.

"Ese guarismo fue el que dedujo el extinguido Tribunal Superior de Yarumal en la providencia de 4 de Julio de 1968, que revió el auto calificador expedido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de dicha población, convirtiendo en llamamiento a juicio el sobreseimiento temporal (fs. 244 a 252).

“Para discriminar la cuantía del ilícito que originara la vocación a juicio, se verifica el siguiente balance:

Exigibilidad el 21 de abril de 1966, según datos suministran actas visitas	\$ 47.605.81
--	--------------

Valores hallados en caja a tiempo del último arqueo	\$ 25.928.49
---	--------------

Faltante que resulta de la diferencia entre comprobantes de ingreso y egreso..	\$ 14.178.74
--	--------------

Cuenta a favor de Cooperativa de Mpades. egresada doblemente .	\$ 7.170.58
--	-------------

Retenido a Héctor Samudio por orden Cooperativa	\$ 128.00
---	-----------

Entregado por Abigail Piedrahíta para cancelar impuestos y servicios municipales	\$ 200.00
--	-----------

BALANCE...	\$ 47.605.81	\$ 47.605.81
------------	--------------	--------------

“Como se ve, a pesar de que el procesado debía presentar a los funcionarios fiscalizadores de la Contraloría valores por la cantidad de \$ 47.605.81, al iniciarse la última visita exhibió únicamente la suma de \$ 25.928.49.

“Los antecedentes que indujeron a liquidar ese desfaldo o quebranto de caja pueden condensarse así: El 12 de noviembre de 1965, Ramón Ibarra Rivera, empleado al servicio de la Contraloría General de Antioquia, dio comienzo en la Tesorería de Rentas

Municipales de Angostura a una esmerada visita fiscal, diligencia que se suspendió el mismo día por orden de la respectiva jefatura de visitadores y que no permitió “llegar a un resultado definitivo” (fs. 31 a 33 y 53). Sin embargo en tal ocasión pudo establecerse grave desgreño en el manejo de los asuntos oficiales, ya que el titular de esa oficina solo tenía rendidas las cuentas hasta el 10 de julio de 1965 y los elementos necesarios para continuar tal objetivo “se encontraban en desorden”, amén de que los valores exhibidos en el arqueo permitieron saber más tarde que para esa fecha existía un alcance.

“Esa tarea fue reanudada el 6 de marzo de 1966 por los visitadores Elías Londoño Arango y Alfonso López García. Mas como el responsable del manejo de la oficina se hallara retenido en Remedios, pues a ese municipio se trasladó el 17 de abril del mismo año a sacrificar a don Alfonso Yepes Elorza (igualmente visitador de la Contraloría) por el hecho de haber accedido carnalmente a su hija Myriam Campo Arroyabe y negarse luego a contraer matrimonio con ella, la visita continuó hasta el 22 de junio siguiente y finalizó deduciendo un alcance de \$ 14.542,15, o sea el monto de la evasión de fondos y pagos ficticios en contra de los intereses del erario de Angostura y a cargo de Jesús María Campo Rodríguez (fs. 54, 55 y 71 a 105).

“

“El mencionado faltante se aumentó después a la cifra de \$ 21.241.87, según consta en la adición del acta respectiva (fs. 106 y 107), documento en el cual aparece que el tesorero había contabilizado cuentas pagadas a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Ltda. por valor de \$ 9.874-40, siendo que apenas egresó de caja un cheque en cantidad de \$ 2.704-22.

“Posteriormente, como el encartado había retenido a Héctor Samudio \$ 128.00 con destino a la Cooperativa de Consumo de Trabajadores de Carreteras Nacionales en mantenimiento y construcción de Antioquia Ltda. (Coopetranal) y recibió la cantidad

de \$ 200.00 de la señorita Abigaíl Piedrahita para sufragar el valor de servicios a impuestos municipales, la cuantía del desfalco ascendió en definitiva a \$ 21.569.47”.

El 5 de julio de 1966 la sección de Visitaduría e Investigación de la Contraloría General del Departamento de Antioquia por medio de uno de sus Visitadores Fiscales dictó auto cabeza de proceso dentro de las presentes diligencias e inició y llevó a término la correspondiente investigación, habiendo dictado auto de detención a cargo de Jesús María Campo Rodríguez, por el delito de peculado el 12 de agosto de 1966. Una vez cerrada la investigación por auto de 12 de noviembre siguiente el juzgado promiscuo del Circuito de Yarumal, al cual habían sido enviadas las diligencias por competencia, al calificar el mérito del sumario, sobreseyó temporalmente en favor de Campo Rodríguez por el delito en investigación, accediendo, así, a la petición formulada en ese sentido por el apoderado del sindicado (fs. 216 ss.).

Subida la providencia en consulta, el hoy extinguido Tribunal Superior de Yarumal, en desacuerdo con su Fiscal colaborador quien pedía la confirmación de aquélla (fs. 241 ss.), la revocó para, en su lugar, llamar a responder en juicio “al señor Jesús María Campo Rodríguez, de la filiación dada en la parte motiva, por el delito de peculado, en la modalidad de continuado, consistente en haberse apropiado en provecho suyo, mientras desempeñó las funciones de Tesorero de Angostura —21 de abril de 1965 a 21 de abril de 1966— de la suma de \$ 21.569.47, pertenecientes, \$ 200.00 a la señorita Abigaíl Piedrahita; \$ 128.00 al señor Héctor Samudio, y lo demás al municipio de la mencionada población” (fs. 244 ss.).

Adelantada la causa por sus trámites legales, finalizó con las sentencias de primera y segunda instancias, la última de las cuales, como ya se anotó, ha sido recurrida en casación.

La Demanda:

Se invoca en élla la causal de casación prevista en el inciso 2º del ordinal 1º del

artículo 56 del Decreto 528 de 1964 porque, en concepto del demandante, por una parte hubo “Apreciación errónea de la prueba” constituida por el “Acta de Visita suscrita por los Visitadores de la Contraloría Departamental” la cual, “de acuerdo con elementales normas contables, dice cosa distinta a la interpretación que le dieron los mismos funcionarios, no solo en su contexto específicamente contable y fiscal, sino jurídico y que sirvió de base a los falladores de primera y segunda instancia, para proferir las sentencias condenatorias la susodicha Acta sirvió y ha servido de base y fundamento a la apreciación errónea que condujo al error de derecho en que incurrió el Honorable Tribunal Superior de Medellín al dictar la sentencia”; y, por otra parte, en criterio del mismo recurrente, “Falta de apreciación de la prueba” porque no se tuvo en cuenta la “certificación de la Directora del Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia, al responder un exhorto del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yarumal, que obra a folio 282 del expediente”, con lo cual, “Al dictarse la sentencia condenatoria de segunda instancia por el H. Tribunal Superior de Medellín contra don Jesús Campo Rodríguez, se infringieron las normas del artículo 3º del Decreto Nº 1858 de 1951 y del artículo 32 del C. P., después de haberse desconocido lo dispuesto en el Art. 203 del C. de P. P. que contiene los presupuestos legales para dictar una sentencia condenatoria en materia criminal”.

1. — Apreciación errónea de la prueba:

Luégo de transcribir las argumentaciones del Tribunal tendientes a estructurar el aspecto objetivo del delito de peculado en el caso sometido a examen, el actor fundamenta este cargo así:

“No obstante lo transcrito, el Acta de Visita suscrita por los Visitadores de la Contraloría Departamental, de acuerdo con elementales normas contables, dice cosa distinta a la interpretación que le dieron los mismos funcionarios, no solo en su contexto específicamente contable y fiscal, sino jurídico y que sirvió de base a los falladores de primera y segunda instancias, para proferir las sentencias condenatorias, una de

las cuales, la de segundo grado, se impugnó en el presente libelo.

“A lo largo de toda la investigación, la susodicha Acta sirvió y ha servido de base y fundamento a la apreciación errónea que condujo al error de derecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Medellín al dictar la sentencia. En efecto:

“Pese a que este género delictivo conlleva, de por sí, para su ponderación y análisis, buena dosis de conocimientos técnicos contables y fiscales, para el caso concreto, parece suficiente un pequeño acervo de los mismos que ilustre, sin graves lucubraciones, ni intrincadas operaciones matemáticas, la falla cometida, que vive y surge con extraordinaria claridad, al aplicarlo desprevénidamente a su estudio.

“En la inspección ocular verificada el 20 de agosto del año pasado a los libros y duplicados de la Tesorería de Rentas de Angostura, se constataron dos recibos de retenciones hechas por la Admón de Rentas Departamentales con destino a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, por un valor total de \$ 12.449,88, correspondientes a los meses de mayo y junio de 1965. De la misma manera se verificó la incorporación de las cuentas de la Cooperativa por un valor de \$ 9.874,80 en el movimiento del mes de diciembre de 1965, incorporación hecha, no por el procesado Campo Rodríguez, quien se hallaba a la sazón detenido en la cárcel de Remedios, sino por el Visitador de la Contraloría que cortó las cuentas en dicho mes.

“Con esta base fáctica y actuante en los autos, se viene en conocimiento del error que se ha venido predicando, en la siguiente forma:

“Mientras la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia no legalizara las cuentas contenidas en los recibos, los \$ 12.449,88, tal suma quedaba a cargo del Tesorero Municipal, como es lógico.

“Pero ocurre que la Cooperativa de Municipalidades, con posterioridad, remitió una cuenta por concepto del contrato de Plan-

ta, por un valor de \$ 5.279,30, en calidad de abono al dinero recibido por concepto de retenciones. Ello, como es obvio, no era para hacerlo figurar en los libros como un nuevo gasto, sino para que obrara con los recibos provisionales expedidos por la Admón. de Rentas, operación que, automáticamente, disminuía la cuantía que figuraba a cargo del procesado.

“Así las cosas, la Cooperativa de Municipalidades quedaba debiendo, por concepto de retenciones, la diferencia, o sean \$ 7.170,58.

“Posteriormente, para cubrirla, la misma entidad, entregó cuentas legalizadas por un valor de \$ 9.874,80, cantidad que excedía en \$2.704,22 a la deuda, razón por la cual el Tesorero Municipal le giró el cheque N° 117161 del Banco Popular de Yarumal para compensarla, con lo cual, el Municipio de Angostura y la Cooperativa de Municipalidades quedaban a paz y salvo.

“Siendo esto una verdad indiscutible, no se entiende, contable, ni fiscalmente, que la totalidad de estas cuentas, o sea \$ 9.874,80 se incorporaran como un nuevo gasto de Tesorería cuando ellas venían a saldar lo que restaba la Cooperativa, es decir, \$ 7.170,58. Apenas ha debido contabilizarse, como gasto nuevo, la cantidad del cheque de \$ 2.704,22, legalizada, así mismo, por medio de tales cuentas.

“No se hizo así y la incorporación de las mismas cuentas en el movimiento del mes de diciembre de 1965, por fuerza, duplicaba la responsabilidad del Tesorero sobre los \$ 7.170,50, que eran para “abonar” y no para “cargar”, elevando, en esta forma, el monto del alcance a \$ 14.341,16.

“Pero no solo éste sino que, error más de bulto, se agregó la diferencia entre estas cuentas y el cheque, sin razón y contra toda lógica, deduciendo que con los \$ 7.170,58, que estaban en poder de la Cooperativa de Municipalidades, el peculado ascendía a la cantidad de \$ 21.511,74.

“Realmente impresiona esta clase de graves y gravísimos errores, sobre los cuales el

Acta de visita concluye señalando como peculador a don Jesús Campo Rodríguez. Y más sorprendente el que semejantes conclusiones sean aceptadas y acatadas por el H. Tribunal Superior de Medellín en su proveído condenatorio.

“Mas, para abundar, en Inspección Ocular practicada posteriormente, no ya a la Tesorería de Angostura, ni a sus libros cuentas y comprobantes, sino sobre la actuación procesal y sobre algunas copias de cuentas pedidas a la Tesorería, se comprobó nuevamente la existencia de los recibos de retención y la incorporación de la totalidad de las cuentas por valor de \$ 9.874.80.

“El manifiesto error del Acta estriba, a no dudarlo, en contabilizar como “gasto”, en diciembre de 1965, cuentas por valor de \$ 9.874.80, cuando ellas estaban cancelando \$ 7.170.58 que tenía recibidos la Cooperativa de Municipalidades y que no podían resultar como sobrante, pues lo que estaba incorporado era un “egreso” y no un “ingreso”.

“Por ello, al tomar los saldos existentes en la Tesorería de Angostura el 21 de abril de 1965 y agregarle los recaudos hasta la fecha de la visita, se sacaba una conclusión en cuando a los “ingresos”.

“Y al tomar los “egresos”, o sean las cuentas que ya estaban legalizadas hasta ese momento y restárselas a los “ingresos”, tenía que dar un saldo por lo que quedaba en efectivo, con \$ 12.449.88 de menos, ya que aparecía la salida de esos dineros con destino a la Cooperativa de Municipalidades desde meses atrás y las cuentas respectivas, debidamente legalizadas, ya habían llegado aún a la Tesorería de Angostura. Ello es de lógica y no podría desconocerse.

“Y si a los \$ 12.449.88 se le suman los inevitables vales de Caja, que en todas las Tesorerías Municipales se usan por distintos conceptos, como conducción de presos, anticipos para raciones, viáticos para empleados que necesitan salir en comisión oficial, etc., es fácil concluir que el faltante —no físico— sino de cuentas que legalizaran esas situaciones, ascendía a lo que infor-

ma el Acta de visita, o sea algo más de \$ 14.000.00.

“El resto del monto del peculado que se le imputa a don Jesús Campo Rodríguez, está localizado en el siguiente error, consignado en el Acta de visita, en el corte y rendición de la cuenta de la Tesorería correspondiente al mes de diciembre de 1965:

“Comprobadas como estaban las cantidades retenidas por la Cooperativa de Municipalidades al Municipio de Angostura, a dicha entidad le quedaba en su poder y sin legalizar, la suma de \$ 7.170.58, para cuya cancelación le entregó al Tesorero, Jesús Campo Rodríguez, cuentas que totalizaban \$ 9.874.80 recibiendo a su vez, de éste, el cheque N° 117161 contra el Banco Popular de Yarumal, por \$ 2.704.22, con lo cual quedaban saldadas las cuentas entre el Municipio de Angostura y la Cooperativa de Municipalidades, hasta la fecha.

“Pero siendo tales cuentas para cancelar, unos dineros que tenía recibidos la Cooperativa desde los meses de mayo y junio de 1965, mal podían incluirse dentro del monto de los “egresos” del mes de diciembre siguiente, como así se hizo, doblando, por consiguiente, el supuesto alcance en contra del tesorero, toda vez que, mientras no se legalizaran esos \$ 7.170.58, estaban pesando sobre el funcionario acusado.

“Y cuando ya Campo Rodríguez podía comprobar la legalidad del “gasto”, el señor visitador de la Contraloría dispone de las cuentas que lo relevaban de una presunta responsabilidad y las incluye como un nuevo “gasto”, que no lo hubo real ni físicamente en el mes de diciembre de 1965, pero que sí incidía al hacer el estudio final de la labor del Tesorero de Rentas Municipales. Contablemente, pues, el asiento e incorporación de dichas cuentas hecho en el Acta de visita representa, en contra del Tesorero, la cantidad de \$ 14.341.18” lo que, sumado a los \$ 7.170.58 que imaginariamente se le deducen como apropiados, totaliza \$ 21.511.74.

“Las anteriores explicaciones demuestran, claramente, el protuberante error con-

table y fiscal contenido en el Acta de visita y sobre el cual el H. Tribunal Superior de Medellín apoyó la decisión que se impugna”.

2. — Falta de apreciación de la prueba:

Para demostrar esta afirmación, el demandante razona así:

“a) De otra parte, nunca se tuvo en cuenta, para efecto de la condenación del procesado, un informe legalmente producido, de indiscutible trascendencia probatoria y que, refiriéndolo al Acta de visita, la demerita y saca avante las explicaciones dadas por el Tesorero y los datos que se verificaron en algunas diligencias sobre las cuentas de la Cooperativa de Municipalidades que son el meollo del sedicente peculado.

“Se trata de la certificación de la Directora del Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia, al responder un exhorto del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yarumal, que obra a fs. 282 del expediente.

“Allí, sobre las cuentas de la Admón. de Rentas Departamentales y Fondos Comunes del Municipio de Angostura, de abril de 1965 a abril de 1966, se verificaron varias constancias, importantes y atinentes al problema, especialmente la que se copia a continuación:

“La cuenta por \$ 9.874.80, no aparece, pero en el legajo de diciembre de 1965, se encuentran 6 cuentas de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia así:

- “Comprobante Nro. 628 por \$ 2.065.30
Incorporada a Gobierno.
- “Comprobante Nro. 627 por \$ 450.00
Incorporada a Gobierno.
- “Comprobante Nro. 625 por \$ 2.464.50
Incorporada a Gobierno.
- “Comprobante Nro. 626 por \$ 275.00
Incorporada O. O. P. P.

“Comprobante Nro. 623 por \$ 204.00
Incorporada O. O. P. P.

“Comprobante Nro. 624 por \$ 4.416.00
Incorporada a O. O. P. P.

Suma en total: \$ 9.874.80

“Vale decir que lo tantas veces dicho por el Tesorero de Angostura es cierto y que el Acta está equivocada cuando deduce éste fal tante a Campo Rodríguez.

“b) Otra prueba eficaz, por cierto, que no se tuvo en cuenta es la diligencia de Inspección Ocular y Dictamen Pericial hechos a los libros de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia el 19 de julio de 1966, diligencia en la cual se verificó, también indubitadamente, que la cantidad de \$ 7.170.58, como mayor valor abonado al contrato N° 2289, al efectuarse los asientos en Junio 24/65 por \$ 10.374.90 y en julio 31/65 por \$ 2.074.98, “fue trasladada en abono a la cuenta de mercancías el 30 de Noviembre de 1965, según autorización del Gerente y el Auditor de la Cooperativa”.

“Lo cual significa que la cantidad anotada, estaba realmente, en poder de la Cooperativa de Municipalidades y no en el patrimonio del Municipio de Angostura bajo la responsabilidad de Campo Rodríguez.

“Esta probanza, repito, se pasó por alto y no se valoró en lo que significa, ya que es, como la anterior, demostración del error cometido en el Acta de visita y que dió origen a la sindicación de don Jesús Campo Rodríguez como peculador y posteriormente a su condena por el H. Tribunal Superior de Medellín”.

3. — Remata el recurrente:

“Al dictarse la sentencia condenatoria de segunda instancia por el H. Tribunal Superior de Medellín contra don Jesús Campo Rodríguez, se infringieron las normas del artículo 3° del Decreto N° 1858 de 1951 y del artículo 32 del C. P., después de haberse desconocido lo dispuesto en el artículo 203 del C. de P. P. que contiene los presupuestos legales para dictar una sentencia condenatoria en materia criminal.

“Y ello es claro al discurrir así:

“En el proceso, por grave falla contable y fiscal del Acta de visita y de algunas Inspecciones oculares que la reprodujeron, palabra más, palabra menos, pero con sentido igual, se apreció equivocadamente la prueba y ello condujo al fallador a considerar que se llenaban las exigencias del Art. 203 del C. de P. P. Con esta base se le dio aplicación al Art. 3º del Decreto Nº 1858 de 1951, en armonía con el Art. 32 del C. P., con lo cual se violó la ley dentro de las previsiones del motivo 1º, inciso 2º del Art. 56 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964.

“Se está en presencia de un error in-judicando por su desacertada concepción de fondo, realizada sobre una base falsa que llevó al H. Tribunal Superior a incurrir en una indebida aplicación de la Ley.

“De otra parte, al no tenerse en cuenta las pruebas que se relacionan con la Certificación del Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia y la Inspección Ocular y Dictamen pericial a los Libros de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, se incurrió en la falta de apreciación de tales pruebas, que habrían tenido marcada influencia en el fallo, impidiendo la condenación por el delito de peculado.

“O sea que la falta de apreciación de estas pruebas, dio pábulo, también a una clara violación de las normas legales que aplica la sentencia impugnada al caso del Tesorero de Angostura. Este error de hecho aparece manifiesto en los autos y prohijó la condenación”.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal al contestar el traslado de la demanda solicita desechar el recurso de casación interpuesto por el acusado, en atención a las razones que emite en su concepto, las cuales se pondrán de presente con la debida oportunidad en las consideraciones de la Corte.

Consideración de la Sala:

Primero: Apreciación errónea de la prueba:

En múltiples ocasiones ha dicho la Corporación que “la casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En élla 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”.

Y, a pesar de saberlo y manifestarlo así el abogado demandante, no vacila en agregar que éllo “se quiebra un poco en ciertos casos y asemeja a la H. Corte Suprema de Justicia a un último fallador, el máximo por cierto en la ordenación jerárquica de la rama jurisdiccional del Poder Público”. Entonces, con fundamento en su anterior apreciación acerca de la naturaleza del recurso de casación, entra a plantear a la Sala, en la primera parte de su capítulo acusatorio, una revisión total de la prueba que se tuvo en cuenta por el Tribunal que dictó sentencia de segunda instancia, para tratar de demostrar que por parte de él hubo “Apreciación errónea de la prueba”.

Con ese propósito el litigante somete a consideración por parte de la Corte los argumentos que fueron esgrimidos desde el primer escrito de conclusión de defensa, inmediatamente posterior al cierre de investigación, escrito que obra a los folios 216 a 225, inclusive, del expediente, en el cual, con relación a las sumas retenidas por la Administración de Rentas Departamentales y Fondos Comunes del Municipio de Angostura, a éste Municipio, con destino a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, Ltda., afirma y trata de demostrar que “se hizo figurar un poco más de siete mil pesos como pagados doblemente, lo que, desde luego, perjudica notablemente los intereses del ex-Tesorero de Angostura”, lo cual trata de explicarse así:

“En los meses de mayo y junio de 1965, la Admón. de Rentas Departamentales de Angostura, le retuvo por concepto de participaciones al Municipio, un poco más de doce mil pesos para el pago de distintas obligaciones. Tal dinero pasó directamente a la Caja de la Cooperativa y claro que mientras no se produjera la legalización de las respectivas cuentas, dicha suma quedaba a cargo del Tesorero. En el mes de noviembre de 1965, la Cooperativa legalizó una cuenta por concepto del contrato para la planta Eléctrica, por un valor de algo más de cinco mil pesos, cuenta que por error se incorporó en los ingresos del 2 de noviembre, pero que al enviar las cuentas a la Contraloría, se deshizo el asiento por ese valor en el Boletín de Caja del 30 del mismo mes, con el fin de que para diciembre pasaran los saldos correctamente. Ya en diciembre la Cooperativa legalizó en varias cuentas y por concepto de materiales y suministros el resto de las retenciones, o sea, un poco más de siete mil pesos; pero como estas cuentas totalizaban más de nueve mil pesos, el Tesorero pagó, con cheque contra el Banco Popular de Yarumal, lo que quedaba a deber el Municipio, o sea un poco más de dos mil pesos. Pero ocurrió que el señor Visitador que elaboró las cuentas de diciembre, hizo figurar estas últimas cuentas por su valor total de nueve mil y pico de pesos, cuando de esa suma ya tenía la Cooperativa, desde tiempo atrás, la suma de un poco más de siete mil pesos, caso en el cual, lo que tenía que desembolsar, como lo hizo en realidad, fue apenas dos mil y pico de pesos. De esta suerte, resultan pagados doblemente más de siete mil pesos, que no fueron apropiados indebidamente por Campo Rodríguez, como lo manifiesta el Visitador.

“Otro tanto ocurre con la cuenta por contrato de la Planta, cuando expresa que la actuación del Tesorero es maliciosa al incorporar en el movimiento del dos de noviembre la cuenta y deshacerla el 30 del mismo mes, cuando se dio cuenta del error. Es que acaso no se pueden cometer errores? Entonces, qué pensar de los de las diferentes Actas y Visitas?”

Esta argumentación, que es en el fondo la misma propuesta para sustentar el re-

curso de casación, fue debidamente considerada y refutada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal en la providencia de 4 de julio de 1968 al revocar el auto de sobreseimiento temporal sometido a consulta y llamar a responder en juicio a Jesús María Campo Rodríguez por el delito de peculado (Cfr. fls. 244 ss.).

El ya procesado Jesús María Campo Rodríguez en memorial de 9 de septiembre de 1968 por medio del cual impugna “el dictamen pericial rendido por los señores Visitadores de la Contraloría Departamental y que me fue notificado el día seis de los cursantes”, dictamen en el cual se llega a las siguientes conclusiones:

“A la letra a): Indudablemente existe faltante originado en la época en que el señor Jesús María Campo Rodríguez desempeñó el cargo de Tesorero de Rentas Municipales de Angostura, época que comprende del 21 de Abril de 1965 a igual fecha de 1966;

“A la letra b): La cantidad a que asciende el faltante en referencia es de veintiún mil quinientos sesenta y nueve pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 21.569.47) m. l.; y

“A la letra c): Cotejada la suma anterior con la elevada como faltante por los visitadores que suscriben el acta (fs. 72 y ss.) encontramos que ambas cantidades son exactamente iguales. No así en cuanto a la suma consignada como faltante por los peritos que actuaron en la diligencia de Inspección ocular que obra a fs. 184 vto. y ss., pues según su dictamen (fs. 188) aquél asciende solo a la cantidad de \$ 21.241.47, explicándose la diferencia de \$ 328.00 en virtud de que ellos no tuvieron en cuenta que esa suma fue recibida por el Tesorero de manos de Abigaíl Piedrahita y Héctor Samudio...”, en ese memorial, se repite, el impugnador del dictamen, Campo Rodríguez, lo hace con fundamento en las mismas razones de defensa que atrás se dejaron anotadas.

El resultado final de esta impugnación fue el de que, una vez agotados los trámites legales correspondientes, el Juzgado del co-

nocimiento resolviera "Declarar infundada la objeción propuesta por el señor Jesús María Campo Rodríguez contra el dictamen pericial obrante a folios 271 del cuaderno original, presentado por los señores José Ramírez Ocampo y Nazareno Montoya Cortés" (fls. 19 y siguientes del Cuaderno N° 2).

Durante la audiencia respectiva se presentaron semejantes argumentaciones de defensa a las ya expuestas y las cuales habían sido estudiadas y rechazadas por el Juzgador y, además, agregó el procesado un escrito defensivo, visible a los folios 315 a 321, inclusive, en el cual se hacen idénticos planteamientos.

En la sentencia de primera instancia de nuevo fueron valoradas tales argumentaciones que, se repite, son las mismas ahora presentadas para sostener el recurso de casación.

La sentencia fue apelada por el defensor y, como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal apenas sí recibió las diligencias sin que alcanzara a conocer de aquélla, se dispuso su envío al de Medellín, Corporación ante la cual el procesado Campo Rodríguez planteó de nuevo los mismos argumentos defensivos conocidos (fls. 350 ss.).

En esta oportunidad el Ministerio Público "solicita la confirmación de la sentencia recurrida por el señor defensor, pero con la salvedad que el sindicado Jesús María Campo Rodríguez debe pagar solamente cuarenta y cuatro meses diez días de presidio, que resulta de la rebaja de la quinta parte de cincuenta y seis meses, conforme a la ley 40 de 1968" (fls. 359 ss.).

El Tribunal en su sentencia de segunda instancia de 19 de noviembre de 1969 (fls. 363 ss.) en el capítulo denominado "cuestión probatoria y jurídica" pone de manifiesto las argumentaciones defensivas, hace un estudio sobre ellas y llega a la conclusión de la existencia del faltante, fundamento objetivo del peculado. Entre otros muchos argumentos, expone la entidad:

"Sobre el particular resultan bastante tinosas las consideraciones que vierte el auto

de detención expedido por el Visitador de la Contraloría, en respaldo de las cuales invoca el Tribunal los testimonios de Eduardo Vargas González, Fabiola López Arango y el doctor Jairo Ramírez Ospina, el examen que en asocio de peritos hiciera el funcionario instructor a los libros de la Tesorería de Angostura y de la Cooperativa de Municipalidades, el documento suscrito por Campo Rodríguez e incorporado en copia, las diligencias de inspección ocular y los peritajes ordenados por el juez de la causa, y las propias manifestaciones del inculcado (fs. 49, 50 a 61, 184 v. a 188 y 269 a 276), indestructible acervo probatorio del cual infiérese de manera uniforme y sin atisbos de yerro, de una parte, que "en cuanto a la suma de \$ 7.170.58 que el procesado en la diligencia de inspección ocular afirma "no era para cargarla nuevamente", manifestamos que de haberse incurrido en el error que él mismo quiere hacer notar, es obvio que ella debería constituirse en un sobrante en el momento de hacerse la entrega (según la diligencia que obra en autos). Porque de haberse contabilizado doblemente por error, el dinero por igual cantidad, debería engrosar los fondos existentes en ese momento y no nos queda duda alguna de que, contrariamente a lo que afirma el responsable, esa suma constituye un faltante que necesariamente debe agregarse al que arroja la visita"; y de la otra, que "la cantidad a que asciende el faltante en referencia es de veintidós mil quinientos sesenta y nueve pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 21.569.47)".

"No se trata simplemente de ocasionales irregularidades o anomalías de la contabilidad sin fraude alguno al erario público, como lo pretenden el inculcado y su acucioso defensor, ya que en realidad los valores a que asciende el alcance faltaron efectivamente en caja, amén de que Campo Rodríguez se empeñó, estérilmente, en justificar un yerro de contabilidad con una suma desde luego inferior a la totalidad de los valores no ingresados a las arcas municipales.

"El comprobante 529 que aparece a folios 149, dice el auto de que se hizo memoria, fue contabilizado el 2 de Noviembre en egresos y el día 30 del mismo mes el Teso-

tero anuló este asiento. En cuanto a este caso dice el cuentadante que únicamente hizo que la Cooperativa le firmara las cuentas para tener constancia de la cancelación del contrato, sin que pensara contabilizar su valor puesto que ya esto había ocurrido al hacer los asientos de las retenciones; pero si vemos el informe de la Cooperativa e inspección ocular que obran a fs. 58, 60 y 61, podemos sacar la conclusión de que el cuentadante quiso hacer aparecer cancelado el saldo que tenía pendiente el Municipio con la Cooperativa, mediante este comprobante o, si no, por qué lo contabilizó el dos de Noviembre cuando desde Junio 15, al recibir de las Rentas, la Cooperativa, la retención de \$ 10.374.90, dejó un saldo a favor del Distrito por la cantidad de \$ 5.059.60, que vino a aumentarse a \$ 7.170.58 con la última retención de \$ 2.074.98, saldo por el cual se expidió orden para que fuera trasladado como abono a la cuenta de mercancías, lo que indica que antes de la Cooperativa hacer en los libros los asientos por las dos retenciones, ya el responsable conocía el saldo a favor del municipio y entonces quiso, por cierto muy tarde hacerlo aparecer cancelado por medio de la cuenta citada. No obstante, parece que se arrepintió y procedió a la anulación del asiento, pero desde luego no ingresó a caja el dinero, pues hasta ver los valores presentados al señor visitador Ibarra en el mes de noviembre, el día 12, de \$ 12.185.95 fs. 33) cuando la exigibilidad era de \$ 22.221.72. Si se tratara de un simple error contable, como lo quiere hacer aparecer el responsable, el dinero tendría que estar en caja, y ello no es así.

“Tampoco hay duda alguna acerca de que el señor Campo Rodríguez, al contabilizar cuentas pagadas a Cooperativa el 31 de diciembre de 1965, por un valor de \$ 7.170.58, se apropió indebidamente de éste, por cierto muy habilidosamente, por lo siguiente: 1º) Porque hizo aparecer que el dinero había salido de caja, cuando lo que se operó fue un simple traslado de esa suma, por parte de la Cooperativa, del rubro contable del contrato, al de las mercancías. 2º) Porque el hecho ocurrió el 31 de diciembre y, de haber pagado con dinero de la caja la suma de \$ 7.170.58, necesariamente habría te-

nido que ingresar a la misma, mediante la expedición de un recibo de caja, suma igual por concepto del excedente del contrato. 3º) Porque el mismo responsable señala el procedimiento a seguir cuando en un municipio se presentan casos como este, lo cual hace en forma muy acertada, demostrando así que conocía suficientemente esta clase de hechos. 4º) Porque el día seis de marzo se presentó al visitador Elías Londoño Arango todos los comprobantes que había hecho figurar como pagados a la Cooperativa el día 31 de diciembre, para que los contabilizara por la cantidad de \$ 9.874.80, cuando en realidad solo había entregado por concepto de ellos un cheque por la cantidad de \$ 2.704.22. 5º) Porque a pesar del largo tiempo transcurrido entre los hechos y el día en que se ausentó de la oficina, no advirtió al visitador la forma como ellos habían ocurrido. Y 6º) Porque dice que le hubiera tocado cortar las cuentas de diciembre en adelante no había contabilizado comprobantes de estos por valor de \$ 7.170.58, pero ésto en nada le favorecía, ya que por ese solo hecho el faltante no desaparecería. 7º) Porque el cuentadante venía haciendo aparecer en las cuentas que rendía un estado aparentemente normal, ya que los balances, reflejo de las cuentas, no guardaban armonía con las existencias físicas (dinero en efectivo y depósitos bancarios)”. (fs. 166 f. y v.).

“De otro lado las alegaciones de Campo Rodríguez en el sentido de que el desorden en la contabilidad y el atraso en la rendición de las cuentas debían influir necesariamente en la concreción del alcance o desfallo, resultan inanes frente al hecho de que los balances y conclusiones de las actas de visita, peritazgos e inspecciones oculares se elaboraron precisamente sobre la base de los comprobantes de ingresos y egresos exhibidos por el responsable del manejo de los caudales públicos”.

De acuerdo con la parte final del inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 que exige que el error “aparezca de modo manifiesto en los autos”, no basta que el recurrente oponga su propio criterio personal sobre la interpretación y alcance de determinada prueba al criterio que

sobre la misma prueba plasmó el fallador, sino que es necesario que tal falla del juzgador en la valoración y apreciación de la prueba sea plenamente demostrada, para que así pueda afirmarse que el pretendido error aparece "de modo manifiesto en los autos", lo cual, como en repetidas ocasiones lo ha precisado la Corte, "entraña por este aspecto una antinomia nítida entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Pero ocurre que este error manifiesto o esta "antinomia nítida", no aparece en los autos, pese al esfuerzo defensivo que se ha realizado. Porque los elementos probatorios que obran en el expediente, constituidos principalmente por las diferentes Actas de Visita y por los conceptos periciales, lo que ponen de presente es la existencia del alcance, tal como quedó comprobado una vez más en el último de los dictámenes que en firme quedó, al declarar el juzgador infundada la impugnación de que fue objeto, previa la tramitación correspondiente.

Si la Corte deseara abundar sobre el particular, para demostrar la debilidad de los argumentos de impugnación a las conclusiones a las cuales se llegó en la sentencia recurrida, le bastaría tener en cuenta, por ejemplo:

Que Campo Rodríguez concurrió a la diligencia de inspección ocular que se llevó a término el día 20 de agosto de 1968 en la Tesorería de Rentas Municipales de Angostura y que allí, habiendo tenido, como lo tuvo, en sus manos toda clase de recibos, comprobantes y documentos tendientes a demostrar sus afirmaciones, no hay constancia de que lo hubiera hecho, sino que se limitó a repetir las explicaciones que desde antes había manifestado, sin proceder a confirmarlas con los documentos correspondientes y a solicitar a los peritos las tuvieran en cuenta en su dictámen (fls. 269 ss.); Que el dictamen rendido por los peritos que intervinieron en esa inspección, en el cual una vez más se comprobó el faltante (fls. 271 ss.), fue impugnado por el procesado Campo (fls. 285 ss.) y, como ya se anotó, tramitada la articulación, el juez declaró infundada la objeción (2º cuader-

no fls. 19 ss.); Que a la manifestación del procesado Campo acerca de que él no rindió todas las cuentas correspondientes al ejercicio de su cargo, se opone la certificación de la Dirección del Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de acuerdo con la cual "Quien firma la rendición de cuentas, de la Tesorería Municipal de Angostura, de abril 21/65 a abril/66, es el señor Jesús María Campo R." (fl. 282), lapso éste que comprende la integridad de aquél en que el procesado ejerció las funciones de Tesorero en el ya nombrado municipio.

Con relación a este primer aspecto de la demanda: errónea apreciación de la prueba, manifestó el Ministerio Público:

"El actor no demuestra el error en que pudo incurrir el Tribunal Superior en la apreciación de los elementos probatorios (ni siquiera menciona las disposiciones procedimentales relativas a esta materia), lo cual hubiera dado origen a la indebida aplicación de la ley sustancial, tampoco al pretendido error de hecho en forma ostensible, sino que se limita a insistir en el planteamiento aducido en el sumario y en el juicio, el cual, como se dejó establecido, fue objeto de exhaustivo análisis por los juzgadores de instancia.

"La acusación formulada en tales condiciones no se ajusta a la técnica del recurso de casación y por tanto la impugnación a la sentencia recurrida resulta infundada y no puede prosperar."

En efecto, la Corte habrá de desechar el recurso en cuanto hace relación al cargo de errónea apreciación de la prueba, en atención a las razones que vienen de darse.

Segundo: Falta de apreciación de la prueba:

Dice el demandante que no se tuvo en cuenta la certificación de la Directora del Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia, ni tampoco la diligencia de inspección ocular y dictamen pericial hechos a los libros de contabilidad de la Cooperativa de Municipalidades, según razonamientos que en su lugar se transcribieron.

Se contesta:

Refiriéndose a este cargo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal expone:

“Respecto de la “falta de apreciación” de la certificación de la Directora de Archivo Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia (fl. 282), se responde que los abonos a los cuales se refiere dicho documento fueron aceptados desde la iniciación de las diligencias investigativas. De la partida de \$ 9.784.80 solo se reconoció como abono efectivo a la Cooperativa de Municipalidades la suma de \$ 2.704.22, por cuanto el resto, o sea la cantidad de \$ 7.150.58, ya había sido imputada a dicha cuenta, de manera que constituía el excedente del valor del contrato número 2289 y, en consecuencia, no podía aceptarse, según se pretende, como egreso en las cuentas de diciembre de 1965 de la Tesorería de Rentas del Municipio de Angostura a cargo de Campo Rodríguez”.

“

“Por su parte el fallo recurrido, transcrito, en lo pertinente en el presente concepto (fls. 8 a 15), hace un minucioso examen del asunto y llega a la conclusión de que:

“El proceder irregular y doloso del acusado salta de bulto, toda vez que presentó a la visita cuentas oficiales o comprobantes de egresos por la suma de \$ 9.874.80, cuando apenas había utilizado, en cheque a favor de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, la cantidad de \$ 2.704.22, sin explicaciones acerca de la real forma en que verificara el pago, lo cual traduce que estaba ocultando o encubriendo un faltante en caja por la suma de \$ 7.170.58. No se requiere tener especial versación en contabilidad para descubrir lo absurdo de las alegaciones del inculpado. Porque, es él mismo quien se encarga de señalar el acierto de la prueba recogida sobre el particular, como que aún en el benigno extremo de admitir sus descargos, en el sentido de que por un olvido no dijo a los visitantes que para la cancelación de esas cuentas había utilizado un saldo o remate que tenía la entidad ofendida en la Cooperativa de Municipalidades,

tales valores debieron aparecer necesariamente en caja después de exhaustivos balances o confrontaciones de los comprobantes de ingresos y egresos. Bien dice el inculpado que “en el caso concreto de las cuentas por nueve mil pesos y pico lo lógico y correcto debió ser al contabilizar todos los comprobantes de Cooperativa en egresos, darle entrada a los siete mil ciento setenta pesos con cincuenta y ocho centavos como reintegro. Este debió ser el procedimiento correcto.” (fl. 158).” (fl. 372 y 373).

“Si bien el documento a que se refiere el recurrente no fue mencionado expresamente en el fallo de segundo grado, es indudable que su contenido sí fue examinado minuciosamente en éste, como quedó establecido en las anteriores transcripciones. Por tanto el cargo de “falta de apreciación de la prueba” a que se refiere el actor resulta sin respaldo alguno en los autos”.

Nada tiene que agregar la Sala a la argumentación del Ministerio Público, porque es un hecho cierto que no solamente desde la sentencia de primera instancia sino desde mucho antes, se reconocieron y tuvieron en cuenta los abonos a los cuales tal certificación se refiere.

Y, en cuanto hace relación al cargo de no haberse tenido en cuenta la Inspección ocular y el Dictamen pericial hechos en los libros de la Cooperativa de Municipalidades, se responde:

Las sumas a las cuales se refiere el cargo, también fueron tenidas en cuenta tanto en providencias anteriores como en la recurrida en casación; y también se tuvo en cuenta el abono por traslado de que se habla en la demanda. Y, precisamente, el hecho de haberse tomado en cuenta la operación anterior, fue el que llevó a poder deducir una de las partidas del alcance. Por ello en la sentencia de segunda instancia se dice:

“En efecto; El proceder irregular y doloso del acusado salta de bulto, toda vez que presentó a la vista cuentas oficiales o comprobantes de egresos por la suma de \$ 9.874.80, cuando apenas había utilizado, en cheque a favor de la Cooperativa de Mu-

nicipalidades de Antioquia, la cantidad de \$ 2.704.22, sin explicaciones acerca de la real forma en que verificara el pago, lo cual traduce que estaba ocultando o encubriendo un faltante en caja por la suma de \$ 7.170.58. No se requiere tener especial verificación en contabilidad para descubrir lo absurdo de las alegaciones del inculpado. Porque, es él mismo quien se encarga de señalar el acierto de la prueba recogida sobre el particular, como que aún en el benigno extremo de admitir sus descargos, en el sentido de que por un olvido no dijo a los visitadores que para la cancelación de esas cuentas había utilizado un saldo o remanente que tenía la entidad ofendida en la Cooperativa de Municipalidades, tales valores debieron aparecer necesariamente en caja después de exhaustivos balances o confrontaciones de los comprobantes de ingresos y egresos. Bien dice el inculpado que "en el caso concreto de las cuentas por nueve mil pesos y pico lo lógico y correcto debió ser al contabilizar todos los comprobantes de Cooperativa en egresos, darle entrada a los siete mil ciento setenta pesos con cincuenta y ocho centavos como reintegro. Este debió ser el procedimiento correcto". (fl. 158)."

En consecuencia, no habiéndose demostrado el error de derecho alegado por el recurrente, no estando justificada la causal aducida, la Corte, en cumplimiento del artículo 569 del Código de Procedimiento Penal habrá de desechar el recurso y ordenará que el expediente sea devuelto al Tribunal de origen.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador, desechará el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de noviembre de 1969 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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.

DEL DELITO DEL CENTINELA Y DEL DE ABANDONO DEL PUESTO

Se confirma la jurisprudencia de la Corte sobre la diferenciación de estos delitos. Cuando un militar ejecute la acción específica de abandonar el puesto, comete el delito de "abandono del puesto" a que se refiere el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y no el "del centinela" a que alude el artículo 164 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre siete de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 35 de septiembre 4 de 1970.

V i s t o s :

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1° del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia de fecha 20 de octubre del año pasado, proferida por dicho Tribunal, y en la cual se condena al soldado Diógenes Florentino Copete Orozco a las penas de arresto y separación temporal de las Fuerzas Militares por doce (12) meses, como responsable por el delito "del centinela" cometido en la guarnición de Casabe, Municipio de Remedios, Departamento de Antioquia, asiento del Batallón de Artillería Antiaérea "Nueva Granada", el día 11 de febrero de 1969.

Hechos y actuación procesal:

El día que se acaba de mencionar se encontraba el soldado Diógenes Florentino Copete Orozco de centinela en el puesto nú-

mero 5 del cuartel ya anotado y a eso de las 20.30, abandonó su puesto, se dirigió a casa del Mayor Jeremías Valbuena y se dedicó a molestar a la criada de esa residencia, la cual gritó, habiéndose así enterado dicho oficial de la presencia, en su casa, del soldado Copete Orozco por lo cual fue a la guardia a preguntar por él y a reportar lo sucedido, haciéndose de todo ello un informe con el que se originó el presente proceso, dentro del cual y por providencia de 11 de marzo del año pasado, se llamó a juicio al soldado en mención, por el delito militar "del centinela" y, por auto de 25 del mismo mes y año se ordenó la convocatoria de un Consejo de Guerra que tuvo lugar en Casabe el 25 de julio del año citado.

En dicho Consejo se sometió a la consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"El soldado Diógenes Copete Orozco, identificado con el número de Código 6720360, integrante del segundo contingente de 1967, perteneciente al Batallón de Artillería Antiaérea "Nueva Granada", es responsable si o no, de haber faltado a las consignas recibidas estando de centinela en el Puesto N° 5 de éste Batallón, cuando en el primer turno abandonó el área de responsabilidad puesta bajo su cuidado, en hechos que tuvieron ocurrencia el día 11 de febrero de mil novecientos sesenta y nueve

(1969) hacia las 20:30 horas, en el municipio de Remedios, Guarnición de Casabe, asiento del Batallón de Artillería Antiaérea "Nueva Granada"?

Los vocales contestaron, por unanimidad, "sí es responsable".

Con base en este veredicto se dictó, por el Consejo de Guerra la sentencia de 25 de julio del año que se viene mencionando en la cual se impuso al soldado Copete Orozco la pena principal de catorce (14) meses de arresto y la accesoria de separación de las Fuerzas Militares por el mismo tiempo.

A los fundamentos de esa sentencia pertenece este aparte:

"Al soldado Diógenes Copete Orozco, se le designó legalmente como Centinela, y, estando desempeñando tal misión en el Puesto N° 5 la abandonó por algún tiempo. Este abandono del área puesta bajo su cuidado y responsabilidad (Club o Casino de Oficiales, escuela y alojamiento de Oficiales solteros) es una de las tantas formas que hay de faltar a las consignas recibidas, pues si tales consignas son las de vigilancia y seguridad de determinada zona, el dejar tal zona sin vigilancia y cuidado, es faltar a las consignas recibidas."

Enseguida se hace una distinción entre el delito "del centinela" y el abandono del puesto, para concluir en que el cometido por el procesado fue el primero y no el segundo.

La sentencia anterior fue consultada con el Tribunal Superior Militar que la confirmó por medio de la suya dictada el 20 de octubre, modificándola en cuanto a la sanción pues rebajó la impuesta por el a-quo a doce meses de arresto y separación temporal por el mismo lapso.

También en esta providencia se hace hincapié en que el delito cometido por Copete Orozco fue el del centinela y no el de abandono del puesto.

Sobre el particular se expresa así dicha entidad:

"Con todo respeto la Sala se aparta del criterio consignado en la jurisprudencia que cita el señor Fiscal, en cuanto que sí se califica como delito Del Centinela y no como Abandono del Puesto el hecho de separarse un centinela del sitio que se le asigna para su vigilancia, se tiene el absurdo de que no podría aumentarse la pena ni sustituirse el arresto por prisión en determinados casos; el Legislador en su soberanía decidió no consagrar en el Capítulo V del Título IV causales de agravación y no le es dado al Juzgador la facultad de llegar a tales causales por vía de interpretación.

"El delito Del Centinela es una infracción contra el servicio, con notas que lo identifican hasta cierto punto con el abandono del puesto de que trata el artículo 153, que se refiere a todos los militares que están de facción o servicio. Bien pudo el Legislador agravar el hecho cuando era cometido por quien prestaba el servicio especial de Centinela; sin embargo quiso darle un tratamiento distinto; para los centinelas; consagró consignas generales como la de permanecer en el sitio o lugar que se les asigne sin separarse de él por ningún motivo, numeral 1º, ordinal a) del artículo 46 del Reglamento de Servicio de Guarnición, consigna que se les comunica precisamente al momento de recibir el puesto de modo que si falta a ella o se duerme, o se deja relevar por quien carece de facultad, comete la infracción descrita en el artículo 163 del Código Penal Militar, no la del 153 ibídem".

Demanda de Casación:

El recurso extraordinario que se está resolviendo fue interpuesto por el Fiscal 1º del Tribunal Superior Militar y respaldado en todas sus partes, por el Procurador de las Fuerzas Armadas.

En la demanda presentada por el primero, se hacen a la sentencia acusada dos cargos con base en la causal cuarta de casación y no con fundamento en la primera.

Los dos primeros los enuncia así el recurrente;

1º—Causal cuarta: Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

“No haberse elaborado el cuestionario teniendo en cuenta los elementos configurativos de la infracción y además el haberse variado el procedimiento especial indicado para el caso, teniendo en cuenta la forma establecida por el Código de Justicia Penal Militar.

“Nulidad constitucional: Consecuencia de la anterior, al haberse pretermitido disposiciones procedimentales vigentes tales como las contempladas en los artículos 559, 561 y 590 del Código de Justicia Penal Militar o sea el haberse formulado el cuestionario refiriéndose concretamente a elementos constitutivos de la infracción e incluyendo también elementos de otra infracción penal juzgable por otro procedimiento diferente y especial.

2º—Causal primera: Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida o interpretación errónea de la misma. (Se le dio aplicación al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, cuando lo indicado era aplicar el artículo 153 y se llegó a formular cuestionario, cuando lo procedente era emplear el trámite especial del artículo 590, produciendo un fallo en derecho)”.

Sustenta el primer cargo, o sea el de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, manifestando que debió aplicarse el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y no, como se hizo, el 163 porque los hechos ejecutados por el procesado Diógenes Florentino Copete Orozco, más se acomodan a la conducta tipificada en el primero que a la que se contempla en el segundo.

Reproduce, a este respecto, conceptos expresados por esta Corporación en fallos de 4 de noviembre de 1966 y de 10 de octubre del año pasado.

Por lo que hace al segundo cargo, argumenta diciendo que el trámite de los Con-

sejos de Guerra no era el que correspondía aplicar al caso de autos sino el especial que contempla el art. 590 del ordenamiento que viene citando con lo cual se quebrantaron las normas que regulan el juicio y se violó, por lo tanto, el art. 26 de la Carta.

En cuanto a la causal primera, o sea, ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida y aplicación errónea, la invoca en forma subsidiaria a la otra y la hace consistir en que al no aplicarse el artículo 153 sino el 163 del Código de Justicia Penal Militar se violó la norma primeramente citada, por no aplicarla, y se interpretó erróneamente la segunda.

Termina solicitando que, si se acepta esta causal, se invalide el fallo y se dicte el que deba reemplazarlo de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 1º del art. 58 del Decreto 528 de 1964.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, acoge en un todo, como ya se dijo, los planteamientos del Fiscal recurrente.

Considera, en consecuencia, que el delito cometido por el procesado Copete Orozco no fue el “del centinela” sino el de “abandono del puesto” y que al llamarlo a juicio por el primero, se incurrió en nulidad por error en la denominación jurídica del delito, siendo casable la sentencia con base en la causal cuarta de la disposición que se ha citado.

Y, para el caso de que ésta no prospere, invoca la contemplada en el primer numeral de esa norma o sea la violación de la ley por indebida aplicación de la misma.

Consideraciones de la Corte:

Ha sido reiterada la afirmación de la Corte de que, cuando un centinela abandona su puesto, no comete el “delito del centinela” sino el de “abandono del puesto”.

Se ha basado la Corporación en que no es posible interpretar el art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, en la parte que dice

“el centinela que... falte a las consignas que haya recibido” como una referencia a las consignas generales que contiene el Reglamento Militar, especialmente a la que señala el numeral 1º del art. 46 cuando impone a los centinelas el deber de no separarse, por ningún motivo, del lugar o sitio que se les asigne.

La Sala siempre ha considerado que las consignas a que se refiere el art. 163 ya mencionado, son las especiales que se le dan al centinela en cada caso.

Si así no fuera, el Código en mención estaría pecando contra toda lógica ya que, teniendo para el reglamento militar la misma gravedad los diversos actos que menciona la disposición ya citada, a saber, separarse el centinela del sitio que se le ha asignado, sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o distraer su atención en alguna forma, habría escogido solo una de esas actividades, la primera, para configurar el delito de que trata el art. 163 del Código Penal Militar, dejando aparte las demás, lo cual no es admisible.

Menos aún lo es si se considera que esa conducta está especialmente prevista por otra norma del mismo ordenamiento, esto es, el art. 153 que tipifica con ella el delito de abandono del puesto.

Es bien conocida, la regla de interpretación que se enuncia diciendo “lex generale per speciale derogatur” conocida también con el nombre de “principio de la especialidad”, según el cual cuando dos normas tienen el mismo objeto, se aplica de preferencia aquella que contiene elementos especiales.

En el presente caso es indudable que la conducta punible contemplada por el art. 153 del Código Penal Militar es especial en relación con que tipificada por el 163 del mismo ordenamiento, bajo la expresión “falte a las consignas...”, pues aquella señala una acción específica cual es la de abandono del puesto en tanto que la segunda, al lado de actos especiales como los de comer y dormir, contempla una conducta genérica que es la de faltar el centinela a

las consignas que se le den, sin que se especifique cuáles son ellas.

En consecuencia, cuando un militar ejecute la acción específica de abandonar el puesto, la norma aplicable viene a ser, en forma exclusiva, el art. 153 y el delito que comete es el denominado “abandono del puesto”.

Si a esta conducta se le da otra denominación jurídica, se incurre en la causal de nulidad contemplada por el numeral 2º del art. 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Como eso fue lo que ocurrió en el presente proceso, quiere decir que prospera la causal de casación mencionada en el numeral 4º del art. 56 del Decreto 528, alegada tanto por el recurrente como por el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares.

Encontrándose fundada esta causal, es innecesario proseguir en el examen de las otras que se alegaron y corresponde a la Sala proceder conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 58 del Decreto ya mencionado, advirtiéndose que en el error sobre la denominación jurídica del ilícito se incurrió desde el auto de proceder, providencia que debe ser anulada y, a partir de ella, todo el procedimiento.

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 Diógenes Florentino Copete Orozco y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de 11 de marzo del año pasado (fs. 30 a 33), inclusive para ajustarlo a las normas procedimentales pertinentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

No traslada este recurso el proceso a una instancia superior, sino que constituye un medio excepcional de impugnación de las sentencias condenatorias. Las declaraciones recibidas fuera del proceso, deben ser ratificadas o producidas de nuevo con las formalidades legales en el período probatorio del recurso de revisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 35 de 4 de septiembre de 1970).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Trino Márquez Yáñez, por conducto de apoderado especial, respecto del juicio adelantado contra aquél por los delitos de homicidio y robo cometidos contra la persona y bienes del señor Tito Veloza, causa que terminó con sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de fecha 21 de octubre de 1964, en la que se condenó al recurrente Herberth Antonio Ortigoza, Oscar Antonio Gómez y Gilberto Fuentes a la pena principal de 20 años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor.

Antecedentes.

a) En las horas de la tarde del 24 de julio de 1960, en el paraje "El Zumbador", jurisdicción del municipio de Gramalote, fue muerto violentamente y despojado del dinero que portaba el señor Tito Veloza Veloza.

b) Perfeccionada la investigación penal correspondiente, el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta, mediante auto datado el 25 de octubre de 1961, llamó a responder en juicio ante jurado a Herberth Antonio Ortigoza, Oscar Antonio Gómez Contreras y Gilberto Fuentes Rangel como coautores de homicidio agravado y robo consumados en perjuicio del citado Veloza, y a Trino Márquez como autor intelectual o determinador de los mismos delitos (folios 29 à 48 del cuaderno Nº 2).

c) El auto de proceder fue confirmado por el Tribunal Superior de Pamplona en proveído de 14 de agosto de 1962 (folios 6 a 26 del C. Nº 4).

d) En el mes de abril de 1964 se celebró la audiencia pública y el jurado de conciencia, por unanimidad, declaró responsables a los cuatro procesados, por los cargos a ellos imputados en el auto de vocación a juicio (folios 78 y ss. del C. Nº 4).

e) Acogiendo los veredictos, el juez de la instancia condenó a cada uno de los acusados a la pena de veinticuatro años de presidio y a las accesorias pertinentes, en sentencia de 8 de abril de 1964 (folios 105 y ss. del C. Nº 4).

f) El fallo fue apelado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta lo

confirmó en el suyo de 21 de octubre del mismo año, reformándolo en el sentido de disminuir en cuatro años la pena principal, que se fijó en veinte años de presidio para cada uno de los sindicados (folios 25 y ss. del C. N° 5).

g) Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los procesados Ortigoza, Gómez y Fuentes, recurso que fue admitido por la Corte en auto de 18 de diciembre de 1964 y que posteriormente se desechó con respecto al sentenciado Ortigoza y declaró desierto con relación a los otros dos recurrentes en providencia de 21 de noviembre de 1965 (folios 30 y ss. del C. N° 6).

Demanda de Revisión y trámite de la misma.

El doctor Pablo Salah Villamizar, en ejercicio de poder especial que le otorgó el procesado Trino Márquez Yáñez, presentó en escrito de 3 de diciembre último solicitud de revisión del juicio ameritado en lo concerniente a su poderdante, con invocación de las causales 3ª y 5ª del artículo 571 del C. de P. P., alegando que la sentencia condenatoria proferida contra Márquez Yáñez fue o pudo ser determinada por falsos testimonios de los coprocesados Herberth Antonio Ortigoza y Gilberto Fuentes Rangel, quienes señalaron a aquél como el autor intelectual de los delitos de homicidio y robo de que fue víctima el señor Tito Veloza, y porque, además, la inocencia de Márquez se establece con la declaración de Pedro Torres Ortega, según la cual aquél no se hallaba en Cúcuta en la fecha en que el sindicado Gilberto Fuentes dice haber hablado con él en dicha ciudad.

El escrito en mención fue acompañado de los siguientes documentos:

1. Poder conferido al doctor Salah Villamizar para interponer y sustentar el recurso en cuestión.

2. Copias parciales de las sentencias de primera y segunda instancias por las cuales fue condenado el recurrente Trino Márquez Yáñez.

3. Declaraciones extrajudiciales de los condenados Herberth Antonio Ortigoza y Oscar Antonio Gómez, rendidas en su orden en los meses de julio y septiembre de 1968, a petición del señor Alvaro Ibero Suárez, en las que afirman que acusaron a Trino Márquez como instigador o inspirador de los delitos cometidos con perjuicio de Tito Veloza porque el cosindicado de esos hechos Gilberto Fuentes (quien dicho sea falleció en agosto de 1966) los convenció de que al comprometer a Márquez, cuyo padre era influyente y acaudalado, podrían ser todos favorecidos en la defensa, pero que la verdad es que Márquez no fue el determinante de tales delitos y apenas lo conocieron en la cárcel de Cúcuta a fines del año de 1965, cuando fue detenido por razón de los hechos juzgados. Y,

4. Declaraciones extrajudiciales de Pedro Torres y Jorge Castilla, vecinos de Valledupar, rendidas también a solicitud del señor Alvaro Ibero Suárez, en los meses de mayo y junio de 1969, respectivamente. El primero de ellos asevera que Trino Márquez Yáñez residió durante todo el año de 1960 en Valledupar, en la carrera 7ª, entre las calles 14-A y 15; que lo veía frecuentemente y no se dio cuenta de que se hubiera ausentado de Valledupar en tal época, y que su conducta en general ha sido buena. El segundo afirma que conoce a Trino Márquez "desde hace aproximadamente ocho años" (depuiso el 18 de junio de 1969), en Valledupar; que no puede precisar dónde se hallaría aquél en el año de 1960, y que le consta que en el tiempo en que estuvo radicado en dicha ciudad se dedicó a la "odontología".

Como la demanda de revisión se ajustó a las condiciones del artículo 572 del C. de P. P. y a ella se adjuntaron las pruebas de los hechos fundamentales, esta Sala de la Corte, en auto de 5 de diciembre de 1969, ordenó abrir a prueba el incidente por el término de treinta días, y en la misma providencia reconoció personería al abogado Salah Villamizar para intervenir como apoderado de Trino Márquez para los efectos del poder que le fue conferido y dispuso solicitar al Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta el envío del proceso cuya revisión fue impetrada,

dando así cumplimiento a lo prescrito en el artículo 573 *ibídem*.

Ese auto se notificó personalmente al Procurador Segundo Delegado Penal y al apoderado judicial del recurrente, en cumplimiento del mandato contenido en la parte final de la disposición legal de anterior cita.

El término probatorio venció, sin que ninguna de las partes solicitara la práctica de pruebas.

Alegaciones de las Partes.

El Agente del Ministerio Público, en vista calendada el 16 de julio del presente año, después de relacionar los hechos y las actuaciones judiciales cumplidas tanto en el proceso como en desarrollo del recurso extraordinario de que se trata, conceptúa de la siguiente manera:

“La revisión del proceso impetrada con fundamento en los motivos 3º y 5º del artículo 571 del estatuto procesal penal requiere la demostración de la falsedad del testimonio, peritazgo, documento u otra prueba cualquiera que haya determinado el fallo condenatorio, o la de hechos nuevos o elementos de juicio no conocidos a tiempo de los debates que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia.

“En el presente caso se cumplieron los requisitos del artículo 572 del estatuto mencionado pero en la etapa probatoria no se pidió la ratificación de las declaraciones extrajuicio y tampoco se solicitó practicar prueba alguna.

“La ausencia total de prueba en el presente asunto obliga al Ministerio Público a pronunciarse en sentido negativo respecto de la solicitud de revisión formulada por el apoderado de Trino Márquez Yáñez”.

A su turno, el doctor Guillermo Moncayo, en quien sustituyó el poder el apoderado principal, en memorial presentado el 14 de agosto postrero, pretende sustentar las causales de revisión aducidas en la demanda

manifestando, en síntesis, que “del examen de la realidad procesal” y de los testimonios acompañados a aquélla se concluye que la prueba en que se basó la incriminación de Trino Márquez y de la cual se derivó su condenación “es falsa”; que la acusación que a su representado hicieron los autores materiales del homicidio y del robo cometidos contra Tito Veloza es inverosímil, pues no se demostró que Márquez tuviera sobre los ejecutores de esos ilícitos “poder de convencimiento, de sugestión o superioridad”, como corresponde al íncubo en “toda pareja criminal”, y que quienes realizaron materialmente los hechos criminosos fueran personas “sugestionables, sin personalidad, casi autómatas” como es propio del súcubo, siguiendo la doctrina de Sighele; que la autoría intelectual se presenta generalmente entre dos personas, y que respecto de un homicidio cometido para robar “es increíble que un solo sujeto convenga a otros tres para que lo ejecuten, sin que él tenga ninguna participación concreta en el iter criminalis, ni corra riesgos, ni suministre dinero o armas, ni reciba el producto del crimen; que “en el caso que se estudia hay ausencia absoluta de la planeación, preparación y orden de ejecutar el homicidio por parte de Márquez Yáñez. A lo sumo, en vía de discusión, propuso su comisión, sin que sea verosímil que tal proposición de por sí sola fuera la determinante del delito, pues los autores materiales del homicidio y del robo en ninguna parte dicen que aquél los hubiese obligado a ello, sino que actuaron por su cuenta, repartiéndose entre ellos, únicamente, el dinero de la víctima”; que los condenados Herberth Antonio Ortigoza y Oscar Antonio Gómez Contreras se retractaron en sus declaraciones extrajuicio de las inculpaciones que en el proceso hicieron al recurrente Trino Márquez, y esa retractación “es más verosímil” que la acusación” que antes le formularon; que aunque los testimonios de Ortigoza y Gómez no fueron ratificados en el momento oportuno deben ser admitidos como prueba, pues la verdad material que fluye de ellos y de la realidad de los hechos consignados en el proceso debe primar sobre la verdad formal; que se atreve “a pensar que la ratificación de los testimonios en la demanda de revisión, no

tiene la trascendencia que ha querido dársele, pues no halla ninguna disposición que la exija", y, finalmente, que las anteriores razones conducen a la demostración que las pruebas incriminatorias de Trino Márquez que determinaron su condenación fueron falsas, por lo cual debe la Corte decretar la revisión del juicio.

Se Considera:

I. - Precisando la naturaleza, el fin y los presupuestos del recurso de revisión, dijo esta Sala de la Corte, acogiendo y reiterando decisiones anteriores, en sentencia de 14 de agosto del presente año, lo que pasa a transcribirse:

"El recurso extraordinario de revisión, que rigurosa y técnicamente no es recurso, puesto que, como observa Beling, no trasladada al proceso a una instancia superior, sino un medio excepcional de impugnación de las sentencias de fondo (condenatorias, en el derecho colombiano), se dirige a atacar la firmeza de la cosa juzgada, su efecto preclusivo, y suscita cuando es admitido una especie de continuación del proceso formalmente concluido, para un nuevo examen sobre el mismo, cuando haya motivos legales para presumir la condenación, por error, de un inocente.

"La revisión del proceso, en base a hechos nuevos o a medios nuevos de prueba que desvirtúen la base facticia de la sentencia ejecutoriada, causal que aquí ha sido invocada, se fundamenta en razones superiores de equidad y de justicia, pues como dice Florián, 'al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente' (Sentencia de 21 de febrero de 1969).

"La revisión, tiende, por tanto, a corregir errores, mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Solo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los dis-

tintos numerales del artículo 571 del C. de P. P. Así, en ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hecho o pruebas que se demuestre luego que eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

"En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irresponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el reo estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los términos del numeral 1º del artículo 571 del C. de P. P., ya citado.

"Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funda deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en él de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos (Sentencia de 22 de mayo de 1963).

"Por la naturaleza y objeto especiales del recurso extraordinario de revisión, que, al igual que el de casación, no origina nueva instancia que permita a la Corte el libre examen del proceso penal, el recurrente tiene la obligación de expresar la causal o causales que postule para su pretensión y de indicar con toda claridad y precisión los fundamentos de ellas, como también el deber de aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con aptitud o fuerza suficiente para formar certeza de que probablemente se incurrió en error grave en la sentencia al condenar a quien puede ser inocente. No basta en consecuencia, citar causas legales de revisión, como son las previs-

tas en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del C. de P.P., que dicho sea contemplen diversas situaciones, y censurar de un modo general como injusto el fallo sobre que versa la impugnación extraordinaria para que ésta prospere; es menester que el actor puntualice con exactitud, dentro de las previsiones de la ley, los motivos específicos, los sustente en debida forma y los demuestre en la fase probatoria señalada en el artículo 573 del mismo Código, pues las pruebas que se acompañan a la demanda y que provengan de testigos tienen un carácter provisional y limitado a la estimación de aquélla para efectos de ver si se debe dar o no impulso procesal a la solicitud de revisión”.

II. - Las declaraciones recibidas fuera del proceso y que se adjuntan al escrito suplicatorio de la revisión de un juicio penal tienen que ser ratificadas o producidas de nuevo con las solemnidades legales dentro del amplio término contemplado en el artículo 573 del estatuto procesal penal, para que se cumpla el principio normativo de la contradicción de la prueba, pues al momento de la ratificación o nueva deposición de los testigos tienen el Magistrado y la otra parte interesada en el recurso (el Ministerio Público), la oportunidad de interrogar al deponente y de controlar por ese medio la veracidad de sus dichos. Tal formalidad —la de la ratificación o nueva exposición de los testigos— es exigida por el artículo 693 del C. de P. C., aplicable en el proceso penal por remisión del artículo 7º del C. de P. P. y según el cual “Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido o decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba”.

III. - Como en el período de prueba del recurso no se pidieron —y por consiguiente no se decretaron— nuevos testimonios de Herberth Antonio Ortigoza, Oscar Antonio Gómez y Pedro Torres, ni se solicitó tampoco la ratificación de los que rindieron extrajuicio, sus declaraciones de nudo hecho acompañadas a la demanda de revisión no pueden ser apreciadas para fallar la impugnación planteada, como lo pretende el apoderado del recurrente, de acuerdo con la norma legal antes transcrita. Y como tampoco se decretó la práctica de ninguna otra prueba, en la fase procesal indicada, se carece en absoluto de elementos de convicción para estudiar de fondo los motivos de revisión aquí invocados, que quedaron sin demostración alguna, circunstancia que obliga, como observa la Procuraduría Delegada, pronunciamiento denegatorio de la solicitud formulada en ejercicio del recurso extraordinario que se decide.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso adelantado contra Trino Márquez Yáñez y otros, por los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes del señor Tito Veloza Veloza, ameritado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al juzgado de origen. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Roberto Ordóñez Peralta, —Conjuez— Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

IMPEDIMENTOS

No constituye causal de impedimento el hecho de que el funcionario que revisa la sentencia haya dictado en el sumario el auto de detención y practicado algunas pruebas en el mismo, alegando haberse formado de esa manera un preconcepto, porque el conocimiento de esa prueba, las condiciones de su origen, son circunstancias que vienen a facilitar un mejor conocimiento de ellas y, en consecuencia, a contribuir a su mejor ponderación y precisamente la decisión juzgadora se toma en atención a las pruebas que obran en el informativo. El funcionario debe tener cuidado de no constituir prejuicios de ninguna índole sobre materias a su cargo, así sea para buscar impedimentos artificiales.

Corte Suprema de Justicia. —Sala Penal. —
Bogotá, septiembre once de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta N° 36, Septiembre 9 de 1970).

V i s t o s :

Corresponde a esta Sala, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, decidir de plano si es procedente el impedimento que en auto de 5 de agosto del año en curso manifestó el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, doctor Rafael Ignacio Gaitán Pinzón, para abstenerse de conocer de este negocio contra Jorge Luis Galvis Arcila y otro por el delito de homicidio, y que los restantes Magistrados de la Sala de Decisión declararon infundado en providencia de fecha 12 de los mismos mes y año.

El Magistrado Gaitán Pinzón dice que “cuando desempeñó las funciones de Juez

Cuarto Penal Municipal de la ciudad, le correspondió la instrucción (en parte) de este caso; y dictar el auto de detención contra los acusados (f. 15 y ss. del sumario)”; que no conocía a la víctima ni a los acusados y que no ha tenido enemistad con el primero ni con los segundos; que “Con base en las pruebas que entonces se trajeron al sumario, se formó dos convicciones: a) que la víctima, señor Quintero, era un hombre bueno; b) que el crimen en tal persona cometido merecía la sanción de la Justicia humana”.

“Pero —prosigue la manifestación de impedimento al conocer ahora el resultado del proceso; al llegar a mi Despacho para revisión, se ha despertado en mí un sentimiento que no me corresponde describir, pero que, en todo caso, es negativo en relación con la función jurisdiccional que me ha sido encomendada y que me impide, en forma subjetiva, juzgar con la imparcialidad necesaria los hechos sometidos a mi consideración”.

Agrega que no discute los fundamentos que el fallo tenga en derecho; que su inter-

vención como instructor “sí dio lugar a la formación de la convicción a que antes me refiero; y que ahora revive —en forma negativa en relación con la función jurisdiccional que me corresponde”; que no hace señalamiento estricto a ninguna de las causales de impedimento del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, pero que “sí manifiesto una de orden subjetivo: la turbación de mi ánimo frente a esta solución legal (que puede estar ajustada a derecho), frente a la cual carezco, en este momento, de la frialdad e imparcialidad necesaria, bien para aprobar, con mi firma, lo decidido; bien para oponerme a él: se trata de una cuestión moral y subjetiva que me inhibe para ejercer la función de Magistrado, en este caso particular: así debo declararlo con toda honradez, sin que nadie me lo exija, sino mi propia conciencia”. Finaliza que si un excesivo rigorismo exige una causal, “yo invocaría la contemplada por el ordinal 4º del art. 73, repitiendo que mi situación, es meramente de orden subjetivo y que solo invoco el texto legal, porque allí, dentro de una interpretación amplia, se podrá dar cabida a mi situación”.

Se considera:

1. El Magistrado Gaitán Pinzón en su manifestación de impedimento no concreta ninguna de las causales del artículo 73 del estatuto procesal penal. Únicamente hace alusión a la del ordinal 4º, porque considera que “allí, dentro de una interpretación amplia, se podrá dar cabida a mi situación”.

Bien alejado de la realidad y de la norma legal invocada está tal criterio porque no aparece que el Magistrado Gaitán Pinzón hubiera sido apoderado o defensor de ninguna de las partes, ni contraparte de cualquiera de ellas, ni que hubiera dado su consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

De manera que desde este punto de vista, no puede prosperar el impedimento por él manifestado.

2. La jurisprudencia de la Corte que el Magistrado transcribe no viene al caso ahora contemplado, puesto que ella hace rela-

ción a acusación de parcialidad contra los Magistrados, por una de las partes; y, porque careciendo de una base objetiva, no puede dársele un alcance general que no tiene.

3. Bien manifiesta el Magistrado Gaitán que no aduce “el hecho de haber dictado el auto de detención. Sé que éllo no es causa de impedimento. Ni mucho menos el haber intervenido como instructor”. Pero ocurre que, en definitiva, de su intervención en esta etapa sumarial, es de donde viene a desprender el motivo subjetivo de impedimento que expone en su escrito, según atrás se precisó. Pero este motivo no puede prosperar. En efecto:

Su actuación primitiva fue lejana y, si bien se observa, poco intensa: practicó algunas pruebas y las demás lo fueron por su Secretario, debidamente facultado para éllo; y, dictó el auto de detención. Aquí no se trata de revisar la misma pieza que él proffirió, como para que pudiera invocar el ordinal 7º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Con posterioridad a su actuación hubo la práctica de nuevas pruebas, el cierre de investigación, el concepto de rigor; la calificación del sumario, la audiencia pública, el veredicto del jurado y la sentencia de primera instancia, actividades éstas en las cuales no tomó parte ninguna el funcionario que manifiesta el impedimento. Como se ve, se trata ahora de una etapa muy posterior, en la cual se debe conocer por consulta de una sentencia dictada en desarrollo de un veredicto. Bien sabido es, como lo tiene dicho la Corte, que “Al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal”.

Ahora bien: llegado el caso de que un magistrado a través de la prueba se haya formado determinado criterio, es su deber exponerlo de manera clara y enfática ante sus compañeros de Sala, porque sería grave omisión de su parte no proceder en esa forma. Y la decisión juzgadora se toma precisamente en atención a las pruebas que

obran en el informativo, al estudio de éllas, de las personas que las rindieron, de la forma como fueron llevadas al proceso y de la controversia que han suscitado. De manera que cuando un convencimiento se forma por el conocimiento de la prueba y de las demás circunstancias anotadas, no puede el magistrado considerarse ayuno de imparcialidad. Si se aceptara criterio distinto, habría que convenir que por haberse formado un Magistrado Ponente su propio criterio, en atención a las pruebas recaudadas, ya no podría plasmar un proyecto de sentencia, porque carecería de la imparcialidad necesaria para juzgar los hechos sometidos a su consideración. Precisamente, todo lo contrario: el conocimiento de la prueba, de la manera como élla fue aportada a los autos, de las condiciones de su origen, son circunstancias que vienen a facilitar un mejor conocimiento de élla y, en consecuencia, a contribuir a su mejor ponderación.

Además, nadie ignora que tanto el Juez Superior como el respectivo Tribunal de Distrito Judicial no están obligados a aceptar un veredicto arbitrario que, parapetándose en una supuesta soberanía ilímite del jurado venga a quebrantar la verdadera realidad procesal establecida por medio de las pruebas legalmente producidas y debidamente estudiadas y analizadas. En absoluto. Remedio contra esa clase de omnipotencias que no están consagradas por la legislación lo encuentran tales falladores, en su orden, en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales se les ordena decretar la contraevidencia del veredicto cuando éste peque contra la clara certeza que acompaña a los hechos consignados en el expediente. La única excepción está constituida por el veredicto del segundo jurado (C. P. P. art. 537, inciso 3º).

Pero suponiendo que los compañeros de Sala de Decisión de un magistrado no están de acuerdo con éste porque tienen un criterio distinto con relación ya a las modalidades del hecho, ya a lo establecido por la prueba, ya a la calidad de esta misma, etc., entonces la ley, que no quiere violentar las conciencias de nadie, tiene consagrado el salvamento de voto (C. P. P. art. 161, C. P.

C., arts. 52, 85, inciso 2º), al cual debe recurrir quien no encontrándose de acuerdo con el criterio de sus compañeros de Corporación, discrepa de éstos.

El deber del juez es juzgar y para é ello ha tomado el cargo de administrar justicia. Ningún juez, por ningún motivo, puede escapar a esta obligación, salvo los casos de impedimento o recusación legalmente fundamentados. Pero debe tener cuidado en evitar constituir prejuicios de ninguna índole sobre materias a su cargo, así sea para buscar impedimentos artificiales capaces, inclusive, de llegar a constituir una violación punible. Y no debe olvidarse que lo único que obliga al juez es el sometimiento a la ley al proferir el fallo, precisamente sujeto a la convicción a la cual lo lleven los elementos de juicio que obren en el proceso.

En atención a las razones anteriores, a que las expuestas por el Magistrado Gaitán Pinzón no pueden ser catalogadas como impedimento en ninguna de las causales señaladas por el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal y a que, tampoco sus manifestaciones contenidas en el auto por medio del cual se declaró impedido traducen una convicción que se haya formado por medios vedados, habrá de declararse infundado el impedimento por él manifestado, ya que, por otra parte, como él mismo lo manifiesta, tampoco lo mueven el odio o el afecto para con ninguna de las partes.

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara infundado el impedimento manifestado en este asunto por el Magistrado doctor Rafael Ignacio Gaitán Pinzón.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

La sola demanda de revisión sujeta a los requisitos señalados en el artículo 572 del C. de P. P., no basta por sí sola y en regla general, para que la Corte quede ligada al examen del fallo de condena que se reputa injusto, sino que el recurrente, tiene en principio, el deber de sustentar esa clase de impugnación mediante alegato escrito, que debe presentar en la oportunidad correspondiente, y solo excepcionalmente puede ser eximido del alegato, cuando en la demanda se demuestra con claridad y precisión la causal alegada y con esta se allegan las pruebas pertinentes que no requieran ratificación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 36 de 9 de septiembre de 1970).

Vistos:

Decide esta Sala de la Corte, por haberse agotado ya el trámite correspondiente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Jesús Sanjuán Reyes, por conducto de apoderado especialmente constituido, con relación a la causa adelantada contra él y otros por delito de contrabando y que culminó con sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Aduanas, de fecha 3 de mayo de 1968, en la que se impuso al recurrente la pena de veinticuatro meses de prisión y se hicieron otras declaraciones que no es necesario describir aquí.

Antecedentes.

a) El 19 de febrero de 1963, en las horas de la madrugada, empleados del Resguardo

de Rentas Departamentales de Antioquia que prestaban sus servicios en el retén de Puerto Valdivia (Ant.), registraron el camión de placa B-52-85, conducido por Jesús Sanjuán Reyes, y hallaron en él, además de drogas y algodón nacionales remitidos de Barranquilla por la firma Bancelin Cavaro y Cia., con destino a distintas firmas comerciales de Bogotá, debidamente planillados para el traslado, ochenta y nueve cajas de whisky extranjero, licor avaluado en la suma de \$ 53.400.00, y una paca de cigarrillos Lucky Strike, cuyo avalúo pericial fue de \$ 1.100.00, mercancías que se transportaban sin el lleno de los requisitos legales.

b) Por esos hechos y como presuntos responsables del delito de contrabando fueron capturados Jesús Sanjuán Reyes, Jaime Ibáñez y Efraín Perdomo, quienes viajaban en el mismo vehículo, y puestos, junto con el camión y la mercancía de ilícita procedencia, a disposición del Juez Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Medellín, quien ordenó abrir la correspondiente investigación penal el día 22 del mismo mes.

c) La Tenencia Instructora de las Rentas Departamentales de Antioquia y el Juzga-

do Primero Departamental de Policía y Rentas de Antioquia, mediante providencias calendaradas en su orden el 19 de mayo y el 13 de julio de 1964, por procedimiento policivo adelantado por fraude a la renta de licores monopolizados de aquel Departamento, absolvieron a los sindicados Jesús Sanjuán y Efraín Perdomo, y condenaron condicionalmente a seis meses de arresto al imputado Benjamín Jaime Ibáñez.

d) A su turno, el Juez Superior de Aduanas de Medellín, en sentencia de 26 de mayo de 1967, condenó "como responsables del delito de contrabando investigado, a los acusados Benjamín Jaime Ibáñez, Jesús Sanjuán Reyes y Efraín Perdomo Reyes... a la pena principal de seis meses de arresto", y adoptó otras determinaciones. En el fallo el Juzgado de la instancia tuvo únicamente en cuenta, como objeto material de la infracción, "la paca de cigarrillos que fue avaluada en \$ 1.100.00", pues consideró que los procesados habían sido ya juzgados, en proceso de carácter contravencional, por las autoridades de las Rentas de Antioquia en relación con el fraude cometido con los licores, y que si este hecho se tomaba nuevamente en cuenta se violaba el artículo 103 del C. de P. P.

e) El Tribunal Superior de Aduanas, mediante sentencia de 3 de mayo de 1968 proferida en grado de consulta, reformó la del juzgado de la instancia y condenó a Jaime Ibáñez y Jesús Sanjuán a las penas principales de treinta y dos y veinticuatro meses de presidio, respectivamente, pues estimó equivocados los razonamientos del fallo de primer grado acerca de la mercancía materia del delito de contrabando y por los cuales excluyó el juzgado el valor de los licores de la cuantía del ilícito, como que en opinión del tribunal los funcionarios de las Rentas del Departamento de Antioquia carecían de competencia para hacer pronunciamientos jurisdiccionales en asunto "cuyo conocimiento es privativo de la Justicia Penal Aduanera".

Demanda de Revisión.

Fue presentada por el procesado Jesús Sanjuán, por medio de apoderado especial,

en escrito de 13 de noviembre de 1969, formalmente ajustado a las prescripciones del artículo 572 del C. de P. P., por lo cual se ordenó el trámite del recurso en la forma prevenida en los artículos 573 y siguientes de aquel estatuto. En ella se expone, después de una descripción de la actuación judicial cumplida en el proceso cuya revisión se pide, lo que pasa a transcribirse:

Fundamentos del Recurso.

"Habida consideración de que en el proceso se dictó contra mi cliente sentencia condenatoria por un presunto delito de contrabando, con fundamento en el solo hecho, se repite, de haber sido el conductor del camión, y haber mediado un plazo de siete días entre la fecha en que firmó la planilla y la del decomiso, la simplicidad del indicio tomado del testimonio del transportador Gerardo Cifuentes Patiño, razón judicial de una de las premisas menores del fallo, para solicitar la revisión procedo a presentar los elementos de convicción, no conocidos a tiempo de los debates, que destruyen la incriminación, y con ella los razonamientos de instancia.

"Acompaño, por ahora, en cumplimiento de las exigencias del artículo 572 del C. de P. P., los documentos que al final se reseñan, que son prueba de los hechos fundamentales del recurso, reservándome para el debate la solicitud de otras pruebas encaminadas a demostrar los motivos legales del recurso.

Motivos del Recurso.

"Invoco, en primer término, el caso de que trata el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P., a saber:

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

"Con fundamento en esta causal demostraré que mi poderdante obró sin conoci-

miento de los hechos y que fue en un todo extraño al delito de contrabando juzgado.

“Sobre este particular anexo la información extrajuicio compuesta de los testimonios de Carlos Quin León, Hernán Gómez Quintero y Alvaro Yepes Duque, cuya ratificación se solicitará en la oportunidad procesal.

“Agrego, igualmente, otros documentos, tendientes a demostrar las calidades morales del recurrente y que constituyen un indicio moral de incapacidad para el delito.

“Cabe meditar, por las especiales condiciones de la causa y sus antecedentes, en el primer motivo de revisión de que trata la disposición citada, aspecto que estudiaré en el alegato de conclusión, pues es aberrante, que por ignorancia, por error o por lo que sea, el mismo hecho haya dado lugar a dos procesos penales, con violación manifiesta del artículo 103 del C. de P. P.

“Invoco este motivo para examinarlo en un campo jurídico y con apoyo en los elementos de hecho que el propio proceso ofrece”.

En el término probatorio solo fue posible obtener la ratificación del testigo Carlos Quin León, quien en declaración rendida el 1º de abril de 1969 ante el Juez Promiscuo del Circuito de Ocaña manifestó, en lo sustancial:

“Yo tuve conocimientos por varios comentarios de varios ocañeros de que Jesús Sanjuán había sido detenido en Medellín, que varios ocañeros nos pareció una cosa injusta pues el tipo era inocente, también tuve conocimiento de que a él lo habían contratado para hacer un viaje de Barranquilla a Medellín y de que a él le habían entregado un camioncito cargado y encarpado, ignorando la carga que llevaba el camión; también supe que en el mismo camión encontraron un whisky debajo de la carga y que ese whisky era de un tal Perdomo, para mí creo que él es inocente. Esto fue en el año de mil novecientos sesenta y tres (1963)” (folio 11).

Al ratificarse el deponente repite que “yo tuve conocimiento de los hechos por varios comentarios de ocañeros” (folio 53).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado Penal, en vista que precede, después de referirse a los hechos y a las incidencias procesales en el juzgamiento del recurrente, dice que la causal 5ª de revisión señalada en el artículo 571 del C. de P. P., cuya transcripción hace, “es clara, en cuanto a que para la revisión del proceso es indispensable que las pruebas acrediten suficientemente la inocencia o irresponsabilidad del procesado o que constituyan graves indicios al respecto y para establecer si se han cumplido tales supuestos, es necesario hacer relación a la prueba obtenida”. Y luego expresa:

“Las declaraciones extrajuicio de Alvaro Humberto Yepes Duque, Hernán Gómez Quintero y José Alejandro Peñaranda, no pueden ser examinadas, ni tenidas como elementos probatorios, toda vez que no se obtuvo su ratificación en autos, requisito indispensable para que pudieran ser consideradas, pues en tal forma carecen de las condiciones indispensables de publicidad y contradicción como se desprende de las normas y principios generales (arts. 224 y ss., 249 y 250 del C. de P. P. art. 693 C. J. art. 7º C. P. P.).

“El testigo Carlos Quin León (fl. 11, cuad. Rev.) expresa que conoce a Jesús Sanjuán Reyes como persona honorable y que por comentarios de varios vecinos de Ocaña tuvo conocimiento de que había sido detenido en Medellín, lo cual consideraron “...una cosa injusta pues el tipo era inocente...” y “...también tuve conocimiento de que a él lo habían contratado para hacer un viaje de Barranquilla a Medellín y de que a él le habían entregado un camioncito cargado y encarpado, ignorando la carga que llevaba el camión; también supe que en el mismo camión encontraron whisky debajo de la carga y que ese whisky era de un tal Perdomo, para mí creo que él es inocente. Esto fue en el año de 1963 (fl. 11). Al ratificarse, manifestó este testigo que

"...yo tuve conocimiento de los hechos por varios comentarios de ocañeros..." (fl. 53).

"De este testimonio no resulta una afirmación suficiente para infirmar la conclusión a que llegó el fallador, pues el deponente se limita a manifestar un hecho que no le consta directamente y del cual —según expresa— tuvo conocimiento a través de otras personas, sin indicar concretamente la fuente; por demás, hace relación o repite la versión del procesado en su indagatoria, rechazada por el fallador en atención a otros elementos de juicio, pero sin aportar fundamentos distintos o bases que la sustenten y permitan concluir su veracidad o realidad. En suma, dicha declaración no contiene hechos nuevos susceptibles de variar la situación existente en el proceso y se refiere a una situación ya planteada dentro del mismo, sin presentar una base suficiente que permita dar credibilidad a lo expresado.

"Como es esta la única prueba presentada en relación con esta causal —pues la falta de antecedentes solo operaría para reforzar los otros elementos de convicción existentes— se concluye que la revisión con base en la misma no puede prosperar, por cuanto en forma alguna viene a establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado o a constituir indicio al respecto, como lo exige la norma; y debe recordarse que si la revisión tiene por objeto infirmar o dejar sin efecto un fallo y la presunción de veracidad que implica, los supuestos en que se apoya la revisión deben demostrarse debidamente.

"Tampoco puede prosperar la revisión con base en la causal primera, a la cual se refiere brevemente el señor recurrente, por cuanto de acuerdo con la norma (art. 571), la revisión procede por esta causal "cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas", lo cual no ocurre en el caso examinado, en el cual el mismo hecho fue juzgado por la justicia penal aduanera y por las autoridades de-

partamentales, en relación con una contravención, de lo cual da cuenta el proceso y es la situación que menciona el recurrente.

"No se trata, por tanto, de que estén cumpliendo condena por un mismo delito dos o más personas y que no haya podido ser cometido aquel sino por una o por un número menor de las sentenciadas pues las sentencias de los distintos funcionarios se refieren a una misma infracción y examinan la responsabilidad que en el hecho corresponde a los mismos procesados, quienes fueron vinculados a las correspondientes investigaciones en razón de su intervención en el ilícito. La norma citada parte de una contradicción entre las providencias que no se presenta en el caso examinado".

El señor apoderado del recurrente dejó transcurrir el término de traslado fijado en el artículo 574 del C. de P. P., sin que hubiera presentado alegación alguna.

Se Considera:

I. - La fase probatoria del procedimiento de revisión tiene por objeto el que se alleguen en esa oportunidad las comprobaciones del motivo aducido en la demanda. En ella debe el recurrente ofrecer los nuevos hechos o los elementos de prueba que justifiquen la revisión invocada.

II. - En el caso presente únicamente se produjo, en la etapa antes indicada, la ratificación de la declaración de nudo hecho del señor Carlos Quin León, testigo de meras referencias, quien dice haber oído comentarios de personas que no identifica en el sentido de que el procesado Jesús Sanjuán había sido contratado para conducir un camión, "ignorando la carga que llevaba; por lo cual el deponente cree que aquél es inocente". El testimonio de Quin León, como observa el Agente del Ministerio Público, no plantea ningún hecho nuevo, ni es prueba atendible para suponer la inocencia o irresponsabilidad del condenado Sanjuán Reyes, pues el asunto sobre que versa lo presentó como explicación sincerante de su conducta el sindicado en su indagatoria y fue cuestión debatida en las instancias del

proceso cuya revisión ha sido deprecada.

III. - La demanda de revisión, en cuanto cumpla los requisitos que para ella prescribe la ley (art. 572 del C. de P. P.), da base para abrir el trámite del recurso por los cauces señalados en los artículos 573 y ss. del estatuto procesal penal, pero ella no basta, por sí sola y en regla general, para que la Corte quede ligada al examen del fallo de condena que se reputa injusto. El recurrente tiene en principio el deber de sustentar esa clase de impugnación mediante alegato escrito, que se presenta una vez vencido el término probatorio y dentro de los quince días de traslado que para ello se da, de conformidad con el artículo 574 del referido código, precisando a la Corte la demostración que haya tenido la causal de revisión postulada, y consiguientemente el error en que pudieron incurrir los juzgadores y la necesidad de remediar una grave injusticia, a fin de que la verdad real prevalezca sobre la verdad procesal declarada en la sentencia.

IV. - La revisión es una institución jurídica excepcional, que se dirige contra la firmeza de la cosa juzgada para obtener un nuevo examen de la sentencia condenatoria firme, para enmendar errores judiciales que redunden en la sanción del inocente. De ahí que esté sometida en su iniciación y desarrollo a requisitos de necesaria observancia, entre ellos la demanda en forma y el alegato de conclusión de la parte interesada; en el que ésta ha de poner de relieve, con fundamento en las pruebas producidas en el proceso especial de la revisión, la situación facticia surgida o conocida con posterioridad al fallo cuya anulación se pretende y que justifique la rescisión de la declaración jurisdiccional, para poner fin a sus efectos nocivos. La demanda suscita la instancia peculiar de revisión, y la alegación de conclusión da forma al debate que la Corte debe definir acerca del proceso penal ya concluido.

V. - La revisión "es un recurso el más exigente", que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo, que sucede al periodo probato-

rio y en el que el actor debe analizar razonadamente la prueba, en orden a demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con técnica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso sui generis de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca.

VI. - Solamente por vía de excepción, en casos muy especiales, podría el recurrente en revisión ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que en el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requirieran de ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, es decir, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse, verbigracia, de documentos oficiales auténticos.

VII. - El señor apoderado especial del procesado Sanjuán Reyes adujo suscitadamente en la demanda, como motivos de revisión, los previstos en los ordinales 5º y 1º, en su orden, del artículo 571 del C. de P. P., en forma esquemática y con apoyo en pruebas provisionales, lo que obligaba un ulterior desarrollo de sustentación en oportunidad que no podía ser otra que la señalada para alegar de conclusión. Y al no presentar dicha alegación, quedó trunco el recurso, por falta de fundamentación, razón suficiente para que la Corte deniegue la pretensión del actor. Basta recordar, en corroboración de lo que acaba de decirse, que con respecto a la causal 5ª de revisión la prueba que se presentó con la demanda fue de declaraciones extrajuicio, que requerían, para que pudieran ser apreciadas en el fallo, ratificación o nueva producción, conforme a lo dispuesto en el artículo 693 del C. de P. C., requisito que solo pudo cumplirse

con el testigo Carlos Quin León, cuyo testimonio reclamaba examen o análisis por parte del actor, a efecto de demostrar el presunto error en que se incurrió en la sentencia al condenar al procesado Jesús Sanjuán Reyes. Y con relación a la causal 1ª, el demandante se limitó en el escrito suplicatorio de la revisión a anunciar que la estudiaría "en el alegato de conclusión", para tratarla "en un campo jurídico y con apoyo en los elementos de hecho que el propio proceso ofrece", lo que al fin no se hizo por el señor apoderado, dejando así a la Corte sin los elementos indispensables para el estudio de fondo de los motivos esbozados en la demanda, que en las condiciones dichas no pueden prosperar.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el

Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso seguido contra Jesús Sanjuán Reyes, por el delito de contrabando, en el que se le condenó a la pena principal de veinticuatro meses de prisión, mediante sentencia de 3 de mayo de 1968 dictada por el Tribunal Superior de Aduanas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Valasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



DELITO DE CONTRABANDO

Este ilícito no está contemplado como delito militar en el código de la materia y el particular que lo cometa no puede ser juzgado por la justicia castrense. No constituye nulidad de carácter constitucional, la falta de concepto del Ministerio público sobre el estudio de la revocatoria del auto de detención, por no afectar los intereses de la defensa en las etapas posteriores del juicio. La demanda de casación debe expresar en forma clara y precisa la causal que se invoque, los fundamentos en que se apoya y las normas que se consideren infringidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciocho de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta N° 37, de 18 de septiembre de 1970).

V i s t o s :

Por sentencia de 5 de diciembre de 1969 el Tribunal Superior Militar al reformar parte de la primera instancia de 30 de octubre del año inmediatamente anterior, proferida por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal respectivo, condenó al sargento 2° de la policía Nacional Carlos Julio Mora Zea y al agente de la misma institución, Felipe Rodríguez Jara, a la pena principal de 28 meses de prisión para cada uno, a más de las accesorias de rigor, "por haber sido hallados responsables del delito de "Concusión" que se investigó en este proceso".

Contra este fallo interpusieron recurso extraordinario de casación los dos sentenciados y, agotado el trámite correspondiente, se procede a resolver lo de ley.

Hechos y Antecedentes:

1. Hechos: El Procurador Delegado para la Policía Nacional, los presenta de manera acertada así:

"Provistos de autorización expedida por el comisario de Policía Judicial del Sur, el día 11 de septiembre de 1968, el Sargento 2° Carlos Julio Mora Zea y los agentes Felipe Rodríguez Jara, Víctor Manuel Torres Suárez y Edilberto Tovar Gutiérrez, en su calidad de miembros del F-2 de la Policía Nacional en el ejercicio de funciones y atribuciones, practicaron una "ronda", aproximadamente a las diez de la mañana, en la casa de habitación de la señora Ligia López, situada en la calle 48 Sur y distinguida con el número 23-28 de Bogotá.—Posteriormente en compañía de la señora Ligia López practicaron una diligencia similar en la casa de su madre, situada en la calle 22 Sur N° 26-29. — De regreso al primero de los lugares mencionados, el sargento Mora Zea después de manifestarle a la señora Ligia López que las mercancías allí encontradas por ser de dudosa procedencia quedaban decomisadas, la amenazó diciéndole que sería sancionada con pena de tres a seis años de cárcel. Dicha señora le extendió un cheque por la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00)

contra su cuenta corriente del Banco del Comercio Sucursal Plaza de San Vicente e, hizo entrega de billetes por valor de quinientos pesos (\$ 500.00).

“Aproximadamente a las seis y media de la tarde los Agentes de la autoridad embarcaron en un camión de la Policía, en cinco cajas, las mercancías encontradas durante la diligencia y se dirigieron a la Octava Estación de Policía.

“Al día siguiente, la señora Ligia López aconsejada por algunos comerciantes de “San Andresito” se dirigió al Banco y solicitó que el cheque girado la víspera en la forma que ha quedado narrada, no fuera pagado. Esa misma mañana el Agente Felipe Rodríguez Jara se presentó en donde funciona el comercio denominado “San Andresito” para exigirle dinero en efectivo. Más tarde, a eso de las doce del día la señora López concurrió a la carrera 24 con la calle 13 para cumplir la cita que la víspera le había propuesto el Sargento Mora Zea. Durante la entrevista éste le manifestó que prefería le entregara en efectivo el valor girado en el cheque. Como no tuviera suma alguna en efectivo, concertaron nueva cita para ese mismo día y en el mismo lugar a las tres de la tarde. Para esta nueva entrevista la señora López comisionó al señor Lubín Saldaña. Este acudió y la señora lo siguió de lejos y observó que efectivamente conversaba con Felipe Rodríguez Jara, pero que al ser descubierta en donde se encontraba escondida mirando lo que ocurría, tuvo que desaparecer subiéndose a un autobús. Más tarde, aconsejada por algunos miembros del personal de Agentes Secretos de la Aduana, acudió a la oficina del Jefe de la Sección de Investigaciones de Contrabando de la División de Investigaciones Especiales de la Dirección General de Aduanas, en donde fue oída en una exposición administrativa. Como durante esa diligencia manifestara que había sido citada por los mismos miembros del F-2 para entregarles al día siguiente dinero en efectivo, personal de la Aduana, se ubicó estratégicamente en el lugar de la entrevista y capturó al Agente Rodríguez Jara cuando recibía la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que

a nombre de la señora López le entregó Lubín Saldaña.

“El Agente Rodríguez Jara fue trasladado a la misma oficina de la Dirección de Aduanas, en donde el doctor José Benjamín Guerra Roa lo oyó en diligencia de descargos. El mismo día, es decir el 13 de septiembre, dicho funcionario cumpliendo instrucciones del Director General de Aduanas, con oficio N° 905 le envió al Comandante de la Octava Estación de Policía las diligencias practicadas por las autoridades Aduaneras, en relación con este asunto.”

2. El 12 de septiembre de 1968 Ligia López formuló la denuncia correspondiente a los hechos relacionados, ante la Sección de Investigaciones de Contrabando de Importación y Exportación de la Dirección General de Aduanas. Recogidas algunas pruebas, las diligencias fueron enviadas al Departamento de Policía Bogotá, cuyo Comando, como Juez de Primera Instancia, comisionó al Auditor 17 de Guerra para que iniciara y perfeccionara la investigación penal correspondiente. El día 25 de los mismos mes y año, el Auditor Instructor decretó la detención preventiva de los sindicados Sargento Mora Zea y Agente Rodríguez Jara “por el delito de concusión, agotado en la persona de Ligia López. Hechos ocurridos en los días 11, 12 y 13, del mes de septiembre de 1968, en la ciudad de Bogotá”. Se impetró la revocatoria de la providencia anterior, la cual fue negada (Cfr. fls. 158 ss.).

El 4 de octubre del mismo año, el Auditor 30 de Guerra solicitó del Juez de Primera Instancia convocara el Consejo de Guerra Verbal para que juzgara a Mora Zea y a Rodríguez Jara por el delito de concusión, pidió también el cese de procedimiento para el Agente Edilberto Tovar Gutiérrez y la práctica de algunas pruebas durante la etapa correspondiente (Cfr. fls. 171 ss.). Por resolución número 13 de 1968 el Comando del Departamento de Policía Bogotá resolvió “Convocar en la jurisdicción de Bogotá, D. E. un Consejo de Guerra Verbal, para que por los trámites indicados en los artículos 566 y ss. del Código de Justicia Penal Militar, se juzgue al Sargento 2° de la Policía Nacional Carlos Julio Mora Zea y al

agente de la misma institución Felipe Rodríguez Jara, por el delito de Concusión". También tomó las demás medidas de rigor.

El 8 de octubre se inició el Consejo de Guerra Verbal, se practicaron las pruebas demandadas, intervinieron las personas que a éllo tenían derecho y el cuestionario referente a cada uno de los dos sindicatos y que fuera sometido a la consideración de los vocales, fue contestado unánimemente con "Sí es responsable" (Cfr. fls. 196 ss.). El 30 de ese mismo mes, se produjo la sentencia de primera instancia en la cual, a más de acogerse los veredictos y proferirse las condenaciones, se ordenó Cesar el procedimiento seguido a cargo del agente Edilberto Tovar Gutiérrez y poner a disposición de las autoridades penales aduaneras lo necesario para la investigación a ellas correspondiente, por considerarse que las mercancías decomisadas son extranjeras y que no está legalizada su importación.

Las Demandas de Casación:

Cada uno de los apoderados de los sentenciados presentó su demanda:

a) El del Sargento 2º Carlos Julio Mora Zea en un confuso escrito dice formular seis cargos contra la sentencia de 2º instancia: El primero, "por la causal 4º del Decreto, (sic) del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por "Haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad Constitucional" por transgredir lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, 314 del Decreto N° 250 de 1958, de los artículos 11, 31 y 33 del C. P., artículos 13, 31 y 33 del Decreto 250 de 1958, artículos 203, 204 del C. de P. P. y 444 y 445 del Decreto 250 de 1958"; El segundo, por la misma causal, "por haberse dictado en un juicio totalmente viciado de nulidad Constitucional, pues bien conocemos acorde a las Doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, que "están erigidas como causales de nulidad ciertas irregularidades que aparentemente son de pura forma, pero en realidad porque la omisión de tales formalidades representa (sic) substancialmente en el juicio"; El tercero, por la misma causal,

"por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad Constitucional por transgredir lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, artículos 104, artículo 52 del Decreto 1358 de 1964, artículo 299 del C. de J. P. M. Decreto 250 de 1958"; el cuarto "por la causal segunda del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado"; el quinto: parece que en éste el demandante lo que quiere decir es que se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción desde la redacción de los cuestionarios, pues en su sentir, en ellos ha debido tratar de tipificarse la extorsión y no la concusión y, concluye que "si a pesar de ellos fueron redactados para ese presunto delito tampoco se formularon correctamente y se incurrió en la causal de nulidad expresamente prevista en el numeral sexto del artículo 441 del C. de J. P. M. por no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código"; y, finalmente, el sexto: sin invocar ninguna causal de casación, pide que no se condene a su poderdante a la pérdida de la asignación de retiro y que se estudie su libertad porque "tienen derecho a la libertad condicional y a los beneficios otorgados por la ley 40 de 1968, sobre reajuste de penas".

b) El apoderado del agente Rodríguez Jara dice formular dos cargos contra la sentencia de segunda instancia: El primero, "por la causal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por ser violatoria de la ley sustancial, concretamente de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional (sic) 1º del Código Penal 1º del Código de procedimiento penal, el artículo 13, el 284 y 229 del decreto 250 de 1958, por aplicación indebida del artículo 156 del Código Penal"; y, el segundo cargo "por la causal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964 por haber sido dictada —(la sentencia)— en un juicio viciado, consistente la nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 441 del decreto 250 de 1958", porque se convocó consejo de guerra por concusión y no por extorsión como, en su concepto, ha debido hacerse.

Concepto del Ministerio Público:

Luégo de un detallado estudio, concluye el Ministerio Público solicitando que no se invalide la sentencia en cuestión porque no han sido "demostrados los cargos contenidos en las demandas presentadas por los apoderados de los condenados Carlos Julio Mora Zea y Felipe Rodríguez Jara, con apoyo en las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 56 del Decreto-ley 528 de 1964".

Se hará la debida referencia a los principales apartes del concepto del Ministerio Público, cuando se entre a la consideración de las alegaciones de los apoderados demandantes, las cuales empezarán por la de quien atiende los intereses del Sargento Mora y, dentro de esta demanda, por las relativas a nulidades, para finalizar con la del apoderado del agente Rodríguez.

Primera Demanda:

Primer cargo: Ya se ha indicado la causal invocada, el concepto de la violación y las disposiciones que se dicen quebrantadas. Para fundamentarla manifiesta que se han violado los artículos 54 y 52 del Código de Procedimiento Penal, puesto que la sentencia de segunda instancia se limitó a reformar la de primera en sus puntos 1º, 2º y 4º, a aumentar la sanción impuesta y también a confirmar solamente que se prosiguiera una investigación penal aduanera a cargo de Ligia López y José Lubín Saldaña, lo cual ha debido, según puede tratar de entenderse al demandante, haberse cumplido dentro de este proceso. Ello implica la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por inobservancia de las formas propias del juicio, ya que el artículo 314 del Código de Justicia Penal Militar también consagra el principio de que "los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

La Corte Considera:

En realidad parece que por parte de Ligia López y de José Lubín Saldaña pudo haberse incurrido en el delito de contrabando. Y, precisamente, en atención a esa posibilidad,

en el punto "séptimo" de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia (fl. 272), el cual fue confirmado por la de segunda, se ordenó tomar las medidas pertinentes para que por la rama competente, la penal aduanera, se llevara a término la investigación requerida.

Dispone el Código Castrense: "La Ley Penal Militar Colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional (art. 7º, inciso 1º)".

El delito de contrabando no es un delito de carácter militar ni está comprendido dentro de las disposiciones del código de la materia. El artículo 307 señala quiénes están sometidos a la jurisdicción penal militar y con relación a quienes no son ni han sido militares, ni prisioneros de guerra ni espías, ni civiles que formen parte de las fuerzas armadas, dice en su ordinal 6º: "Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos". Entonces, si el delito de contrabando no está previsto como tal en el Código de Justicia Penal Militar, mal podría un particular ser juzgado por los procedimientos de la justicia castrense por un presunto delito que no esté específicamente previsto para él en el Código de la materia.

Así, la Justicia Castrense cumplió de manera suficiente con su deber al ordenar se tomaran las medidas pertinentes para que la Aduanera llevara a término la investigación que a ésta le correspondía.

Luego la Corte habrá de desechar el recurso en cuanto hace relación al primer cargo, por las razones que vienen de darse.

Cargos segundo y tercero: También se fundamentan en la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, aduciendo que la sentencia impugnada se dictó en juicio viciado de nulidad constitucional.

Para fundamentarlos cita una jurisprudencia de la Corte sobre el "ejercicio efecti-

vo del derecho de defensa" bien llevada a término por el inculpado, bien por un abogado, jurisprudencia que, en verdad, no viene al caso sometido a estudio y, continúa: "Como se prueba en este expediente una sentencia que condena a dos miembros de la Policía, como reos indefensos que impetran los recursos se declarará la nulidad (sic) y no se repone, es una indefensión que proviene originada inclusive de los mismos órganos (sic) encargados de la misma administración de Justicia. Más aún aquí no podría ir a alegarse y esto parodiando las mismas doctrinas de la Corte, de que en este proceso las partes hayan descuidado su derecho de intervenir en instrucción y concurso en el desarrollo del juicio que se ha negado un derecho (sic)". A continuación se refiere al delito provocado y para éllo transcribe parte de una alegación presentada anteriormente por el defensor del Agente Rodríguez.

En su llamado tercer cargo insiste en que se violaron los derechos fundamentales de defensa por no cumplimiento del artículo 52 del Decreto 1358 de 1964, en cuanto ordena traslado al Ministerio Público de la solicitud de revocatoria del auto de detención.

La Corte considera:

No encuentra la Corporación que lo anotado por el demandante en estos cargos constituya una nulidad de carácter constitucional que lleve a la invalidación de la providencia recurrida en casación. Unas son las nulidades que afectan totalmente la actuación procesal y otras, perfectamente distintas, las que hacen relación a parte de ellas o a una sola pieza. La nulidad decretada dentro de estas diligencias y a la cual se refiere el impugnante en el cargo que se viene considerando, hacia relación a la carencia de concepto del Ministerio Público para decidir acerca de la solicitud de reposición del auto de detención. De manera que ella solo podía afectar esa exacta y precisa etapa procesal, a la cual en definitiva no se llegó porque al expediente se le fue dando, con su debida oportunidad, la tramitación que se imponía. Pero, se repite, esa nulidad no afectaba ni tenía porque afectar la convocatoria de Consejo de Guerra

Verbal ni al Consejo en sí mismo con todas sus consecuencias. Se refería a un aspecto adjetivo y no sustancial con relación al desenvolvimiento posterior de las diligencias. No se ve acá cómo pudo ser afectado el derecho de defensa de los sindicados, no se ve que se haya afectado la plenitud de las formas propias del juicio amparadas por el artículo 26 de la Constitución. Las formas propias del juicio fueron cumplidas en su integridad y la nulidad que fue decretada por el Tribunal Superior Militar no hacía relación a la etapa correspondiente a la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal ni a la tramitación posterior. La ausencia u omisión del concepto del Ministerio Público para el estudio sobre revocatoria del auto de detención, no se ve de qué manera puede afectar los intereses de la defensa del procesado o los de la sociedad en las etapas posteriores del juicio, menos cuando aquél ha tomado parte tan activa en él.

No se ve, pues, el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución por este aspecto. Y, además, lo alegado por el recurrente no está erigido como causal de nulidad por el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, la Corte habrá de desecharse el recurso en cuanto hace relación al segundo cargo, por las razones que vienen de exponerse.

Cuarto cargo. (quinto de la demanda): Debido a la manera confusa como está planteado, se transcribe en su integridad. Dice:

"Quinto Cargo.—Formulo este cargo en forma idéntica a los cargos primero, segundo, y tercero de esta demanda con la diferencia de que siendo la "Extorsión" como la concusión, delitos autónomos, y a la vez en consideración al sujeto activo que los cometa del imperio de la Justicia Ordinaria o de la Militar, y en los cuestionarios redactados no se determinó si se había hecho para obtener un provecho ilícito. "Ya que la ilicitud del provecho diferencia esta figura jurídica de otras similares que se encuentran en la ley penal".

“Aunque ya lo comparamos el delito de Concusión y el Delito de Extorsión en sus elementos es importante también analizar el texto legal del Art. 406 del Código Penal, el cual nos indica los elementos de esa infracción:

“Son estos:

“a) Un medio: el empleo de amenazas o violencias, la simulación de autoridad pública o la simulación de orden de la misma;

“b) Un Objeto Inmediato: obligar a la víctima a entregar/o poner a disposición del agente cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos;

“c) Un propósito: lograr para el agente o para un tercero un beneficio ilícito.

“Es un delito este de la Extorsión como el de la Concusión, contra la propiedad, lo que quiere decir que el bien tutelado es el derecho que tienen los ciudadanos a que su patrimonio no sufra merma injusta”.

“Implica el planteamiento de un dilema: o se accede a las pretensiones del agente o se afronta el riesgo de consecuencias graves”.

“La petición consiste en que se declare expresamente la nulidad por la grave anomalía de que al redactarse los cuestionarios, no se formuló con los elementos relativos a la Extorsión sino de un presunto delito de la Concusión y de que si a pesar de que ellos fueron redactados para ese presunto delito tampoco se formularon correctamente y se incurrió en la causal de nulidad expresamente prevista en el numeral sexto del Artículo 441 del C. de J. P. M. por no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código”.

La Corte considera:

En realidad no entiende la Corporación qué es lo que en este cargo se pretende plantear. Parece que se desea impugnar la

sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, nulidad consistente en un posible error en la denominación jurídica de la infracción.

De acuerdo con el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 “La demanda de casación debe... 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”.

Indudablemente, en cuanto hace relación a este cargo, la demanda no reúne los requisitos exigidos en ese artículo que viene de transcribirse puesto que, si bien por referencia a párrafos anteriores se trata de indicar indirectamente la causal que se aduce, no se ven en forma clara y precisa los fundamentos de ella ni se hace la menor cita concreta de las disposiciones sustanciales que el autor considera infringidas.

Sin necesidad de pasar a otras consideraciones, la razón anterior es más que suficiente para que la Corte, con apoyo en el artículo 65 del mismo Decreto ya citado, no acceda a casar la sentencia recurrida con fundamento en este pretendido quinto cargo de la demanda.

Quinto cargo (cuarto de la demanda): Dice el demandante en su propio estilo:

“Acuso la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior Militar, sentencia a que se refiere la presente demanda por la causal segunda del Artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.

“La síntesis del cargo anterior, es el siguiente:

“Teniendo el Jurado que definir de acuerdo a los cuestionarios que le son sometidos

a su consideración, las dos cuestiones primordiales de que habla la doctrina, o sea la materialidad del hecho y responsabilidad del autor del mismo tenemos que se sometieron a consideración los siguientes, los cuales como determinaré adelante, los fundamentos del presente cargo y tales cuestionarios lo fueron, por el presunto delito de concusión, en concordancia con la Resolución N° 013 de octubre 14 de 1968, ellos son contradictorios y para ello veamos el esquema de argumentación siguiente:

“El primer Cuestionario.

“El sindicato Sargento 2º de la Policía Nacional, Carlos Julio Mora Zea en servicio activo, es responsable, sí o no, de haber abusado de su cargo y de sus funciones, al constreñir e inducir a la señora Lilia López a dar y entregar a un tercero que iba a su nombre una suma determinada de dinero en efectivo, hechos ocurridos con ocasión del servicio, durante los días 11, 12 y 13 de Septiembre de 1968, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que nos dan cuenta las diligencias?”

“Como bien se observa, este cuestionario fue redactado en forma por demás defectuosa, ya que no se especificaron los elementos constitutivos de la infracción investigada, ya que tenemos que determinar en sí sus elementos constitutivos, sin darle la denominación jurídica y por ello debemos destacar los siguientes puntos, tomando como base previamente la consideración legal, de que estos cuestionarios, en el procedimiento del Consejo de Guerra, equivalen al auto de llamamiento a juicio del procedimiento ordinario.

“Como vemos el art. 559 del decreto 250 de 1958, exige la especificación de los elementos que constituyen la infracción y las circunstancias en que se cometió se repite, sin darle la denominación jurídica, pero como el juzgamiento puede ser como delito intencional y voluntario de un hecho que no pudo ser delito por imposibilidad jurídica, ello puede generar como genera una nulidad supreconstitucional...”. (sic).

Luego de presentar una comparación entre el artículo 229 del Código de Justicia Penal Militar y el 156 del Código Penal, para concluir que “en este caso en estudio no caben “otras disquisiciones acerca de si el delito es militar o no es militar” y la aplicación de la ley común en lugar de la militar también lleva aparejada una nulidad que la Honorable Corte Suprema de Justicia no puede dejar desapercibida en razón de su propio carácter”.

La Corte considera:

Con relación a este cargo, el Procurador Delegado para la Policía Nacional expone:

“La causal invocada en este cargo, contempla dos aspectos diferentes. El primero relativo a la discordancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder y, el segundo al desacuerdo entre la sentencia con el veredicto del jurado.

“De la intrincada redacción empleada por el demandante, no se encuentra en la sustentación del cargo que se ataque la sentencia por uno cualquiera de los aspectos que contempla la causal invocada. En efecto, no existe argumentación alguna tendiente a demostrar que la sentencia acusada no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, que en este caso lo serían los cuestionarios. Tampoco para demostrar el desacuerdo entre aquella y el veredicto de los vocales.

“En cambio, todo parece indicarlo, se pretende una nulidad por incompetencia, ya que se dice que la Justicia Penal Militar carecía de aquella para conocer del delito de concusión. Para apoyar esa tesis, el señor apoderado afirma que la Justicia Penal Militar únicamente puede conocer de los delitos definidos y sancionados en el Estatuto Penal Castrense y no de aquéllos que consagra el Código Penal Ordinario.

“Conclusión.—Como la demanda no demuestra la existencia de ninguno de los aspectos a los que se refiere la causal 2ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, como motivos para invalidar la actuación, debe desecharse la acusación.”

Nada tiene que agregar la Corporación al razonamiento del colaborador porque encuentra que sus razones son pertinentes al fin solicitado, por lo cual también habrá de desecharse el recurso en cuanto hace relación al cuarto cargo de la demanda del cual se viene de hacer mérito.

Sexto cargo: Como se dijo en lo pertinente a la presentación de las demandas de casación, "el sexto: sin invocar ninguna causal de casación, pide que no se condene a su poderdante a la pérdida de la asignación de retiro y que se estudie su libertad porque "tiene derecho a la libertad condicional y a los beneficios otorgados por la ley 40 de 1968, sobre reajuste de penas".

Consideraciones de la Corte:

Como en este cargo no se expresa ninguna causal para pedir la infirmación del fallo, la Corte, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 63 y 65 del Decreto 528 de 1964, no habrá de acceder a la petición contenida en él.

Por otra parte, una vez más quiere poner de manifiesto que el otorgamiento de la condena condicional así como también el de la libertad de la misma índole, escapan a la esfera de su competencia porque es al juez del conocimiento y no por la Corte como Tribunal de Casación, a quien corresponde decidir acerca de tales pedimentos, según ya está dicho dentro de estas mismas diligencias en anteriores autos de la Corporación.

Segunda demanda: Es la presentada por el apoderado del sentenciado Felipe Rodríguez Jara. Los cargos que plantea se considerarán en orden inverso a la manera como los propone, pues el que en ella aparece como segundo hace relación a la enunciación de una nulidad.

Primero: Dice el demandante: "Segundo Cargo.—Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior Militar por la causal 4ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964 por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, consistente la nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 441 del

decreto 250 de 1958, nulidad que se presentó desde la resolución N° 013 de 1968 que convoca al consejo de guerra por el delito de concusión tipificado en el artículo 156 del Código Penal y no por el delito de extorsión tipificado en el artículo 229 del decreto 250 de 1958, como ha debido hacerlo".

La Corte considera:

Es suficiente recordar que el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 exige no solo expresar la causal de casación que se aduzca para solicitar la infirmación del fallo, sino que también se indiquen en forma clara y precisa los argumentos de ella y se citen las normas sustanciales que el recurrente estima infringidas.

Pero la lectura íntegra del llamado "Segundo Cargo", que corresponde a lo que viene de transcribirse, hace resaltar, sin necesidad de más consideraciones, que si lo que se plantea es el error en la denominación jurídica de la infracción, como generador de nulidad, no se hizo el más mínimo esfuerzo tendiente a fundamentar la causal invocada, ni a demostrar por qué se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción ni a presentar de manera clara y precisa la argumentación a ese fin atinente.

Entonces, no habiéndose expuesto los fundamentos exigidos por el artículo 63 del Decreto 528 tantas veces citado, la Corte tampoco podrá invalidar la sentencia con fundamento en este cargo.

Segundo: Expone el recurrente: "Primer Cargo.

"Causales que se aducen para pedir la infirmación del fallo.

"Primer Cargo.—Resumen de la causal. Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior Militar a que se refiere esta demanda, por la causal 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964 por ser violatoria de ley sustancial, concretamente de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal 1º del Código de Procedimien-

to Penal, el artículo 13, el 284 y 229 del decreto 250 de 1958, por aplicación indebida del artículo 156 del Código Penal.

“El artículo 13 del decreto 250 de 1958 en armonía con el artículo 284 del mismo código establece que se aplicará la ley penal militar a los miembros de las fuerzas de policía quienes serán responsables penalmente cuando ejecuten cualquiera de las infracciones previstas en dicho Código Penal Militar. El artículo 229 tipifica el delito de extorsión, que no es otro el calificativo que tiene la conducta que se investigó y se juzgó en el proceso penal a que se refiere esta demanda. La sentencia ha debido calificar el hecho como extorsión tipificada en el artículo 229 en el Código de Justicia Penal Militar y no como concusión tipificada en el artículo 156 del Código Penal. El argumento dado en la sentencia acusada (folio 365 del cuaderno principal), de que la extorsión militar requiere entre sus elementos indispensables que se estén adelantando actividades de índole militar, relativas a la guerra, al conflicto armado o al restablecimiento del orden público turbado no es valedero para descartar la figura de extorsión en el caso juzgado debido a que precisamente por haberse cometido en estado de sitio el hecho, se entiende que toda actividad adelantada por las fuerzas armadas o fuerzas de policía, está encaminada al restablecimiento del orden público.”

La Corte considera:

Acusa la sentencia con fundamento en la causal que invoca “por ser violatoria de la ley sustancial, concretamente de los artículos 23 y 26 de la constitución (sic) nacional, 1º del Código Penal, 1º del Código de Procedimiento Penal, el artículo 13, el 284 y 229 del Decreto 250 de 1958, por aplicación indebida del artículo 156 del Código Penal”.

En verdad es difícil desentrañar qué es lo que quiere el demandante decir en este cargo y cuáles son los que concretamente formula contra la sentencia recurrida con fundamento en la causal citada.

Parece que lo que pretende es aducir el error en la denominación jurídica de la infracción, que lo planteó en el segundo cargo como acaba de verse. Entonces, acá también cabe comentar: Que si se alega nulidad con fundamento en ese error, entonces, como lo observa el Procurador Delegado para la Policía Nacional, esa “es nulidad de carácter legal y no supralegal como lo pretende el demandante, al decir que se violaron los artículos 23 y 26 de la Constitución”.

Además, no se adujo ningún argumento, ningún razonamiento serio y valedero para fundamentar tal causal. No existe el análisis que lleve a la convicción de que ha debido tomarse como tipificado el delito de extorsión y no el de concusión ni existe tampoco presentada y fundamentada la manera como ocurrió, en consecuencia, la aplicación indebida que el recurrente invoca. Lo cual lleva a concluir que la demanda no se ajusta a los requisitos que exige el artículo 63 del Decreto 528 para esta clase de libelos.

Finalmente, como lo anota el Ministerio Público, “para demostrar la inhabilidad del cargo, para hacerlo aún más inidóneo, debe expresarse que en aquellos juicios en los que intervino el jurado de conciencia —en este caso los vocales del Consejo de Guerra Verbal— no es posible invocar la causal 1ª cuando para atenderla es necesario hacer un nuevo análisis del acervo que sirvió de base a los jueces de conciencia para pronunciarse sobre la responsabilidad. Ese punto de vista ha venido siendo sostenido por la H. Corte Suprema desde muchos años atrás, sobre la base de que la reapertura del debate sobre el valor de la prueba implicaría el desconocimiento de la autonomía o fuero de que goza el jurado para apreciar en su más íntima convicción los elementos de juicio que constituyen el complejo determinante de la responsabilidad penal.”

Por lo expuesto, la Corte habrá de desechar el recurso en cuanto hace relación al cargo que acaba de estudiarse.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— ad-

ministrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA los recursos de casación interpuestos por los apoderados del Sargento 2º Carlos Julio Mora Zea y del Agente de la Policía Nacional Félix Rodríguez Jara, contra la sentencia fechada el 5 de diciembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior Militar dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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.

PIRATERIA AEREA

Cuando con base en la causal cuarta de casación se hacen varios cargos y en uno de ellos se alega la nulidad del proceso y en otro la nulidad de una actuación, ha de estudiarse con prioridad el cargo que contempla una nulidad más amplia. En los Consejos de Guerra Verbales, en los cuestionarios no se hace una calificación jurídica de los hechos como en el auto de proceder. El Código Penal no contempla el hecho de hacer cambiar el itinerario ordinario de vuelo de un avión comercial y obligar mediante amenazas a la tripulación, a cambiar el rumbo de la nave para llevarla a un lugar diferente al de su destino, como delito de "piratería aérea", pero si contempla esa actividad como el delito de secuestro de personas, en conexidad con el de robo de uso. En los delitos de robo y de hurto, el "animus lucrandi" va implícito en la sustracción. Hurto de uso y robo de uso. El delito de abuso de uso en la ley penal colombiana. De la contravención de uso de la cosa mueble ajena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Penal.—
Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

(Acta N° 37 de 1970).

V i s t o s :

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 15 de octubre de 1969, por la cual les fue impuesta a los particulares Sami Salim Husein Awadallah, Aristides Villalobos Rico y Jairo Enrique Ortiz Acosta, la pena principal de doce (12) años de presidio, como responsables del supuesto delito de piratería aérea.

Conoció en primera instancia el Comando de la Segunda Brigada del Ejército, con sede en Barranquilla, y el fallo del Consejo de Guerra Verbal está fechado el cinco de abril de mil novecientos sesenta y ocho.

H e c h o s :

De conformidad con el informativo, se tiene que el día cinco de marzo de mil novecientos sesenta y ocho los recurrentes, Sami Husein Awadallah, Jairo Enrique Ortiz Acosta y Aristides Villalobos, luego de arribar a la nave aérea de la empresa "Avianca" distinguida con la nomenclatura HK-136 en Riohacha y cuando hacía el vuelo hacia Santa Marta, mediante amenaza a mano armada obligaron al piloto, capitán Pedro Viles Pugliese, a cambiar el rumbo para tomar la ruta de Santiago de Cuba, a donde llegaron más tarde.

Además de los procesados de que se hizo mención, viajaron a Santiago de Cuba y regresaron posteriormente a Barranquilla —con la excepción de aquéllos— las siguientes personas:

Consuelo de Abuchaibe, Eliseo de la Hoz, Rafael Iguarán, Cielo Nieto, José Piña, Mario Rincón, Eduardo Abuchaibe, Abraham Sibulquebe, José Sibulquebe, Josefina de Sibulquebe, José Sibulquebe (hijo), Luis Tabora, Enrique Coronado, Leonor Cortés, Ramón Hoyos, Régulo Lemos, Lorenzo León, Carlos Miranda, Leonardo Pedroza, Gladys Brito, Omaira Roa, Divina de Rojas, Teófilo Rojas, Osiris Romero, Daniel Toro, Emilio Urrea, Pedro Viles Pugliese (piloto), Alfonso Ramírez (copiloto), Margarita Noguera (auxiliar de vuelo), Héctor Botero (auxiliar de vuelo), Marcial Patiño, Gladys Flórez de Patiño y cuatro niños de brazos.

Desarrollo del Proceso.

Perfeccionada la averiguación, el Comando de la Segunda Brigada del Ejército, con sede en Barranquilla, profirió la Resolución de 29 de marzo de 1968, por la cual convoca el Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los nombrados Sami Salim Hussein Awadallah, Aristides Villalobos Rico y Jairo Enrique Ortiz Acosta, en la cual se dice:

“... Resuelve: 1º, Convocar un Consejo de Guerra Verbal en esta Guarnición para que por el procedimiento establecido en el Libro IV, Título VI, Capítulo II del Código de Justicia Penal Militar, juzgue a los particulares Sami Salim Hussein Awadallah, Aristides Villalobos Rico y Jairo Enrique Ortiz Acosta, reos ausentes, sindicados del delito de piratería, definido y sancionado en el Libro II, Título I, Capítulo V del mismo Código, conforme a hechos ocurridos en la ruta de Ríohacha a Santa Marta, durante el vuelo 653 de la aeronave HK-136 de la empresa ‘Avianca’, el día cinco (5) de marzo de mil novecientos sesenta y ocho (1968)...”

Durante la audiencia fue propuesto para los tres acusados el siguiente cuestionario: “... es responsable, sí o nó, de haber tomado parte con otros en la ejecución del

hecho de apoderarse a mano armada de la aeronave HK-136 de la empresa ‘Avianca’, hecho acaecido en la ruta de Ríohacha a Santa Marta, durante el vuelo 653, el día 5 de marzo de 1968?”

Los Vocales respondieron afirmativamente y con apoyo en ese veredicto y el cargo de piratería señalado en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, el Presidente de éste señaló para cada uno de los procesados la pena principal de doce (12) años de presidio, “como responsables del delito de piratería aérea, contemplado en el Capítulo V, Título I, Libro Segundo del Código de Justicia Penal Militar, en la modalidad del ordinal 5º del artículo 116...”

El Tribunal Superior Militar confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia, mediante la sentencia objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación.

El Fiscal 1º del Tribunal Superior Militar propone los siguientes cargos contra la sentencia:

A. - Causal Cuarta:

Dice el demandante que en el fallo impugnado aparece:

1º—Que fue proferido en un juicio viciado de nulidad desde cuando el negocio entró para sentencia de segunda instancia, pues para esa fecha había cesado la competencia de la justicia penal militar señalada en el Decreto 1290 de 1965, pues al ser levantado el estado de sitio mediante el Decreto 3070 de 16 de diciembre de 1968 dejó de regir aquel estatuto.

2º—Que el proceso es nulo tanto en la segunda instancia como en la primera, pues al quebrantarse “los presupuestos procesales y doctrinarios aplicables al caso, se quedaron sin tomar en cuenta normas reguladoras del juicio y se incurrió en violación del artículo 26 de la Carta Fundamental, generándose, así, nulidad constitucional que acarrea un juicio viciado”, por lo cual

pide que, "conforme a lo consagrado en el numeral 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, la H. Corte declare en qué estado queda el proceso...".

Afirma, a este respecto, que a los procesados se les acusó, al ser convocado el Consejo de Guerra Verbal, por un delito no previsto en la ley penal, el de "piratería aérea", y que por esta supuesta infracción se les condenó.

Observa que los sindicatos "cometieron un hecho considerado como un atentado contra la propiedad, ejerciendo violencia contra las personas y al cual alude el artículo 405 (sic) del Código Penal colombiano, y, asimismo, incurrieron en hechos conexos que bien podían ser juzgables por la Justicia Penal Militar, hallándose turbado el orden público, en virtud de lo establecido en el Decreto 1290 de 1965, cuya vigencia expiró el 16 de diciembre de 1968, cuando fue levantado el estado de sitio, disposición que atribuía a la justicia castrense el conocimiento de ciertos delitos comunes conexos con el de secuestro".

B. - Causal Primera.

Expresa el actor que el fallo impugnado es violatorio de la ley sustancial por aplicación indebida o por interpretación errónea de la misma.

Para sustentar el cargo, dice:

"El legislador, al incluir como causal de piratería lo consagrado en el numeral 5º del artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar, se refería a aeronaves militares y al transporte aéreo militar en general o lo hacía también al transporte comercial aéreo?".

"El artículo 30 del Código Civil dispone que 'el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre ellas toda la debida correspondencia y armonía.

"Existe armonía en las normas comentadas al pretender ampliar su ámbito de acción a campos completamente diferentes a los tratados en la legislación penal militar?".

"Teniendo en cuenta lo considerado, aprecio que hay errónea interpretación o indebida aplicación de la ley, pues se dejó de dar cumplimiento a disposiciones consagradas en el Código Penal común, para invocar, en cambio, normas cuyo ámbito es más restringido para casos especiales contemplados teniendo en cuenta la calidad de las personas.

"Se plantea un ilícito típicamente militar, cuando en realidad ello no es cierto, contrariando así lo procesalmente acreditado y creando ficciones legales que van contra la correcta aplicación de la justicia.

"Lo indicado en el caso sub-judice es estimar a los sindicatos como autores de hechos conexos contemplados en el Código Penal común, en su Libro Segundo, Título XI y Título XVI, o sea contra la libertad individual y otras garantías y contra la propiedad, cuyos elementos constitutivos se hallan debidamente especificados.

"En consecuencia, debe tenerse presente que en la aplicación de la ley, que hizo el Tribunal Superior Militar, incurrió en error por violación a la misma, ya que según lo acreditado procesalmente, la disposición sustantiva aplicable no fue la apropiada...".

Aclara el actor que este motivo de casación lo propone "en forma subsidiaria a la anterior causal".

Prelación en el Estudio de los Cargos.

No solamente porque así lo indica el demandante, sino también porque lo atinente a la validez del procedimiento debe ser examinado de manera previa a otros cargos que se propongan a través de causales de casación distintas de la cuarta, la Corte entra a ocuparse, primero, de las tachas que se hacen con invocación de ésta.

Así lo ha indicado la Corte de manera reiterada, a saber:

"Cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la cuarta del artículo 567 del C. de Procedimiento Penal..." (hoy numeral cuarto del artículo

56 del Decreto 528 de 1964)...” ésta debe estudiarse en primer término, porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras” (Cas. de 12 de noviembre de 1956, G. J. t. LXXXV, pág. 416; de 16 de diciembre de 1957, G. J. t. LXXXVI, pág. 686; de 9 de septiembre de 1959, G. J. t. XCI, pág. 586, entre otras).

De otra parte, se tiene que el actor, con invocación de la causal cuarta de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, señala dos cargos, relacionados, el primero, con la falta de competencia del Tribunal Superior Militar para conocer en la segunda instancia, concretamente para proferir el fallo acusado, y el segundo, atinente a la nulidad total del trámite de segunda instancia y del llevado a cabo en la primera, desde el auto de 28 de marzo de 1968 por el cual el funcionario de instrucción castrense ordenó el envío del proceso “por el delito de piratería... al Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla”, cargo que el actor apoya en la infracción de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Y frente a estas dos tachas, es obvio que la Corte debe darle prelación al estudio del segundo cargo, porque, de prosperar por resultar demostrado, la invalidez del proceso no solamente comprendería la única pieza del negocio (la sentencia acusada) que sería nula conforme al primer cargo, sino todo el trámite de la segunda instancia y el que se cumplió en la primera desde el proveído de que ya se hizo mención.

En fin, porque de aparecer comprobados uno y otro cargo y encontrarse, en consecuencia, que la sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad, la parte del proceso, cuya enmienda habría de ordenar la Corte conforme al primer cargo, queda comprendida en la que, con mucha mayor amplitud, correspondería a la Corte disponer por razón de la segunda tacha aducida.

Causal Cuarta de Casación.

Segundo cargo: Nulidad Constitucional.

Encuentra la Corte probado este cargo.

En efecto:

1). Dispone el artículo 26 de la Carta, cuya infracción señala el demandante, lo que pasa a transcribirse:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Refiriéndose a las garantías que este precepto superior consagra, dijo la Corte en sentencia de 27 de febrero del corriente año:

“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 tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o acoger lo permisivo cuando corresponde...”.

En este caso, el actor se ha ceñido a la técnica antes indicada, pues al señalar el cargo puntualiza qué nulidad constitucional se tiene, por inobservancia de las formas del juicio que resguardan intereses fundamentales de la parte procesada, como que en este caso se ha desconocido la regla jurídica según la cual la sanción debe apoyarse en una conducta previamente definida en la ley como infracción punible: “Nullum crimen, nulla poena sine lege”.

La tacha propuesta no puede ser tomada como una de aquellas otras informalidades del procedimiento carentes de daño a esos intereses básicos del Estado o de los sujetos vinculados a la relación procesal, sino que, como se dejó observado, tiene el alcance de ese tipo de nulidad supralegal.

Es el caso de anotar, a este respecto, lo que también expresa la Corte en fallo de ocho de mayo último:

“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 esencia-

les 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”.

Y en esa misma providencia, al hacer la Corte la reseña de los defectos de trámite de los juicios, que por su manifiesta infracción al artículo 26 de la Carta alcanzan a constituir esa nulidad de carácter superior, se citan, entre otros, “la denominación antibiológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y de 23 de enero de 1969)...” y... “la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (fallos de 28 de julio de 1944, de 10 de noviembre de 1955 y de 12 de noviembre de 1956, entre otros)...”.

2). Es cierto que en el procedimiento de los Consejos de Guerra verbales no se hace una calificación jurídica de los hechos averiguados en la oportunidad y forma con que se lleva a cabo en el procedimiento penal ordinario, mediante el auto de proceder. Pero tanto en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra verbal, que dan pie a los cuestionarios, como en la sentencia —cuando es condenatoria— se debe encuadrar la conducta del acusado al hecho descrito como tipo en la respectiva disposición penal, pues la sanción que se imponga debe corresponder a un hecho previamente definido en la ley como infracción punible.

Y la calificación que se dio en este asunto a los hechos fue errada, pues ellos no corresponden a la supuesta “piratería aérea” que se menciona en la Resolución por la cual fue convocado el Consejo de Guerra Verbal y en la sentencia.

Recientemente dijo la Corte, al resolver la colisión de competencias planteada en un proceso por iguales hechos entre el Juzgado 17 del Circuito Penal de Bogotá y el Comando de la Brigada de Institutos Militares, lo que pasa a transcribirse del proveído de 27 de julio del año en curso:

"1. En torno a la naturaleza de los bienes afectados por el delito de piratería, a la composición estructural del mismo, a las jurisdicciones encargadas de reprimirlo y al lugar en que debe ser incorporado a los códigos, se ha controvertido largamente, sin precisar ningún acuerdo que comprometa a los Estados. Los expositores, aisladamente o en reuniones de estudio, admiten que se trata de un 'crimen internacional', pero todavía no se han instituido normas que refrenden políticamente esa denominación y que señalen las penas para sus autores. Las descripciones típicas, inspiradas en el derecho de gentes, deben ser realizadas por cada Estado, con lo cual aumenta la confusión, ya que las actividades consiguientes, cualesquiera que sean sus definiciones internas, tienen consecuencias internacionales.

"Los medios modernos de intercomunicación y su multiplicidad en todas las esferas, lejos de facilitar el común entendimiento y la resolución efectiva del problema, lo han complicado enormemente, de manera que no ha desaparecido el interés penológico por la piratería, como sostienen quienes incluyen la infracción entre las tocadas de decrepitud histórica; más aún, se acentúa la necesidad de reexaminarla y definirla en la única escala capaz de aportar tratamientos adecuados: la internacional.

"Entre todos los matices surgidos de ellas, dos tendencias fundamentales se reconocen en el estudio de esta materia: la primera, plasmada inequívocamente por el pensamiento y la acción alemanas, enfoca la piratería como circunstancia agravante del robo, porque se comete en el mar; la segunda, más recomendada por el pragmatismo inglés, caracteriza el delito por el hecho de que la embarcación carezca de bandera, matrícula y demás exigencias creadas por los usos marítimos, independientemente de

las empresas proyectadas por sus tripulantes. Como síntesis de estos antagonismos, confusiones y reservas, queda en limpio que la lucha contra los piratas se despliega en dos campos: el supranacional, sometido a los tratados públicos, y el territorial, disciplinado por las leyes de cada país. Pero aún en su configuración local, subsisten las contrariedades. Algunos códigos, verbigracia el argentino, la clasifica como atentado contra la seguridad pública. Otros, el de Colombia entre ellos, participando de conceptos prevalentes, la incluyen entre las que comprometen la existencia y seguridad del Estado.

"Sin embargo, el problema no es de simple clasificación, pues deriva del contenido mismo de los tipos, que ahora resultan estrechos, desbordados por la realidad, defecto común determinante de inquietudes supranacionales tendientes a corregirlo. El desarrollo objetivo de los pueblos supera siempre la previsión estatutaria. Los códigos, particularmente el represor, han de sufrir las consecuencias de ese desajuste, pues su naturaleza preceptiva de la conducta social y moral del hombre impide que las figuras antijurídicas se construyan con la versatilidad y expedición de las decisiones administrativas. De allí el que con marcada ligereza se diga que la piratería es un delito anacrónico, cuando lo cierto es que ha tomado nueva sustancia y rumbos desconcertantes y que es la ley de donde proviene la incapacidad para oponérsele con la energía que merece su intrépida reiteración.

"2. Esta debilidad se comprueba leyendo el artículo 136 de nuestro Código, redactado así:

'Cometen el delito de piratería y quedarán sujetos a la pena de cinco a quince años de presidio:

1º Los que en el mar o en los ríos de la República apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo.

2º Los que yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella, ya sea para sa-

quearla, para destinarla a la piratería o para entregarla a un pirata.

‘3º Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, salgan a corsoear sin carta de contramarca o patente de corso de alguna de ellas, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Las disposiciones de este inciso se aplicarán igualmente a las aeronaves.

‘4º El que por cuenta propia o ajena equipe un buque destinado a la piratería.

‘5º El que comercie o trafique con piratas o les suministre auxilio.

‘3. Salvo algunas modificaciones, el artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1958) está concebido en los mismos términos del que acaba de transcribirse. En efecto, en los tres primeros ordinales del artículo 116, con el cual se inicia el Capítulo V, Título I, Libro Segundo del estatuto castrense, sólo existe la modificación consistente en designar el sujeto activo del delito con el artículo determinado ‘el’, seguido del pronombre relativo ‘que’, en vez de la forma plural ‘los que...’. De otro lado, se reunieron en un solo cuerpo los ordinales 4º y 5º del artículo 136, pero sin alterar su contenido. Y finalmente, se agregó, como ordinal 5º, la siguiente figura: ‘El que se apodere a mano armada de alguna aeronave o haga violencia en las personas que se hallen a bordo o subrepticamente se apodere de ella para destinarla a la piratería’.

‘4. No hay que convocar ideas especiales para descubrir las ostensibles deficiencias de los textos transcritos, pues en parte alguna incluyen, como actividad específica de los piratas, el desvío de una aeronave y los medios intimidativos empleados para separarla de la ruta y destinación señaladas en sus itinerarios. Si mencionan esta clase de transportes es para sancionar su empleo en guerra exterior y su apoderamiento para dedicarlos a la piratería. Cuando no se presenta tal situación ni existe dicho propósito, los actos ejecutados no pueden encuadrarse

en esta denominación por ausencia de tipo.

“

‘5. Es evidente que los hechos hasta ahora investigados, no se adecúan a ninguna de las hipótesis contempladas en los cinco ordinales del transcrito artículo 136 del Código Penal, entre otras razones, porque todas ellas se refieren a conductas relacionadas con embarcaciones o buques, salvo los supuestos a que se contraen los ordinales 3º y 5º. Resulta asimismo claro que tampoco es subsumible en ninguna de las hipótesis descritas en el ordinal 5º del artículo 116 del Código de Justicia Penal Militar la conducta de los sujetos que mediante amenazas a la tripulación obtuvieron que el Jet HK-1403 de la empresa Avianca abandonara la ruta programada y se dirigiera a Cuba el 20 de mayo de 1969, porque en todas ellas el delincuente persigue una finalidad común: la de destinar la nave a la piratería, factor sin el cual el delito se desintegra. Y nada muestra en el informativo, ni siquiera sugiere, que el propósito de los referidos sujetos, al desarrollar la conducta ya conocida, fuera la de destinar la aeronave a la piratería.

‘6. Ya se habrá observado, en cambio, frente al cuadro probatorio de que hasta el momento se dispone, que los hechos acreditados convocan los elementos estructurales del secuestro de personas, en concurso material.

‘Nuestro Código Penal reprime en los artículos 293 y 294, dos conductas criminosas que, no obstante hallarse colocadas dentro del mismo Capítulo como dos modalidades de secuestro que atentan contra la libertad individual, tienen una acusada diferencia específica, hasta el punto de que en la legislación italiana, por ejemplo, las figuras correspondientes se consideran de géneros distintos. Así, el hecho que acrimina el citado artículo 293 lo considera el Código Penal italiano en su artículo 630 como un delito contra el patrimonio, o, según la expresión de Maggiore, como un ‘secuestro de persona con fines de robo o de extorsión’, mientras que la conducta descrita en el artículo 294, coincidente con la reprimida por el artículo 605 del memorado estatuto ex-

tranjero, radica por modo esencial en poner materialmente a una persona en tales condiciones que no pueda usar la libertad de locomoción, sea totalmente o bien dentro de los límites señalados por el sujeto activo. Por ello han dicho los doctrinantes respecto de este último delito, conocido generalmente en el léxico jurídico penal como 'secuestro de persona', diferenciándolo del llamado 'secuestro de rescate', que el fin de su acriminación no es defender a alguien del aniquilamiento total de su libertad física, sino de las agresiones contra su libre facultad de movimiento.

"7. Sobre el tema expresaba la Corte en providencia de 7 de junio de 1968:

'La otra forma de secuestro, llamado también de rescate, implica la presencia de tales fines, o sea el dolo que nuestro código (art. 293) puntualiza con estas palabras: 'propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos', requerimiento que no es necesario para que se configure el 'secuestro de personas', pues precisamente en esto se diferencia del 'secuestro de rescate'.

"8. El secuestro se consuma en el instante en que se realiza la privación de la libertad personal, y los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cese la situación creada. Para que se estime perpetrado el delito no es indispensable el encerramiento, circunstancia que solo constituye uno de los medios posibles de comisión, pues el mismo efecto limitativo de la libertad ambulatoria se puede obtener, *verbi gratia*, mediante amenazas. Tampoco es necesaria la abducción de la víctima, y por ello ésta puede ser retenida en su propia casa de habitación, pues basta que se le prive de salir. Y nada importa que el local donde se retenga al sujeto pasivo permanezca con las puertas abiertas, si mediante alguna acción, física o moral, se le coarta efectivamente la salida. Cabe anotar, finalmente, que el delito subsiste aunque se permita el desplazamiento en el espacio. Así, la retención puede producirse en un vagón ferroviario, en

un automóvil, en un avión, e incluso puede consistir en conducir a la víctima, contra su voluntad, más allá del sitio adonde ésta quiere ir.

"9. No huelga advertir que los artículos 293 y 294 del Código Penal fueron reproducidos, respectivamente, por los artículos 13 y 14 de la Ley 16 de 1969, pero con modificaciones relativas a la calidad y a la cantidad de las penas. Ambas figuras se conminan con presidio, y por un lapso apreciablemente más dilatado del que fijaban las disposiciones anteriores: 5 a 10 años en la primera hipótesis, y 2 a 6 años en la segunda.

"10. Surge de las razones atrás consignadas la conclusión de que, excluido el delito de piratería y dada la fecha en que ocurrieron los hechos, la competencia para conocer del asunto corresponde a la justicia ordinaria... Al funcionario de instancia corresponde definir acerca de la concurrencia con los secuestros, de un delito contra la propiedad que se ha insinuado en los autos y cuya existencia o inexistencia no modifica el aspecto de la jurisdicción en concreto".

3. Pasa actualmente la República por una nueva situación de estado de sitio, pues mediante el Decreto 1128 de 19 de julio último se hizo tal declaración.

Y una de las medidas que se han tomado para restablecer el orden público es la de atribuir a la jurisdicción penal castrense el conocimiento del delito de secuestro, entre otras infracciones penales.

En efecto, en el Decreto 1133 de aquella misma fecha se dice:

"Artículo 1º. A partir de la fecha del presente Decreto y mientras subsista el estado de sitio, la jurisdicción penal militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocerá de las siguientes infracciones que se cometan dentro de su vigencia:

"

"d) Secuestro.

"

En este estatuto ya no se ordenó, como lo hizo el Decreto 1290 de 1965, cuya transcripción se hizo atrás, que "los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y de extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen...", sino que se atribuyó la competencia de la justicia penal castrense para conocer de estas infracciones y de otras más, pero cuando "se cometan dentro de su vigencia".

Lo anotado debe tomarse en cuenta para señalar la autoridad que debe conocer de este negocio, una vez señale la Corte el alcance de la nulidad del proceso, conforme al cargo que hace el demandante y que la Corte, como se dejó afirmado, encuentra probado.

4. Se indicó en el numeral dos de este fallo que tanto en la sentencia impugnada, como en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, se incurrió en error en la calificación de los hechos, pues ellos no configuran el supuesto delito de "piratería aérea".

Este error en cuestiones fundamentales del proceso condujo, como se dejó anotado, a que los sindicados fueran juzgados y condenados por un delito que no cometieron, con lo cual resultaron quebrantadas las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta, en el ámbito que señala el demandante.

Corresponde, entonces, señalar cuál es la calificación correcta que debe darse a los hechos investigados, atendido que el demandante expresa que ellos estructuran los delitos de secuestro y robo.

Pues bien:

I. - Secuestro de personas.

Reitera la Corte las razones dejadas en la providencia de 27 de julio último, y, en consecuencia, encuentra que los hechos de que dá razón el informativo configuran un delito múltiple de secuestro de personas, conforme a lo previsto en el artículo 294 del Código Penal, precepto que correspondería aplicar en caso de un fallo condenatorio por ser norma más favorable que la vigente (art. 14 de la Ley 16 de 1969).

Se dice en aquel artículo:

"Al que injustamente prive a otro de su libertad, fuera del caso previsto en el artículo anterior, se le impondrá prisión de seis meses a tres años".

Y se trata de esta hipótesis y no del llamado secuestro de rescate, porque en este asunto no se tiene ningún elemento de juicio que insinúe, siquiera, que los sindicados, al obligar a mano armada al piloto de la nave aérea HIK-136 de la empresa "Avianca" a desviar el rumbo de vuelo hacia Cuba, se hubieran propuesto obtener del secuestro de las demás personas que ocupaban el avión algún provecho o utilidad ilícitos.

II. - Delito de robo.

Se repite que el demandante afirma que, en su concepto, "se tiene que los acusados, al obligar a los pilotos de la nave a cambiar el rumbo y dirigirse a la isla de Cuba, cometieron un hecho considerado como un atentado contra la propiedad, ejerciendo violencia contra las personas y al cual se alude en el artículo 405 (sic) del Código Penal Colombiano...", en conexidad "con el delito de secuestro".

Sobre la ocurrencia de esta infracción se tiene lo que sigue:

a) Condiciones del cuerpo del delito.

El artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 trae la siguiente definición de robo, luego de modificar la que consignaba el artículo 402 del Código Penal:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años.

"La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad".

El precepto del Código Penal señalaba:

“El que por medio de violencia a las personas o a las cosas o por medio de amenazas, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar, con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de ocho meses a seis años.

“La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad”.

Como se observa, entre otras modificaciones, la Ley 4ª de 1943 dejó de aludir al “animus lucrandi”, contenido en la definición del artículo 402 del Código Penal en la frase “con el propósito de aprovecharse de ella”, la cual sí no fue olvidada por el legislador de 1943 al ocuparse de definir el delito de hurto en el artículo 1º de aquél estatuto, en el que expresa:

“Art. 1º (Ley 4ª de 1943): El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a seis años”.

Y el artículo 397 del Código Penal, modificado por la norma antes transcrita, rezaba:

“El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años”.

Entre otras materias, la Ley 4ª de 1943 buscó una mejor defensa de la industria ganadera; y a este respecto, además de incriminar especialmente algunas conductas lesivas de aquella actividad, elevó las penas de los delitos de hurto y de robo.

Ahora bien:

¿De acuerdo con el contenido del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, no es necesario el animus lucrandi en el delito de robo?

La respuesta positiva es obvia, porque aun cuando se haya prescindido de señalar

expresamente ese dolo específico de intención del agente “de aprovecharse” de la cosa objeto de la infracción, ese elemento típico subjetivo va implícito en la conducta que reprime el referido artículo 2º de la Ley 4ª de 1943.

Es nota característica en los delitos contra el patrimonio económico el propósito del delincuente de buscar un aprovechamiento ilegítimo, salvo contadas excepciones como el daño en bienes ajenos (arts. 426 y 427 del C. Penal) y el caso que sanciona el artículo 428 de la misma obra.

Si ese animus lucrandi no fuese condición indispensable en el cuerpo del delito de robo, se tendría, entonces, que admitir la ocurrencia de esa infracción en la hipótesis de quien se apodera o se hace entregar un mueble ajeno, por los medios previstos en la definición punible, con el solo ánimo de destruirlo para satisfacer una venganza. Y bien sabido es que esta conducta corresponde al delito de daño en bienes ajenos.

En algunos fallos la Corte ha afirmado la necesidad de este elemento típico subjetivo, a saber:

Casación de 16 de septiembre de 1948 (G. J. t. LXIV, Pg. 887): “El delito de robo —dice la Procuraduría— conforme a la doctrina y nuestra legislación penal, se configura por la presencia de los siguientes requisitos: sustracción o apoderamiento de una cosa mueble; que dicho bien sea ajeno; que el apoderamiento de la cosa se haga sin el consentimiento del dueño; que se emplee violencia en las cosas o en las personas al tomar el objeto del lugar donde está, y que el agente activo del delito sustraiga la cosa con el propósito de aprovecharse de ella”.

Casación de 21 de mayo de 1956 (G. J. t. LXXXII, Pg. 651), ya vigente el artículo 2º de la ley 4ª de 1943: “El dolo específico que requiere el hurto y el robo, según los principios jurídicos, se caracteriza por el fin de lucro o aprovechamiento de la cosa objeto material del ilícito, entendiéndose por lucro cualquier ventaja o satisfacción que el delincuente persiga con el uso del bien patrimonial que le quita a la víctima. En este sen-

tido, el legislador fue muy enérgico para tutelar la posesión de las cosas ajenas, teniendo más en cuenta los derechos del perjudicado que las ganancias o enriquecimiento injusto que pueda derivar el responsable con el hecho antisocial.

“Por eso, el hurto y el robo son compatibles hasta con una pérdida económica por parte del reo cuando este, con su delito, obtiene cualquier goce o beneficio, aún puramente moral. De suerte que la mera curiosidad conque obró el inculpatado al apoderarse de un objeto para el solo efecto de enterarse de su contenido, ese deseo y placer que lo animaban en su comportamiento, constituyen el dolo específico del robo”, (Subrayó, ahora, la Corte).

Bien sabido es que el delito de robo es entendido en la doctrina como un hurto calificado por la violencia que pone en juego el agente para apoderarse de los bienes muebles ajenos, o para hacérselos entregar.

En algunos Códigos foráneos no se hace, como en el de Colombia, una distinción específica entre hurto y robo, sino que se toma en cuenta la violencia y las amenazas para darles el alcance de circunstancias agravantes de la sustracción (sin violencias o amenazas) de las cosas muebles ajenas, cuando el agente despoja de éstas a la víctima con el propósito de obtener un provecho ilícito. Tal sucede en Italia, cuyo código reúne los dos delitos bajo el nombre de hurto. Y en Francia, cuya legislación penal los agrupa con la denominación de robo.

Es obvio, entonces, que en los códigos que separan esas dos infracciones, el delito de robo, como hurto agravado por las violencias o amenazas, debe participar de las condiciones tipificadoras del hurto y, consiguientemente, del *animus lucrandi*.

Sobre este particular, corresponde hacer la anotación de que algunas legislaciones no hacen mención concreta del *animus lucrandi* (C. Penal de la Argentina, artículo 164; C. Penal de Costa Rica, artículo 269, entre otros). O se acude a señalarlo con expresiones diferentes: C. Penal del Brasil (artículo 157), “sustraer cosa mueble ajena,

para sí o para otro...”; C. Penal de Cuba (artículo 516), “son reos del delito de robo los que con ánimo de lucro se apoderan...”; C. Penal del Ecuador (art. 526), “el que sustrajere... con ánimo de apropiarse, es culpable de robo” (aquí cabe observar, el *animus lucrandi*, por la disposición legal, está restringido al propósito del agente de tomar ilegítimamente la cosa para hacer con ella actos como si fuera dueña); Guatemala, (art. 387) “son reos del delito de robo los que con ánimo de lucrar... se apoderan de las cosas muebles ajenas”; C. Penal del Uruguay: art. 344 (rapiña), “el que... se apodere de cosa mueble, sustrayéndola a su tenedor, para aprovecharse o hacer que otro se aproveche de ella...”; C. Penal de Italia (art. 628), “el que, para obtener para sí mismo o para otros algún provecho injusto, se apodere...”. Y este último código, al ocuparse del delito de hurto, dice también que “el que se apodere de una cosa mueble ajena... con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otro”.

Examinada esta primera cuestión corresponde señalar las condiciones típicas del delito de robo, de acuerdo con el C. Penal colombiano (art. 2º de la ley 4ª de 1943), para hacer un análisis de los elementos que, en la cuestión que estudia la Corte en este proceso, requieran ese especial estudio. Se tiene, entonces:

Apoderamiento, o acción de desposeer a la víctima de un bien mueble para tomar el agente ese poder de custodia y de disposición material sobre el mismo.

Cosa mueble, o ese algo asible, que puede ser sacado del ámbito de custodia y de disposición material de la víctima para entrar en la posesión (en ese campo de custodia y de disposición material) del delincuente.

El bien mueble debe tener valor económico.

Ajena, o que la posesión, en el alcance jurídico-penal, no esté legítimamente en el agente, sino, por cualquier motivo, en el sujeto pasivo de la infracción.

Animus lucrandi, o propósito del agente de obtener con la cosa robada un provecho ilícito.

Sobre el alcance de este dolo específico y diferencia con la expresión apoderamiento, en cuanto de esta última no corresponde deducir que en el robo el animus lucrandi queda restringido al propósito de apropiación (animus rem sibi habendi), hará la Corte más adelante el estudio del caso.

Violencias, amenazas o abuso de la debilidad de un menor, o fuerza física contra las cosas o contra las personas, o violencia moral contra las últimas, o violencia presuntiva fundada en la imposibilidad física del menor para ofrecer resistencia a las pretensiones del agente.

Si bien el precepto que define el delito de hurto hace alusión explícita a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, en ese caso, esta condición no se menciona en la ley al describir el robo, pues élla resulta implícita en los medios comisivos de la infracción.

b) Apoderamiento, apropiación y animus lucrandi

El apoderamiento es la acción que cumple el delincuente en el delito de robo, para quebrantar la posesión (en el alcance penal) que el sujeto pasivo tiene de la cosa mueble, al cual llega por los medios señalados en la ley (violencias, amenazas, abuso de la debilidad de un menor).

Dice el art. 2º de la ley 4ª de 1943, en efecto, que, quien "por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar..." Esto es, que comete robo quien, por los medios descritos, tome la posesión (en el alcance jurídico-penal) que otro tiene de una cosa mueble ajena, tomándola directamente (apoderarse) o haciéndosela entregar (recibirla del sujeto pasivo, coaccionando su consentimiento por las amenazas: vis compulsiva).

No alude, en consecuencia, dicha expresión apoderamiento al dolo específico, al

animus lucrandi, sino a la acción que cumple el agente. Ni de esa acción típica objetiva se desprende que ese animus lucrandi en el delito de robo resulte restringido al solo fin de apropiación, o toma del bien mueble ajeno con el ánimo de cumplir con él actos como los que corresponden totalmente al dueño.

En algunos códigos, como se dejó visto, es cierto que expresamente señalan, como especial intención en el delito de robo, el ánimo de apropiación (animus rem sibi habendi), como lo hace el de la República del Ecuador en el artículo 526: "El que sustrajere... con ánimo de apropiarse". Pero cuando así no se hace en otras legislaciones, ese propósito de obtener provecho con el bien robado cabe entenderlo como la intención de sacar cualquier ganancia o utilidad con la cosa materia del ilícito.

La Corte, en sentencia de casación de 21 de mayo de 1956, ya transcrita (G. J. T. LXXXIII, Pg. 651), dijo, cabe insistir, que "el dolo específico que requieren el hurto y el robo, según los principios jurídicos, se caracteriza por el fin de lucro o aprovechamiento de la cosa objeto material del ilícito; entendiéndose por lucro cualquier ventaja o satisfacción que el delincuente persiga con el uso del bien patrimonial que quita a la víctima...".

De consiguiente, si el lucro surge del solo uso de la cosa robada, con ésto es bastante para que se tenga el animus lucrandi que exige el delito de robo.

Bien puede darse que el agente robe el bien mueble únicamente para usarlo (para obtener un provecho económico con el simple uso) y con el fin de devolverlo a su poseedor. Y no porque ya no se tenga el propósito de apropiación cabe excluir el delito de robo, pues el artículo 2º de la ley 4ª de 1943, al guardar silencio sobre el animus lucrandi, no está indicando que, de aparecer implícita esta condición subjetiva del delito (que sí menciona el art. 1º de la ley 4ª de 1943, al ocuparse del delito de hurto, al indicar el "propósito de aprovecharse..." del bien hurtado. Nó de apropiarse el bien), élla debe ser más restrin-

gida que en el caso del delito de hurto y predicarla solo de la apropiación (*animus rem sibi habendi*). Y mucho menos corresponde dar semejante entendimiento a ese dolo específico, implícito cuando el código penal como se dejó observado atrás indicó en el precepto que definía el delito de robo, no un propósito de apropiación (*animus rem sibi habendi*), sino un propósito de aprovechamiento, como en el hurto, o sea un *animus lucrandi* que abarca, tanto al ánimo de apropiación, como a la ventaja económica que también el agente saque del uso del bien robado, cuando busca solamente ese uso y se ha propuesto reintegrar luego el bien a la víctima del delito.

Insistiendo sobre el alcance jurídico-penal de la expresión apoderamiento, en lo que respecta al delito de robo, es el caso de recordar que la Corte, en sentencia de 8 de octubre de 1940 (G. J. T. LXI, Pg. 498), dijo:

“Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas, que se predicán igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción. De suerte que, por este aspecto, jamás puede encontrarse contradicción entre el hurto y el robo”.

No corresponde desprender, entonces, de la expresión apoderarse un alcance restrictivo del *animus lucrandi* para los efectos del delito de robo, pues, como lo señala la Corte en ese fallo, indica tanto como sustraer. Y el legislador define el hurto con la acción física de sustraer y con indicación de que el dolo específico consiste, no en un *animus rem sibi habendi* (ánimo de apropiación) sino de un propósito de aprovechamiento, comprensivo de cualquier lucro (tanto el que puede desprenderse de la apropiación del bien mueble ajeno, como del simple uso del mismo).

Apoderarse y sustraer la cosa mueble ajena, indican, tanto en el hurto como en el robo, quitar la posesión (en su alcance jurídico-penal) que alguien tiene de un bien mueble.

Otras legislaciones le dan a las dos palabras, sustraer y apoderamiento, el mismo

alcance jurídico de desposesión de la víctima y toma de posesión del agente, respecto de la cosa mueble materia de los delitos de hurto y de robo. Así, en Italia, el hurto simple (hurto en la ley penal colombiana), se define diciendo: “El que se apodere...” (art. 624), y el hurto calificado (robo en nuestro Código) se indica con la frase: “El que, para obtener para sí mismo o para otros algún provecho injusto, se apodere...”. El Código Penal del Brasil, en el artículo 157, define el robo, así: “Sustraer cosa mueble ajena...”. Y, en la ley penal de la Argentina, tanto para el hurto como para el robo se emplea la expresión “apoderamiento”, así: Art. 162 (hurto): “Será reprimido... el que se apodere...”; Art. 164 (robo): “Será reprimido... el que se apodere...”.

Y refiriéndose SEBASTIAN SOLER al concepto jurídico de apoderamiento, en el alcance de los delitos de hurto y de robo previstos en la ley de su país, dice en su “Derecho Penal argentino” (Edit. “Tipográfica Editora Argentina”, Buenos Aires, 1956, T. IV págs. 199 a 200):

“Al hacer referencia al elemento subjetivo del hurto, veremos que algunos códigos exigen ya el ánimo de lucro, ya el ánimo de apropiación. Pues bien, cuando una ley no solamente exige un propósito lucrativo genérico o el simple apoderamiento, sino que requiere, además, que ese apoderamiento se ejecute con el fin de apropiarse, es indudable que la inexistencia de ese fin específico hace desaparecer el hurto. Y he aquí el tercer significado que suele darse a la expresión hurto de uso, para abarcar dentro de ella casos de verdadera ablación ejecutada, empero, con el firme propósito de restitución. Este es el caso del que toma el caballo para hacer un viaje, y lo vuelve a dejar donde lo encontró; del que toma un automóvil para dar un paseo, y luego lo abandona”, (subrayó la Corte).

Y más adelante (pág. 203) afirma este autor que, “desde el punto de vista de la acción, existe apoderamiento toda vez que puede afirmarse que está de hecho desplazado el propietario o el tenedor de la cosa, siem-

pre que la causa de ese desplazamiento sea precisamente la detentación de la cosa por parte del ladrón”.

E insiste SOLER en la misma página en el anterior concepto, cuando anota que “hay hurto, toda vez que abstractamente sea posible afirmar que en determinado momento el dueño de la cosa no habría podido hacer actos materiales de disposición si hubiese querido hacerlo y que ese impedimento deriva de la acción de apoderamiento del ladrón. Esa situación se da, a nuestro juicio, en el caso del que toma el caballo o el automóvil del lugar en que el dueño lo dejó para hacer un viaje, aunque vuelva a dejar el animal o la máquina en donde el propietario la encuentra luego, y aunque éste no se haya dado cuenta”.

El apoderamiento, pues, no tiene el alcance de apropiación. Y bien puede darse el ánimo de lucro, a los fines del delito de robo, cuando el sujeto activo busca solo usar la cosa para luego restituirla o dejarla dentro de la posesión de quien fue desposeído, si con éllo obtiene una ventaja económica, como sería la de servirse del bien mueble ajeno sin que tenga que hacer erogación alguna. En ese supuesto, es cierto que el delincuente ofrece una menor peligrosidad respecto de aquel otro que se propone la apropiación de los bienes muebles ajenos. Es de anotar que los códigos de 1873 y de 1890, al ocuparse de aquella hipótesis, que denominaron “robo de uso” y “uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño”, respectivamente (arts. 588 a 590, y arts. 904 a 907, en su orden), señalaron sanciones mucho menos severas que las previstas para cuando el apoderamiento de las cosas muebles ajenas se cumplía con el ánimo de apropiárselas el agente, esto es, con el propósito de cumplir con ellas los actos equivalentes a los que corresponden al dominus.

Por último, es de tomar en cuenta que, tanto el hurto como el robo ofenden el interés jurídico de la posesión, entendida, como se ha dicho, como ese poder de custodia y de disposición material respecto de una cosa mueble. Y tanto la sustracción (en el

hurto) como el apoderamiento (en el robo) únicamente se perfeccionan cuando el agente ha quebrantado esa posesión (sustrayéndola, en el hurto; o tomando poder —apoderándose— de ella, en el robo) y ha entrado el delincuente a ejercer esa nueva posesión, sea con ánimo de apropiación, sea con ánimo de uso, siempre que en uno y otro caso busque un lucro indebido (animus lucrandi).

Recuérdese que el animus lucrandi no siempre implica que el delincuente, en los casos de hurto y de robo, busque aumentar su patrimonio económico. Puede que se proponga no disminuirlo (evitando una erogación), como cuando alguien sustrae o se apodera de un tiquete de entrada a una sala de espectáculos, sin que nada le cueste, sin disminuir su haber económico, y también cuando alguien toma lo que otro posee para dar limosna a los pobres, pues su acto de supuesta generosidad en nada disminuye el patrimonio económico del agente. En ese móvil de evitar una erogación se encuentra el animus lucrandi.

c) El Animus Lucrandi se Presume.

Es obvio que ocurra generalmente que lo que la persona lleva a cabo es lo que quiere cumplir. El resultado, pues, pone de presente la intención, salvo prueba de otro propósito.

Y si alguien sustrae o se apodera de una cosa mueble ajena, con valor económico, es obvio que, como debe entenderse como regla general, lo haga para derivar un provecho económico, salvo, asimismo, que otros elementos de juicio pongan de manifiesto un ánimo diferente.

Y dentro de ese ánimo de provecho, cabe comprender la sustracción y el apoderamiento de cosas, para buscar con ellas, inclusive, una satisfacción intelectual o moral, si se evita una erogación económica al obtenerlas. Tal el caso de quien hurta o roba un libro para leerlo, así se proponga devolverlo más tarde a su propietario o poseedor.

El propósito de aprovechamiento económico, como móvil lógico de quien sustrae

una cosa mueble ajena con valor económico, o se apodera de ella, o se la hace entregar, cabe ser presumido, salvo que otras pruebas demuestren una intención distinta, se repite. Y se tendría una intención diferente, por caso, cuando alguien toma el bien mueble ajeno y lo destruye, para satisfacer el propósito de venganza; o lo toma para evitar que se pierda para su dueño o poseedor legítimo, a quien luego entrega; o lo lleva de buena fé porque creyó que era suyo.

d) En los hechos averiguados se tienen las condiciones del delito de robo.

De las pruebas que obran en el informativo se encuentra, al respecto:

Apoderamiento: Los acusados, por los medios coercitivos que pusieron en juego, suprimieron para los pilotos y demás miembros de la tripulación de la nave aérea de la empresa "Avianca" la posesión (en el alcance jurídico-penal) que de ella tenían, pues tomaron poder sobre el avión, consiguiendo que fuera llevado, bajo sus órdenes, hasta la República de Cuba.

Es cierto que el piloto de la nave aérea realizó el vuelo hacia dicha nación. Pero dada la violencia ejercitada en su contra, esa actividad de disposición física del avión cabe ser entendida, en esas circunstancias, como directamente realizada por los acusados.

Tanto equivale este caso como al que se presenta cuando alguien, con el propósito de apropiación o de uso gratuito de un bien mueble ajeno, luego de subir a un automóvil destinado al servicio del público mediante el pago de una determinada suma, compulsivamente obliga al conductor a que lo lleve hasta el lugar a donde busca se le deje el vehículo o hasta el término del trayecto a donde quería viajar sin hacer erogación económica alguna.

Se insiste en que, tanto el robo como el hurto, se consuman en el instante mismo en que el agente quebranta la posesión que tiene la víctima sobre la cosa mueble materia de tales ilícitos y entra aquél a ejercer una

nueva posesión, esto es, ese poder de custodia y de disposición material sobre el bien.

Cosa mueble ajena. La nave aérea de la empresa "Avianca" de que dá cuenta el proceso, es un bien mueble y ajeno para los sindicados.

Violencia. Resultan comprobados los procedimientos compulsivos empleados por los procesados para obligar a los pilotos y demás miembros de la tripulación del avión de la empresa "Avianca" a llevarla hasta Cuba, con lo cual quebrantaron la posesión que estos tenían de la nave aérea.

Animus lucrandi. Se anotó ya como el propósito de obtener un provecho económico ilegítimo, en los delitos de hurto y robo, resulta implícito en la sustracción, el apoderamiento o la entrega obligada que la víctima hace, del bien mueble ajeno.

En el estado actual de la averiguación, el animus lucrandi, consistente en este caso en el propósito de cumplir los sindicados, como en efecto lo cumplieron, su traslado a Cuba en la nave aérea de "Avianca", sin erogación económica alguna, no resulta desvirtuado. Lo que sí aparece comprobado es que no obraron con el propósito de apropiarse del referido avión. Pero ésto no excluye ese animus lucrandi, pues tanto comprende este dolo específico la búsqueda de la apropiación, como el uso gratuito (cuando ese uso implica un pago) del bien mueble ajeno.

No resulta en el informativo dato alguno que haga pensar, siquiera, en un móvil diferente en los acusados. Las dificultades de traslado de las personas residentes en Colombia a Cuba, no son insalvables, pues sabido es que a ese último país se puede llegar acudiendo a otros itinerarios de viaje. Esto, porque el Capitán de la nave aérea de "Avianca", objeto material del robo, señor Pedro Viles Pugliese, dice que cuando "el extranjero o árabe que portaba una pistola dejó de intimidarme... manifestaron los 'piratas' que utilizaron ese medio, en vista de la imposibilidad de viajar en forma fácil de Colombia a Cuba, por los impedimentos del Gobierno". Vale decir, que esa determi-

nación fue tomada por las dificultades de viajar en forma más económica, puesto que otros itinerarios de viaje, como se sabe, resultan más costosos.

Y no es suficiente esta razón de que da cuenta el citado declarante para desvirtuar el presunto animus lucrandi, pues de suponer lo contrario habría que admitir la inexistencia de ese dolo específico cuando quiera que el agente, por las dificultades de un transporte menos fácil por lo más costoso, busque una menor erogación económica y para éllo fuerce el cumplimiento de un viaje de la manera como lo hicieron los sindicados en este negocio.

Se repite que el animus lucrandi o propósito de obtener un provecho con la cosa objeto de los delitos de hurto y de robo (expresión esta última que emplea la Ley 4ª de 1943, al definir el delito de hurto y que traía el Código Penal al ocuparse del robo, pero que no señaló —pues guardó silencio— el artículo 2º de la citada ley al tratar sobre esta última infracción) se tiene, igualmente, cuando el agente busca no disminuir su patrimonio económico. Y ello ocurre cuando alguien procura el uso de las cosas muebles ajenas eludiendo el costo económico de su uso. O lo anima, al tomarlas, el deseo de buscar un pago menor y por éllo se propone no hacer ninguno.

e) El hurto de uso y el robo de uso.

Si se piensa en que lo hasta ahora examinado y afirmado es la posibilidad de los delitos de hurto y de robo, cuando el agente busca el lucro a través del uso gratuito (sin erogación económica) y no su apropiación, el debate que largamente han tenido los doctrinantes sobre el particular queda contraído a esa cuestión.

Y esas diferencias doctrinarias han tenido pie en el alcance que se ha querido dar a la expresión apoderamiento, empleada, como se ha visto, en algunos códigos foráneos para definir los delitos de hurto y de robo, y en el de Colombia para concretar la conducta que dá lugar a este último.

Al respecto, el profesor de Derecho Penal y miembro de la Academia Mejicana de Ciencias Penales, Dr. Francisco Blasco Fernández de Moreda anota, en la "Enciclopedia Jurídica Omeba" (T. XIV, pág. 685 a 695), las siguientes conclusiones sobre el problema:

"Las soluciones dispares que la incriminabilidad del *furtum usus* impropio recibe en las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de unos y otros países, resultan, primordialmente, de que las mismas partan de establecer cuál requisito es necesario o no del hurto, la sustracción de la cosa con ánimo de apropiación (de apropiársela definitivamente) o *animus rem sibi habendi* o se limitan a exigir tan solo el de obtener de ella un lucro o provecho cualquiera, *animus lucrandi*".

Y más adelante, anota que "Jiménez de Asúa dice que 'en España no puede ser controvertida su punibilidad...' (la del hurto de uso)... 'porque la ley habla de tomar y de ánimo de lucro, expresiones cuyo significado es el de 'apoderarse' de la cosa, en la intención de procurarse un goce o placer cualquiera con el uso de ella —como enseñó el inmortal maestro de Pisa y repitieron Groizard y Viada—; en el propósito de obtener con el apoderamiento de la misma una ganancia o provecho, lo que no debe tomarse solo como equivalente a fin de enriquecimiento, de ganancia económica, pues lucro significa aquí también cualquier ventaja, provecho, satisfacción o goce que el agente aspire a obtener mediante la sustracción de la cosa, conforme escribe Cuello Calón. Y siendo así, no cabe duda —volviendo a recoger el hilo de la exposición de Jiménez de Asúa— 'que quien, por ejemplo, monta en un automóvil ajeno para dar un paseo y lo restituye al garage tres horas más tarde, ha 'tomado' la cosa y tenía en su acto el ánimo de lucro, entendido como lo entendieran los autores citados, como provecho o beneficio en el sentido más amplio y no solo en el económico o computable en dinero, cual lo juzga certeramente el Tribunal Supremo de Madrid'".

Y luego observa Francisco Blasco Fernández de Moreda lo siguiente, de es-

pecial importancia, pues alude al "propósito de aprovechamiento" señalado como el dolo específico en el artículo 402 del Código Penal, pero que el legislador de 1943 (artículo 2º) no reiteró, manteniéndolo, en cambio, al señalar, con algunas modificaciones, el delito de hurto (artículo 1º de la misma ley 4º):

"En cuanto a los autores italianos que escribieron sobre el Código de Zanardelli, que hizo del designio de aprovechamiento el elemento subjetivo de la ilicitud del hurto, MARCIANO advirtió que 'en el silencio de la ley, los escritores, remontándose a los principios, racionales, enseñan que el hurto de uso debe considerarse como un hurto verdadero y propio'. Y en pareja actitud de Marciano se colocan casi todos los exégetas del referido Código; Civoli, Andreotti, Meglia, etc."

Agrega después:

"En la Comisión de revisión del Código —apunta CARNELLI— 'se discutió si se suprimiría, por inútil, el elemento PROVECHO, siguiendo el ejemplo del Código germánico. Pero no se efectuó ninguna supresión; y no ciertamente por rendir homenaje a la tradición propia, sino por hacer MANIFIESTO EL CONCEPTO DEL LEGISLADOR, según el cual el hurto puede verificarse cuando el ladrón se apodera de la cosa PARA APROPIARSELA, como cuando se apodera de ella PARA SACAR UNA VENTAJA CUALQUIERA Y RESTITUIRLA DESPUES A AQUEL A QUIEN PERTENECE'". (Las mayúsculas son de la Corte).

Continúa expresando que "en igual sentido pronuncióse Giuratti, sosteniendo que 'quien sustrae un objeto invito domino y después de haberlo sustraído de la esfera de custodia y actividad patrimonial del dueño, ejercita, además, usándolo, un acto de verdadero y auténtico dominio, pone en ejercicio un verdadero y auténtico apoderamiento; y esto parece suficiente para afirmar que si de la letra de la ley no se deduce, una indicación explícita al respecto, se deduce, en cambio, que, implícitamente, está contemplado el hurto de uso, MAN-

ZINI refrendó la misma tesis. Y es así como, en la línea ideológica de Carnignani y de CARRARA, la incriminabilidad de la sustracción de cosa mueble ajena sin intención de apropiársela, y sí con la de obtener cualquier lucro o provecho o utilidad y disfrute de ella, fue en Italia la opinión dominante, hasta el punto de que, para imponerla de manera definitiva e incuestionable, el Código Rocco, sancionó el precepto contenido en su artículo 626, inciso 1º".

Y también el profesor Francisco Blasco Fernández de Moreda alude al yerro en que incurren quienes le dan a la expresión "apoderarse" el alcance de "apropiación", cuando expresa:

"Obvio es que si con frecuencia —y sin que con ello se contravengan las leyes de la Academia que 'limpia, fija y dá esplendor al idioma'— los términos Apropiarse y Apoderarse se emplean cual sinónimos en el lenguaje ordinario, en su puro sentido lexicológico y jurídico resultan claramente diferenciables. El primero, cuyo verdadero sinónimo castellano es 'adueñarse' —al igual que son sinónimos propietario y dueño— significa hacer propia cualquier cosa, tomarla y tenerla como dueño. Por el contrario, el acto de 'apoderarse ilegítimamente' de algo, no parece demandar tanto en su prístina acepción lexicológica y jurídica. Ahora bien: ¿debe considerársele equivalente a toda 'sustracción antijurídica de cosa mueble total o parcialmente ajena en detrimento de su propietario'? Ciertamente nó. Los conceptos 'sustracción antijurídica' y 'detrimento de propietario', tienen un rango sobradamente material, objetivo, que no cuadra con las vibraciones subjetivas que el de 'apoderamiento', calificado o no de ilegítimo supone...". pues según Ricardo C. Núñez... "el verbo apoderarse importa..." el acto material de aprehensión de la cosa... y conocer que el bien no es propio, ni res nullius, sino ajeno; a más de querer "colocar la cosa aprehendida en la esfera de custodia y disponibilidad, de poder, del agente, desplazándola sin derecho, con conciencia de la injusticia del acto, de la esfera de poder o vigilancia de su dueño o proveedor amparado por el derecho".

Concluye este especial estudio el doctor FRANCISCO BLASCO FERNANDEZ DE MOREDA afirmando que, de acuerdo con la legislación de la Argentina (artículo 162 del C. Penal de 1922), corresponde aceptar la hipótesis del hurto de uso.

f) El delito de abuso de uso en la ley penal colombiana.

El Código Penal se ocupa, en el primer inciso del artículo 412, del delito de abuso de confianza al sancionar a quien "se apropie en provecho suyo o de un tercero, de una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio".

Y en el segundo inciso preceptúa que "si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad".

Previamente, corresponde observar como el legislador colombiano, cuando quiere señalar el ejercicio de las facultades del dueño, no el simple uso, emplea la palabra apropiación.

Precisamente en el segundo inciso del art. 412 antes transcrito se dice que, "si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero...", se disminuye la pena señalada para cuando ocurre aquella apropiación.

Y la doctrina, al ocuparse del alcance de apropiación, ha dicho que consiste en cumplir con la cosa actos que corresponden al dueño, como enajenarla, consumirla si es fungible, distraerla o retenerla sin derecho. En fin, realizar con el bien mueble que se tiene a título precario actos determinados por el animus rem sibi habendi, que precisa el concepto de apropiación.

Pues bien:

Es obvio que en los hechos averiguados no se tiene el caso de abuso. Su mención la hace la Corte para hacer notar lo aberrante que sería dejar impune el robo de uso, cuando el simple abuso de uso es sancionable.

g) La contravención de uso de cosa mueble ajena.

Recientemente entró en vigencia el "Estatuto de Contravenciones" (Libro III del Código Penal), de que trata el Decreto 1118 de 15 de julio del corriente año.

Y dentro de ese tipo de infracciones "que afectan el patrimonio" se tiene la que define el artículo 67, así:

"El que use cosa mueble ajena sin consentimiento de su poseedor legítimo, incurrirá en multa de cincuenta a quinientos pesos".

Es evidente que este precepto no se acomoda a los hechos averiguados, pues el informativo dá cuenta de que los sindicatos acudieron a medios intimidativos para cumplir la desposesión de la nave aérea de la empresa "Avianca", y, de otra parte, es lógico entender que se tiene, en este caso, perjuicio a tercero.

Tampoco la norma del Decreto 1118 de 1970 aludida comprende el llamado abuso de uso y del cual trata, para reprimirlo, el inciso segundo del artículo 412 del Código Penal, pues este último precepto exige el perjuicio a tercero. De consiguiente, las condiciones que conforman la contravención quedan subsumidas en el delito de abuso de uso, cuando se tiene ese daño a tercero.

Sobre este último particular, corresponde observar que en el mismo "Estatuto de Contravenciones" se manda que "cuando el hecho erigido en contravención haga parte en cualquier forma y grado del proceso de ejecución de un delito, se aplicará la norma que describe el delito" (art. 72 del Decreto 1118 de 1970).

No se puede entender, entonces, que en la infracción de que se ocupa el artículo 67 del mencionado Decreto 1118 de 1970 quedan comprendidos el robo y el hurto de uso, y ni siquiera el delito de abuso de uso, como ya se dejó anotado.

Ahora bien:

Si se negara la posibilidad jurídica del delito de robo de uso con base en que el art. 2º de la Ley 4ª de 1943 emplea la expresión apoderamiento y por ello el animus lucrandi, en esta infracción, quede restringido al propósito de apropiación (animus rem sibi habendi), se llegaría, en algunos casos en los que el agente busca el lucro solamente a través del uso, al desamparo de ese interés jurídico de la posesión, que tutela la norma que reprime el delito de robo.

Supóngase, en efecto, que alguien con el solo propósito de viajar gratuitamente (sin erogación económica alguna) acude a un aeropuerto y sube a una de esas modernas y costosas aeronaves, luego de superar la oposición de quienes la custodian mediante procedimientos intimidativos; y aprovechando que conoce la técnica de la navegación aérea consigue emprender vuelo hacia el lugar a donde quiere trasladarse y, en efecto, cumple el viaje proyectado.

Pues bien: ¿Comete robo? ¿O simplemente consumó la contravención de uso de cosas muebles ajenas sin consentimiento de su poseedor legítimo?

Si se niega la posibilidad jurídica del delito de robo de uso, el caso dado anteriormente tendría que ser reprimido con la pena de multa de cincuenta a quinientos pesos, prevista en la contravención de que se ha hecho referencia, lo que lleva, en la práctica, a la desprotección de un importante interés jurídico, el de la posesión de los bienes muebles ajenos.

Y semejante solución habría de corresponder si el apoderamiento que lleve a cabo el delincuente, para ese mismo supuesto viaje, lo cumple en un ferrocarril, o en un automóvil, o en un caballo.

En cambio (y frente a tan inaceptables resultados), si la cosa mueble ajena está en poder de quien la usa en provecho propio (ya sea un automóvil para hacer un viaje sin permiso del dueño), porque la recibió por un título no traslativo de domi-

nio, si hay perjuicio a tercero, si se tiene un delito, el de abuso de uso, con represión más severa que la señalada en el artículo 67 del Decreto 1118 de 1970.

¿No resulta, al ser negada la posibilidad jurídica del robo de uso, irrita la tutela de la posesión de las cosas muebles, en las hipótesis mencionadas? ¿Acaso una nave aérea o un ferrocarril no representan un apreciable valor económico? ¿Y el daño ocasionado con su uso delictuoso —así se tenga el propósito de devolver tales bienes a su poseedor y en efecto se devuelvan— no tiene una elevada cuantía?

Si de acuerdo con la ley penal colombiana no se diera el delito de robo de uso, en los ejemplos dados y en muchos otros, el delincuente, muchas veces, con el uso sin erogación alguna podría obtener un beneficio mayor que el monto máximo de la multa que debería pagar, conforme a la contravención de que se ocupa el artículo 67 del Decreto 1118 de 1970, pues, entonces, solamente este precepto sería aplicable.

En el estado actual de la averiguación se tiene, entonces, el cuerpo del delito de robo, al tenor de los artículos 402 (art. 2º de la Ley 4ª de 1943) y 404 (ordinal 1º) del Código Penal, pues los procesados se apoderaron, con propósito de aprovechamiento, de una cosa mueble ajena, por medio de intimidación a mano armada.

Conclusiones:

Resulta, como se dijo, demostrado el segundo cargo que propone el demandante a través de la causal cuarta de casación, atendido que la calificación dada a los hechos en la resolución por la cual fue convocado el Consejo de Guerra Verbal y en la sentencia acusada, fue errada. Y ese yerro alcanza la trascendencia necesaria para constituir la nulidad de carácter constitucional que señala el actor.

Prospera, de consiguiente, la causal cuarta aludida y le corresponde a la Corte declarar en qué estado queda el proceso (ordinal 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964), así como señalar la autoridad judicial a quien le corresponda conocer.

En cuanto a lo último, y habida cuenta de lo anotado en el numeral 3) de este fallo, el delito de secuestro y el conexo de robo de que resultan sindicados Sami Salim Husein Awadallah, Aristides Villalobos Rico y Jairo Enrique Ortiz Acosta, no son del conocimiento de la justicia penal militar, pues se trata de hechos ocurridos antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1133 de 19 de julio del corriente año. La competencia la tiene el Juez Penal del Circuito de Barranquilla (reparto), según la regla que trae el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 16 de 1968, en concordancia con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, pues en la ciudad de Barranquilla se inició la averiguación.

El Juez Penal del Circuito de esa ciudad debe reponer lo actuado en este negocio, desde la providencia de 28 de marzo de 1968—inclusive— por la cual el Comando de la Segunda Brigada inició el trámite de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal celebrado en este asunto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema—Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar de que se hizo mérito y dispone que se reponga lo actuado en este proceso, en la forma que se indica en la parte motiva de este fallo.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen, a fin de que se remita al Juzgado Penal del Circuito de Barranquilla (reparto), para los fines señalados.

Cópiese y notifíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alaró Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAPTURA Y CUSTODIA PROVISIONAL

La captura no es solamente el acto físico de asir, sino también el acto jurídico de conducir, vigilar y presentar. Los aprehendientes no pueden disponer arbitrariamente del capturado y responden no solo de la seguridad sino de la integridad del aprehendido, hasta entregarlo a la autoridad competente que haya impartido la orden de captura. La aprehensión o captura puede ser efectuada por un solo agente, o por varios, quedando el aprehendido bajo la custodia preventiva de aquél o de todos éstos, cuando son varios los agentes que concurren a cumplirla, pero si por razones tácticas estos se dividen y uno de los grupos realiza la captura, al reunirse nuevamente el personal de agentes, todos y cada uno de ellos queda con la responsabilidad de la custodia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N^o 37 de 18 de septiembre de 1970).

V i s t o s :

El defensor de Antonio José Enciso Jaramillo, ex-Agente de la Policía Nacional, título, suficientemente acreditado en los autos, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 1969 por el Tribunal Superior Militar, en la que impuso al procesado ciento ochenta y dos meses de presidio, además de las penas accesorias correspondientes, como responsable del delito militar de homicidio, según las prevenciones de los artículos 194 y 195 del estatuto castrense.

La misma providencia confirmó la cesación del procedimiento para otros tres agentes a quienes se les atribuyera participación en el delito, tal como había sido decretada por el juez de primera instancia. Respecto de la condena principal, este funcionario la fijó igualmente en ciento ochenta y dos meses de presidio para Enciso Jaramillo.

Por auto del 29 de abril de 1970 se declaró admisible el recurso y el 23 de julio se calificó la demanda de acuerdo con las exigencias del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, ordenándose el traslado a la parte no recurrente.

Esta, representada por el Procurador Delegado para la Policía Nacional, recorrió el traslado el 20 de agosto próximo pasado, en la forma de que se trata adelante.

Agotada la tramitación, pasa a decidirse el recurso.

— II —

Resumen de los hechos procesales.

El fallo recurrido trae una relación de los hechos que dieron base al proceso, relación que la Corte transcribe con la doble advertencia de que es fiel a los autos y de que su texto fue acogido y aún recomendado en forma expresa por el demandante para formular sus pretensiones. Tampoco el Procurador hace la menor reserva sobre dicha exposición, lo que realza su valor para entender a través de ella las actividades investigadas y la decisión final sometida a este debate. Dicho texto dice:

“En las últimas horas de la noche del 8 de marzo de 1967 salió con destino a la mencionada vereda (de Sucre, comprensión municipal de Betulia, Departamento de Antioquia), una comisión de agentes de policía compuesta por ocho unidades al mando del Comandante de la Sub-estación, sargento primero Carlos Arturo Valencia López, con el fin de dar cumplimiento a la orden de captura de fecha 24 de febrero del mismo año, emanada de la Alcaldía de Betulia y por medio de la cual se solicitaba aprehender a Gustavo de Jesús Piedrahita Henao, sindicado de asesinato en la persona de Carlos Alberto Sepúlveda Ramírez.

“La comisión llegó aproximadamente a las tres de la madrugada del 9 de marzo a la escuela La Sucre, de la vereda del mismo nombre y en la cual debían realizar la captura encomendada. En este sitio el Comandante del grupo de agentes los distribuyó en dos: uno de ellos se dirigió al sitio denominado ‘Las Iglesias’, en donde se presumía que podía encontrarse Piedrahita Henao en casa de su cuñado Raúl Muñoz. Integraban el grupo los agentes Leonel Pineda Higueta, Rodolfo Martínez, Antonio José Enciso Jaramillo y Miguel Ángel Betancur Laverde, quien los comandaba.

“El otro grupo con cuatro agentes y bajo el mando del sargento se encaminó a la casa de los padres de Piedrahita Henao. Con todo resultó infructuosa la requisita practicada por las comisiones en los dos lugares.

“La patrulla al mando del sargento, en vista de que no encontró al sujeto, resolvió retirarse y esperar cerca de la casa, en lugar oculto, con el fin de observar cualquier actitud sospechosa de los dueños y ver si de pronto salía Piedrahita en busca de alimentos. Como ésto no ocurriera, después de transcurrir un tiempo, resolvieron sus integrantes dirigirse a la casa de Ricardo Arango, situada a pocas cuadras de la anterior. Entre tanto la primera patrulla que estaba en ‘Las Iglesias’, al no encontrar allí al sujeto, se dirigió a la casa de los padres de éste, sitio acordado de antemano para reunirse. A esta casa llegaron los agentes aproximadamente a las ocho y media de la mañana, sorpresivamente por la parte de atrás, pudiendo observar que una de las mujeres que se encontraban en ella se asustó y salió hacia los lados de la cocina, para momentos después salir de allí otra mujer con dirección a unas sementeras y a paso ligero.

“Esta actitud se hizo un tanto sospechosa y fue entonces cuando el agente Betancur Laverde les dijo a sus dos compañeros, ya que Enciso Jaramillo se había quedado atrás y no había llegado aún, que ese sujeto que iba disfrazado de mujer era el que buscaban por lo cual decidieron seguirlo y darle voces de alto sin lograr detenerlo; antes, por el contrario, emprendió veloz carrera por un yucal a caer a una cañada, ante lo cual los agentes dispararon sus armas varias veces al aire, con el ánimo de atemorizarlo y poderlo capturar, pero tampoco en esta oportunidad pudieron hacer que el sujeto parara.

“Cuando ya los agentes creían que Piedrahita Henao se les había volado, resolvieron sin embargo seguir sus huellas y más abajo lo encontraron caído en un caminito, al parecer con un pie luxado o descompuesto, pues el sujeto se quejaba de que estaba herido pero sin presentar ninguna lesión de arma de fuego. Lograda en esta forma la captura de Piedrahita Henao, los agentes Pineda Higueta y Martínez Martínez se quedaron custodiándolo en el mismo sitio, mientras Betancur Laverde salió en busca de los otros agentes y del sargento para darles la noticia. Estando los dos agentes vigilando al detenido, llegó el agente Enciso Ja-

ramillo con el padre y un hermano de Piedrahita Henao llevando un costal con algunos objetos que este último agente encontró arriba de la casa en un rancho improvisado con hojas, que al parecer utilizaba Piedrahita Henao para dormir y evitar ser sorprendido en la casa por la autoridad. Enciso Jaramillo le ordenó al padre del detenido que pusiera el costal al lado de éste, Gustavo le pidió cigarrillos a su hermano Fabio y en seguida el agente Enciso les ordenó a padre e hijo que se retiraran, lo cual hicieron dirigiéndose a su casa situada a pocas cuadras.

“Estando ya solos los tres agentes con el detenido, el agente Enciso Jaramillo se dirigió a este último y le dijo: ‘Hijueputa, no dizque eras tan guapo, que no te dejabas coger’, y le hizo tres disparos con su carabina de dotación, encontrándose Piedrahita en medio de los tres agentes y sin que éstos pudieran evitarlo, hallándose igualmente sentados en un barranco al borde del caminito, falleciendo casi en el acto ya que las heridas o lesiones que recibió fueron esencialmente mortales”.

La investigación confirmó con variedad de pruebas todos y cada uno de los episodios, así relatados, pero un primer consejo de guerra verbal, convocado el 5 de diciembre de 1968 por el Comandante de la Policía Antioquia, en Medellín, negó por mayoría de votos la responsabilidad del procesado, veredicto que declaró contrario a la evidencia de los hechos el Presidente del mismo Consejo en auto suscrito ocho días después y que confirmó el Tribunal Superior Militar, el 19 de junio de 1969.

El segundo veredicto afirmó la responsabilidad que planteó el cuestionario sometido así al nuevo consejo de guerra:

“El acusado, agente de la Policía Nacional, Antonio José Enciso Jaramillo, es responsable, sí o no, de haber disparado su arma de dotación oficial (carabina), con intención de matar, contra el particular Gustavo de Jesús Piedrahita Henao, a quien conducían en calidad de detenido el sindicato y otros agentes causándole las lesiones descritas en la diligencia de necropo-

sia y a consecuencia de las cuales falleció, disparos que le propinó encontrándose la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión, hechos ejecutados con ocasión del servicio y que tuvieron ocurrencia en la vereda de ‘La Sucre’, jurisdicción del Municipio de Betulia, Departamento de Antioquia, aproximadamente a las ocho y media de la mañana del día nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967)?”.

Sobre esta base se dictó la sentencia condenatoria el 13 de agosto de 1969, confirmada en todas sus partes por la que se ha recurrido en casación, según lo visto.

— III —

Los Cargos de la Demanda.

El actor formula los que se sintetizan en seguida:

Primero.—Con base en la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 58 del Decreto 528 de 1964, acusa la incompetencia de jurisdicción, pues “el Tribunal Superior Militar no era competente para juzgar en segunda instancia al procesado recurrente”, atribución propia de la justicia ordinaria. Sustenta el cargo que se refleja en la nulidad descrita por el numeral 1º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, diciendo que el artículo 11 del Decreto 1.667 de 1966 solo permite el juzgamiento de los agentes de la Policía Nacional por las cortes marciales cuando cometan algún delito con ocasión del servicio o por causa del mismo, o de las funciones inherentes al cargo, pero ninguna de estas hipótesis se da en el proceso, ya que, como escribe textualmente, se trata “de un homicidio cometido por el agente Antonio Enciso Jaramillo, no en actos del servicio y con ocasión del mismo o de funciones inherentes a ese mismo servicio, sino de un delito común que se sale de la órbita del artículo 11 del Decreto 1.667 del 30 de junio de 1.966, para caer bajo la jurisdicción penal ordinaria. La misión de la policía es la de prevenir los delitos, salvaguardar la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos y no la de atentar contra esa misma vida honra y bienes so pretexto de ejecutar un delito alegando actos de servicio o que dio muerte a un ciudadano por

causa del mismo servicio o en funciones inherentes al cargo de agente de policía. La acción ejecutada por el agente Enciso se sale de las tres hipótesis previstas en el artículo 11 del decreto 1667 de 1966, que dispone que el juzgamiento del personal de la policía nacional estará sometido al Código de Justicia Penal Militar cuando el delito atribuido se cometa en los tres eventos claramente determinados”.

Repitiendo estos conceptos, agrega el actor:

“La acción ejecutada por el agente de la policía nacional Antonio José Enciso Jaramillo fue la de dar muerte a Gustavo Piedrahita Henao cuando ya la captura ordenada por el señor Alcalde de Betulia se había cumplido por parte de los tres agentes componentes de la patrulla policiva que lo aprehendió en el lugar donde con posterioridad a su captura se le dio muerte. La acción criminosa ejecutada por el recurrente constituye un fusilamiento y no son funciones de la policía el dar muerte a los ciudadanos, máxime cuando éste ya se encontraba capturado y vigilado por otros agentes. Gustavo Piedrahita Henao jamás intentó fugarse ni menos intentó atacar al agente Enciso Jaramillo para que éste pudiera justificar su acción en los términos del artículo 11 del decreto 1667 de 1966, y acomodar el juzgamiento a los términos en que la justicia penal militar sí es competente para conocer de tales delitos”.

La demanda examina las pruebas que sirvieron para establecer los hechos del proceso, según la relación del juzgador refrendada y transcrita por el propio demandante, y afirma que el agente Enciso “nada tuvo que ver con el cumplimiento del Alcalde de Betulia, esto es, la aprehensión física de Gustavo Piedrahita”, e insiste:

“Los agentes que ejecutaron el hecho físico de la captura de Gustavo Piedrahita Henao, fueron los agentes Pineda Higuaita, Martínez Martínez y Betancur Laverde, puesto que el agente Antonio Enciso Jaramillo llegó pocos momentos después de que el hoy occiso Piedrahita Henao estaba capturado en la cañada. Es de anotar que el citado

agente llegó en compañía del padre y un hermano de Piedrahita, circunstancia que fue aprovechada por éste para solicitarle a su padre y hermano que le dieran un cigarrillo para calmar las ansias de fumar. Para satisfacer tal deseo, Fabio el hermano de Gustavo le arrojó una cajetilla de cigarrillos Pielroja. En esos momentos el agente Enciso Jaramillo le ordenó al padre y al hermano de Gustavo que se retiraran y pocos instantes después le disparó con la carabina que portaba en ese momento. De manera que el hecho físico de la captura de Gustavo Piedrahita Henao ya había culminado cuando llegó el agente Enciso Jaramillo, puesto que Gustavo estaba bajo la vigilancia de los agentes Martínez Martínez y Leonel Pineda Higuaita, en razón de que el otro agente Betancur se había alejado del sitio para informarle de la captura al sargento Comandante de la patrulla”.

Segundo.—Sustenta el cargo diciendo que el artículo 170 de la Constitución solo se refiere a los militares en servicio activo y de ninguna manera a la policía nacional, “institución netamente civil pero con régimen y disciplina militares”, según lo admite una jurisprudencia de la Corte dictada el 27 de julio de 1961, cuando regía el decreto 1705 de 1960, en la cual dijo esta Corporación:

“El fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Carta, no puede extenderse por la ley a los civiles, (o particulares, como los denomina el Código de Justicia Penal Militar), esto es, a personas sin vinculación con las fuerzas militares, o con hechos atinentes a la misión misma de las fuerzas militares, específicamente señalados como violación punible solo en el código castrense”.

El actor impugna como inconstitucional el artículo 11 del estatuto policivo y pide que, de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución, se aplique de preferencia el artículo 170 de ésta en lugar del decreto. “En consecuencia, opera completamente la excepción de inconstitucionalidad en el ya citado artículo 215 de la Carta fundamental”. A manera de resumen repite:

“No estando amparada la policía nacional por el fuero militar consagrado en el artículo 170 de la Carta, por tratarse de una institución civil, el juzgamiento realizado por la justicia castrense en el caso de Antonio José Enciso Jaramillo es nulo, por concurrir también la causal de incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 37, ordinal 12, del Decreto 1358 de 1964. Igualmente cae el juzgamiento bajo la sanción de nulidad prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional por no haberse realizado el juzgamiento del procesado recurrente ‘ante el Tribunal competente’, esto es, ante la justicia penal ordinaria que es la competente para juzgar a los agentes de la Policía Nacional”.

Tercero.—Como “causal subsidiaria” presenta el demandante la primera del artículo 56 del decreto 528 de 1964, así: “Por error de derecho, el Tribunal apreció erróneamente los testimonios de los agentes de policía declarantes dentro del proceso, lo mismo que apreció erróneamente el informe suministrado por el sargento Comandante de la Sub-estación de Policía de Betulia, quebrantando en forma indirecta la ley sustancial”.

Estima violados los artículos 224, 203 y 159 del Código de Procedimiento Penal, pero trata de demostrar la acusación refiriéndose a lo ya expuesto sobre la causal cuarta, así:

“Tal como lo dejé claramente establecido en mis alegaciones formuladas en el último cargo a la sentencia recurrida dentro de el marco de la causal cuarta de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, el cargo que me permito formularle a la sentencia acusada consiste en que el Tribunal sentenciador, por error de derecho, le atribuyó completa y plena credibilidad al testimonio de los agentes de policía declarantes dentro del proceso, lo mismo que el informe vertido bajo la gravedad del juramento por el sargento Valencia López”.

De estos testimonios deriva el actor una causal de justificación para el agente Enciso “al tenor de lo dispuesto por el artículo 24 del Código Penal”, pero como la sen-

tencia no la reconoció, violó la ley sustancial en forma indirecta, “al tenor del artículo 195 del Código de Justicia Penal Militar”.

Otro aspecto de la violación de la ley sustancial consiste, a juicio del actor, en que el fallo condenatorio reconoció la circunstancia de mayor peligrosidad consignada en el numeral 6º del artículo 38 del estatuto castrense y que debido a éllo agravó la pena sin tener en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 1º del artículo 37 de la misma obra. Si existe una causa de atenuación, como es la buena conducta anterior del procesado, no puede reconocerse la agravante que consiste en ejecutar el delito por motivos innobles o fútiles. En consecuencia el aumento de dos meses de pena, es indebido.

Concluye la demanda pidiendo se invalide la sentencia y se dicte la que debe reemplazarla, en el caso de que se acepte la causal subsidiaria invocada.

— III —

El Concepto del Procurador.

La procuraduría se opone a las pretensiones de la demanda y pide no se infirme la sentencia acusada con base en las causales 4ª y 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Contesta los cargos formulados con base en la causal 4ª así:

Al Primero:

El ejercicio de las funciones respecto de la captura debía terminar con la entrega del preso al alcalde que había impartido la orden de aprehenderlo. En consecuencia Enciso Jaramillo y los demás agentes integrantes de la patrulla no podían sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones con el pretexto de que el primero de los nombrados no hubiera intervenido físicamente en la aprehensión: “Producida la captura era su deber custodiar y conducir a Piedrahita Henao hasta ponerlo a órdenes del alcalde en lugar seguro, y precisamente para cumplir esa función estuvo presente Enciso Jaramillo cuando ultimó al capturado”. Por lo

mismo es necesario aceptar que el delito lo cometió en el ejercicio de sus funciones policivas. Y si esto es así no puede prosperar el cargo enunciado diciendo que Enciso Jaramillo cometió un delito fuera de la órbita de su competencia y que por lo tanto dicha infracción debe ser juzgada por la justicia ordinaria.

Al Segundo:

a) El fuero que consagra el artículo 11 del Decreto 1167 de 1966 se reduce a la aplicación del procedimiento castrense. "Esto implica una muy notoria diferencia respecto al fuero que consagra el artículo 170 de la Carta, ya que éste se refiere no solamente al aspecto objetivo sino también al sustantivo del Código Penal Militar. La diferencia anotada sería suficiente para afirmar que a los agentes de la policía no se les otorgó por vía legal el mismo fuero que la Constitución dio a los militares en servicio activo, pues es obvio que éstos solamente podrán ser juzgados por cortes marciales y por delitos cometidos en relación con el servicio activo. No otra cosa puede deducirse de la expresión 'conocerán las cortes marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'. En efecto la modalidad verbal conocerán abarca toda la etapa del proceso desde su iniciación hasta su culminación, y la expresión 'con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar' no está indicando la aplicación de ese estatuto en sus aspectos adjetivo y sustantivo'. En cambio, para el personal de la policía el Código Militar se aplica solo en lo que concierne al procedimiento para juzgarlo, lo cual indica que el fuero de que goza no es el mismo consagrado en el artículo 170 de la Carta.

b) El artículo 11 del Decreto 1667 de 1966 no contraría el artículo 170 de la Constitución, porque no es cierto que el personal uniformado de la policía tenga carácter estrictamente civil, cosa que se demuestra con el artículo 1º del citado Decreto 1167, en el que se define lo que es la policía. En esa definición 'no aparece palabra alguna ni expresión gramatical que literalmente o en su espíritu permita afirmar que el per-

sonal uniformado de la policía tenga naturaleza o carácter de civil. Todo lo contrario, allí se dice que la institución es un cuerpo armado, 'de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional'. Es, pues, la policía una institución sui generis, porque aunque no cumple las mismas funciones que corresponden a las fuerzas armadas o institutos militares, ni tiene la misma calidad de ellos, realiza actividades que por su naturaleza la distinguen esencialmente del resto de las entidades de derecho público".

La actual definición de la Policía Nacional, contenida en el artículo 1º del Decreto 1667 de 1966, es distinta de la que acogía el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, en el cual se definía este cuerpo como "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales". No cabe duda, continúa el Procurador, que actualmente la policía está asimilada en cierta forma a los cuerpos militares, hecho éste que en manera alguna se opone a lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución, porque en dicho canon se dice simplemente que 'la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de policía nacional', sin prescribir que dicho cuerpo debe tener o no carácter de institución civil o militar.

Si el fuero de la policía es simplemente procesal, síguese que la ley puede establecerlo sin violar el artículo 170 de la Constitución, como sostiene la demanda.

Al Tercero:

El actor considera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional por inobservancia de las formalidades propias del juicio, como son: inexistencia de la prueba legalmente producida, pretermitiendo el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal; mala apreciación de los testimonios del cargo, violando el artículo 224 del referido estatuto; y, carencia de análisis de los fundamentos jurídicos en que se apoya la imputación desconociendo el párrafo f) del artículo 159 de la misma obra.

La demanda, dice el Procurador, está mal formulada pues debieron citarse los artículos 444, 463 y 420 del Código de Justicia Penal Militar que se refieren a la forma de las sentencias, a la calidad de la prueba y al modo como debe ser apreciado el testimonio.

De otro lado "la acusación, aunque se formule a través de la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, forzosamente está derivando hacia la causal primera del mismo, que no puede invocarse cuando se trata de procesos en los que el juzgamiento tuvo lugar sobre la base de un veredicto emitido por los jueces de conciencia".

"Aunque la irregularidad o informalidad hubiese ocurrido realmente, ésta no podría constituir motivo de nulidad por infracción del artículo 26 de la Carta, porque no implica desconocimiento de las garantías procesales esenciales en cuanto atañen al derecho de defensa o a la estructura fundamental del juicio", como lo ha dicho la Corte en varias oportunidades, especialmente en fallo del 8 de mayo de 1970, que transcribe el representante del Ministerio Público.

Respecto de la causal primera invocada, éste contesta:

a) Cuando se trata de atacar la sentencia por el aspecto probatorio, no es pertinente invocar la causal primera de casación si el fallo se ha dictado sobre el veredicto de los jueces de conciencia: "la razón no es otra que el respeto a la soberanía del juez de hecho para tener en cuenta los elementos de convicción que le sirvieron de base para pronunciarse sobre la responsabilidad. Este principio ha sido mantenido por la Corte Suprema, invariablemente, desde hace muchos años".

b) El aumento de dos meses de pena por haber encontrado una circunstancia de mayor peligrosidad "no implica violación de la ley sustancial porque al realizarlo el juez dentro de la mencionada autonomía no quebrantó principio o regla alguna expresamente consagrada. Tampoco puede decirse que violó la ley sustancial porque al dosificar la sanción tuvo en cuenta circunstan-

cia o circunstancias que le sirvieron al jurado para cualificar la infracción, pues como se deduce de la lectura de los cuestionarios, la que agravó el homicidio es la contemplada como quinta en el artículo 195 del Código Penal Castrense, es decir porque el hecho se cometió encontrándose la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión".

Como es improcedente el primer aspecto de los cargos y como no está demostrado el otro, no puede prosperar la acusación.

Consideraciones.

La Corte procede al examen de las acusaciones hechas al fallo, particularizándolas así: las que se acogen a la causal cuarta, en primer término, y las que invocan la causal primera, después.

1—Aprehensión y custodia provisional.

En su más amplia significación, captura es el acto meramente físico mediante el cual los auxiliares de la rama jurisdiccional, en cumplimiento de órdenes legalmente impartidas, u obrando por su cuenta en otros casos, a los simples particulares en situaciones de flagrancia o cuasi flagrancia, aprehenden a una persona para presentarla a la autoridad que la reclama o a la que puede definir su situación. El remoto ascendiente del vocablo, del latín *capere*, coger, representa algo material y por eso vale tanto como asir, atrapar o agarrar, resultado que se manifiesta en cuanto el sujeto pierde su autodeterminación para desplazarse, pues queda bajo el poder de hecho de quienes lo toman.

Pero dentro de un estricto régimen de preservación conjunta de las garantías individuales y del orden jurídico, la captura entraña algo más que la simple reducción física, pues los aprehendientes no pueden disponer arbitrariamente del capturado, ni retenerlo más allá de la oportunidad necesaria para situarlo bajo la autoridad de quien dio la orden o de quien tiene competencia para indagar su conducta. Son dos limitaciones que rigen para los particulares, para la policía, y en general para todos los auxiliares de la justicia, y su transgre-

sión acarrea al autor responsabilidades penales.

La actuación no concluye en el hecho de atrapar a la persona, momento que es apenas el comienzo de una actividad dispuesta en distintos tiempos y lugares, hasta que el poder de facto se extingue con la entrega del sujeto al funcionario que impartió la orden, si esta existe. Es una custodia, de duración variable y episodios sucesivos y aún diversos, de acuerdo con las contingencias, pero durante la cual el aprehensor responde no solo de la seguridad sino de la integridad del aprehendido. Se crea un vínculo entre los dos, que no puede desbaratarse ni agravarse por el capricho o la arbitrariedad de cualquiera de ellos. De tal modo, el que ejerce la custodia está autorizado para impedir que el otro se escape pero sin excederse, careciendo de motivo justo, hasta el extremo de maltratarlo de palabra ni de obra, o de disponer de él en menesteres distintos de los del traslado y consiguiente entrega a quien lo espera o a quien asisten facultades para recibirlo.

El anterior principio, de decantada alcurnia en el derecho público, y por lo mismo de tan fácil comprensión para todos, tiene también precisos contornos en el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, que, al copiar la norma constitucional, reafirma con ella que el aprehendido en delito flagrante por cualquier persona debe ser entregado en el acto a la autoridad competente a fin de que ésta decida sobre su detención. Si a los particulares se impone el deber de obrar rápidamente, no puede ser menos la exigencia a los auxiliares de la justicia, entre los cuales figuran los miembros de la policía, que se limitan a cumplir precisos mandamientos y que, de acuerdo con el artículo 20 de la Carta responden, como todos los investidos de autoridad pública, no solo por el quebranto de la norma, sino también por extralimitación de funciones o por simple omisión en su ejercicio.

Estos mandamientos obran en el Decreto 1667 de 1966, orgánico de la Policía Nacional, especialmente en el artículo 2º que define cómo ese cuerpo se instituye "para pro-

teger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de delitos y contravenciones, cumplir una labor educativa en beneficio social en general, conservar el orden público en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad". Y, en lo concerniente a la captura, el párrafo b) del artículo 37, manda que la policía "procederá a aprehender a los infractores de la ley, entre otros... o los que figuren en órdenes de autoridad competente, siempre que se llenen las formalidades legales en dichos documentos".

La materia aparece todavía mejor desarrollada en el nuevo estatuto sobre policía, expedido mediante decreto 1355 de 1970, vigente desde el 4 de agosto del mismo año. El artículo 58 dice que "cualquiera puede ser aprehendido por la policía y privado momentáneamente de su libertad mientras se le conduce ante la autoridad que ha ordenado su comparecencia". Y en el artículo 62: "La policía está obligada a poner al capturado, dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura a órdenes del funcionario que la hubiera pedido en su despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontado el tiempo del recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables".

La captura puede ser efectuada por un solo agente, o por varios, quedando el aprehendido bajo el poder de hecho de aquél o de todos éstos, pues la custodia preventiva es una garantía tanto para el sometido a ella como para el funcionario autor del mandato de comparecencia. Si varios agentes concurren a cumplirla, pero por razones tácticas, se dividen en grupos y uno de éstos grupos aprehende al sujeto requerido, pero luego se reúnen nuevamente, todos y cada uno queda con la responsabilidad de la custodia, pues ya se ha visto que la captura no es el acto físico de asir, sino también el acto jurídico de conducir, vigilar y presentar. Este proceso no puede ser escindido hasta el punto de que quienes materialmente no tomaron al reo en el momento

inicial queden liberados de los deberes siguientes, que solo concluyen cuando la orden se ha cumplido a cabalidad.

El artículo 11 del Decreto 1.667 extiende la jurisdicción castrense al personal de la policía nacional "que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo cometa un delito". Más allá de estas tres circunstancias, esto es, cuando la infracción se comete fuera del servicio, o sin relación con el mismo o con las funciones propias, debe seguirse la jurisdicción ordinaria para el juzgamiento y si se ha procedido en contra es clara la nulidad descrita en el numeral 1º del artículo 37 del decreto 1.358 de 1964, y en el numeral 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, nulidad que a su vez provoca el motivo de casación de que trata el numeral 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Pero si el delito se comete mientras dura la custodia, en cualquiera de los momentos que se abren con la aprehensión física y terminan con la entrega del sujeto, más aún, si tiene como víctima directa al mismo capturado, el agente de policía viola su deber de vigilancia y por sí mismo pone término a la misión confiada, haciéndose responsable del acto en pleno desarrollo de sus funciones. Hay entonces un quebranto directo de éstas, que no puede eludirse ni siquiera explicarse con la afirmación de que el autor llegó con alguna tardanza al sitio donde sus compañeros tenían ya inmovilizado a quien buscaban.

En el caso de autos, el agente Enciso Jaramillo formó parte del grupo destacado por el Comando de Antioquia para capturar a Gustavo de Jesús Piedrahita, se trasladó con él al lugar donde esperaban efectuarla, salió en persecución del sujeto por una sementera abajo, participó en los actos de intimidación para que el fugitivo se detuviera, pero se quedó retrasado y fueron sus tres compañeros quienes lo encontraron con el pie luxado, "al borde de un camino". Poco después se reunió con ellos, esto es, seguía en el cumplimiento de su misión, que no era simplemente la de imposibilitar a Piedrahita Henao en su libertad de movi-

miento, sino la de custodiarlo y trasladarlo hasta la Alcaldía de Betulia, según esta orden escrita, visible así al folio 52: "Los agentes portadores de la presente capturarán y pondrán a órdenes de este Despacho en calidad de incomunicado a Gustavo Piedrahita Henao, sindicado del delito de asesinato". Pero el procesado, violando el deber de custodia que va insitó en las funciones de agente de policía, desconociendo la orden expresa de poner al capturado a órdenes del alcalde de Betulia y aprovechando la inferioridad en que se había colocado el aprehendido, hizo los disparos mortales, ofendiéndole antes de palabra.

Habiéndose realizado la infracción en ejercicio de los deberes propios del cargo y en cumplimiento de una misión específica confiada por autoridad, el juzgamiento del agente responsable correspondía a la justicia penal militar, con arreglo al artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, y el cargo de nulidad formulado por hipotética incompetencia de jurisdicción, no puede prosperar.

2 — Incompatibilidad entre la Constitución y la ley.

El segundo cargo, como quedó visto, reside en el quebranto del artículo 26 de la Carta, pues al decir del actor, se juzgó al imputado por un Tribunal incompetente, creado por la ley para la policía contrariando el artículo 170 del ordenamiento supremo. Si el artículo 11 del decreto 1667 de 1966 pugna con la Constitución, debe aplicarse preferentemente ésta de acuerdo con el artículo 215 de la misma.

En situación análoga, la Sala negó la pretendida oposición de normas en providencia que expresamente reitera en este nuevo caso, para concluir, como concluye ahora, que no está demostrada la incompetencia de jurisdicción alegada por el demandante. Dijo la Corte en fallo de casación de 31 de agosto de 1970:

"La Constitución política, en su artículo 170, estableció un fuero para el juzgamiento de los militares en servicio activo, respecto de los delitos en que incurran y que se

relacionen con el mismo servicio, al disponer que de esas infracciones 'conocerán las cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'.

"Dicho fuero se hizo extensivo al personal de la policía Nacional que cometa delitos con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo, por prescripción del artículo 11 del decreto legislativo 1667 de 1966, que adquirió vigencia permanente por la adopción que de él hizo la ley 48 de 1967.

"El citado estatuto organizó la Policía Nacional, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 167 de la Carta, y la define como 'Cuerpo Armado' eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos'. Esta concepción de la Policía Nacional, que encuentra fundamento en el artículo 168 de la Constitución, explica el que se haya adscrito a tribunales militares especiales el conocimiento de las infracciones penales de naturaleza oficial ejecutadas por quienes forman parte de esa fuerza armada.

"La Sala no observa incompatibilidad alguna entre el artículo 11 del Decreto 1667 citado y el 170 de la Constitución Nacional para dejar de aplicar el primero en guarda de la integridad de la Carta y por la vía de excepción que ésta consagra en su artículo 215. La Constitución no dice en aquel precepto, ni en ningún otro, que las cortes marciales o tribunales militares juzgarán únicamente los delitos cometidos por militares en servicio activo, hipótesis en la cual pugnaría con sus ordenamientos la norma legal del acotado artículo 11, por cuanto los miembros de la policía no son en verdad militares, sino que atribuyé a tales tribunales el conocimiento de determinados ilícitos de los militares. Siendo ello así, no se encuentra que la Constitución se oponga de un modo manifiesto a que la ley extienda la competencia de aquellos tribunales especia-

les para el conocimiento de los delitos oficiales del personal de la Policía, Institución que hace parte de la Fuerza pública y que acusa notorio paralelismo con el cuerpo armado del Ejército".

3 — Causal Primera

por error de derecho.

Según se ha visto, el recurrente invoca como subsidiaria la causal primera y acusa el fallo por error de derecho en la apreciación de algunos testimonios. Estima violados los artículos 224, 203 y 159 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que el artículo 24 del estatuto represor y el numeral 5º del artículo 38 del Código Militar.

La demanda se circunscribe a expresar lo anterior pero sin hacer ninguna demostración respecto de cuáles fueron las declaraciones mal apreciadas y del concepto del error. Se está en presencia de una falta que inhibe a la Corte para hacer cualquier estudio sobre el particular. Limitarse a decir que fueron violadas las normas que se citan es colocar a la Corte ante la absoluta imposibilidad de interpretar lo que quiso decir el recurrente.

Pero, aún en el caso de que la demanda hubiera aportado demostraciones pertinentes sobre la violación indirecta de la ley sustancial, habría que rechazar los cargos, por tratarse de un fallo en el que intervino un consejo de guerra verbal, vale decir, en que intervinieron jueces de conciencia. En varias jurisprudencias ha reafirmado la Corte este principio, que se basa en la naturaleza de los juicios y en las previsiones expresas que los regulan. En una de estas oportunidades dijo la Sala:

"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 artícu-

lo 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).

"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 art. 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.

"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 (arts. 537 y 554 del C. de P. P.)".

En consecuencia, debe desecharse esta impugnación.

Por lo que hace a una posible compensación de circunstancias de mayor y menor peligrosidad, para que no se aumente la pena mínima fijada en la ley, tal como lo sugiere el libelo, la Sala observa;

a) Las circunstancias genéricas de agravación, que el juzgador de derecho aprecia con el arbitrio que le otorga los artículos 36 del Código Penal común y 36 del estatuto castrense, no tienen valor uniforme y por lo tanto no traducen igual cuantía de pena, pues entre ellas existen diferencias referidas a la personalidad del pro-

cesado, a las modalidades ejecutivas del delito, a la motivación y a condiciones momentáneas del agente. Su valor no es real sino sintomático y de allí el que una misma circunstancia pueda aumentar la sanción en proporciones distintas según los casos;

b) El juez de derecho tiene facultades para graduar el aumento y solo el error manifiesto sobre la existencia de los hechos que la provocan, o sobre la prueba, o sobre su apreciación, puede determinar la corrección en este recurso extraordinario;

c) El reconocimiento de la buena conducta anterior del reo no se opone al hecho de admitir que cometió el delito aprovechando la indefensión o la inferioridad de la víctima, pues aquél se refiere a condiciones personales previas y el segundo se refiere al delito mismo, representando valores que no siempre pueden compensarse como si se tratara de magnitudes iguales.

Por este aspecto tampoco es atendible la objeción formulada.

— IV —

Decisión.

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 el recurso de casación interpuesto por el procesado Antonio José Enciso Jaramillo contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, el 12 de diciembre de 1969, de la que se ha hecho mérito 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 Acoña, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

COMISIONES

Las comisiones constituyen salario, pues a través de ellas se remuneraran los servicios prestados por los trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio tres de mil novecientos setenta.

Ponente: Abogado Asistente, Doctor José Eduardo Gnecco C.

(Acta N° 40).

Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán, mayores y vecinos de Popayán, presentaron demanda contra la sociedad comercial denominada "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." domiciliada en la misma ciudad para que se la condenara a pagarles: a) Noventa y un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$ 91.064.40) por concepto de lucro cesante; b) No menos de treinta mil pesos (\$ 30.000.00) por perjuicios provenientes de daño emergente; c) No menos de veinte mil pesos (\$ 20.000.00) por perjuicios morales objetivados; d) Cinco mil pesos (\$ 5.000.00) por perjuicios morales subjetivos; e) Quince mil ciento cuatro pesos con veinticinco centavos (\$ 15.104.25) por auxilio de cesantía; f) Las vacaciones remuneradas; g) Las primas de servicios; h) La indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales; i) Las costas del juicio.

Los hechos relevantes de la demanda son los siguientes: a partir del 1º de febrero de 1963 Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán comenzaron a laborar bajo la dependencia de la sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." como agentes vendedores, previamente contratados por el señor Francisco Díaz; el 22 de febrero de 1965 se firmó un contrato de "Mandato Comercial denominado comisión", en el cual los señores "Alvaro y Carlos Hormaza Ltda." se denominaron los mandantes y Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez se llamaron los "Comisionistas", contrato que no obstante haber sido firmado en febrero de 1965, estableció en la cláusula 17 que estipulaciones idénticas han regulado el contrato desde el 1º de octubre de 1964, afirmación ratificada en la cláusula 20 del mismo contrato; también se estipuló: que el mandante se obligaba a entregar a los comisionistas mercancías por un valor de mínimo de cien mil pesos, de acuerdo con las listas formuladas por éstos, renovándose el surtido a medida que se produjeran las ventas, de manera que los comisionistas tengan para expender mercancías por dicho valor, cláusula tercera; que los comisionistas son representantes exclusivos del mandante en los departamentos del Cauca y Nariño, con excepción

de Popayán, cláusula catorce; y que durante su vigencia el contrato no podría terminarse sino por incumplimiento de las partes, y quien a pesar de ello lo terminare o impidiere su ejercicio, pagaría una indemnización igual a las comisiones que se obtienen al promediar el tiempo transcurrido, para multiplicar ese valor por el número de meses que falten para el vencimiento. El 15 de mayo de 1965 uno de los demandantes, Francisco Méndez, solicitó a Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. un surtido de mercancías; el 15 de junio, por no haber obtenido respuesta, los demandantes repitieron el pedido, lo que hicieron también el 9 de julio de 1965, recordando además la cláusula catorce del contrato, en virtud de la cual la sociedad demandada no podía tener otros agentes vendedores en la zona que se les había asignado, lo que había incumplido al designarlos para Bolívar y el Bordo, Cauca. El 29 de julio del mismo año los demandantes enviaron una nueva nota a la sociedad demandada en la cual le hacían saber que en vista de que no les suministraban mercancías y tenían otros agentes, estaban imposibilitados para ejercer su cometido, pues no tenían mercancías que vender en el almacén, perdiendo muchos clientes, por lo cual consideraban que con tal incumplimiento la sociedad había dado por terminado el contrato en las condiciones pactadas. El 30 de julio Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. recibieron los artículos que quedaban en la sucursal de la Plaza de Caldas, cuyo valor según inventario, ascendió a treinta y un mil quinientos setenta y nueve pesos con 20/100 m.l. Según los cálculos de los demandantes, en el período comprendido entre el 1º de febrero de 1963 y el 1º de octubre de 1964 devengaron un promedio mensual de cinco mil ochocientos diez pesos con 75/100 (\$ 5.810.75), y en el segundo período regido por las cláusulas del contrato de 22 de febrero de 1965, el promedio mensual devengado fue de \$ 6.504.60. Los demandantes, quienes tienen sus correspondientes licencias profesionales como agentes viajeros, estuvieron siempre bajo la dependencia y fiscalización de la sociedad demandada, en su calidad de Agentes Vendedores, en las zonas que les fueron asignadas mediante una retribución consistente en un tanto por

ciento como comisión por lo que vendieran; no tuvieron entre sí, ni entre ellos y Carlos y Alvaro Hormaza Ltda., sociedad alguna. La sociedad denunciada está obligada a pagarles a Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez el lucro cesante y el daño emergente, por incumplimiento de lo pactado, así como las prestaciones sociales correspondientes al tiempo que laboraron a su servicio.

En la contestación de la demanda el apoderado de Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. negó unos hechos y aceptó otros. Sostuvo que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino uno de naturaleza civil y con base en este hecho propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción, y en todo caso, que se absolviera a la sociedad demandada.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Laboral de Popayán, dictó sentencia por medio de la cual condenó a la Sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." a pagar a los señores Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán, la cantidad de ciento un mil trescientos seis pesos con 40/100 (\$ 101.306.40), en la proporción de cincuenta mil seiscientos cincuenta y tres pesos con 20/100 (\$ 50.653.20) para cada uno, por los siguientes conceptos: tres mil ochocientos ochenta y nueve pesos con 20/100 (\$ 3.889.20) por auxilio de cesantía; noventa y dos mil cuatrocientos seis pesos con 54/100 (\$ 92.406.54) por lucro cesante, y cinco mil trescientos setenta pesos con 56/100 (\$ 5.370.56) por prima de servicios; absolvió a la demandada de los demás cargos y la condenó al 50% de las costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Popayán, Sala Laboral, al decidir la alzada reformó el fallo de primer grado en el sentido de que la condena por lucro cesante es de noventa y un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$ 91.064.40) y por la cesantía es de seis mil quinientos cuatro pesos con 60/100 (\$ 6.504.60), y la confirmó en todo lo demás. Condenó a la demandada al 50% de las costas de la segunda instancia.

El recurso de casación fue interpuesto por los apoderados de ambas partes, y se decidirá por esta Corporación previo el estudio de las respectivas demandas y la réplica del patrón demandado, examinando primero el recurso propuesto por éste, por perseguir la casación para que se le absuelva de todos los cargos de la demanda.

Recurso del patrón demandado.

Alcance de la Impugnación.

Pretende, primero, que se case la sentencia acusada, se revoque la de primera instancia y en su lugar se declare nulo todo lo actuado en el juicio a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, y segundo, subsidiariamente, que se invalide totalmente el fallo recurrido, se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a la sociedad demandada de todos los cargos formulados en la demanda inicial, condenando a la parte demandante en las costas del juicio.

Con base en la causal tercera de casación, artículo 60 del Decreto Legislativo 528 de 1964, formula un cargo, y otros tres con fundamento en la causal primera, los cuales se estudiarán en el orden expuesto por el recurrente.

Primer cargo. — Causal tercera de casación (art. 60 del Decreto Legislativo 528 de 1964). Se fundamenta el cargo en la circunstancia de que en el proceso se incurrió, desde su iniciación, en la segunda de las causales de nulidad que señala el artículo 488 del Código Judicial, nulidad que no fue saneada en las instancias del juicio.

Dice el impugnador que de acuerdo con el artículo 255 del Código Judicial, "los asuntos deben determinarse claramente de modo que no puedan confundirse con otros", cuando se trata de poderes especiales para juicios, y que el artículo 448 del mismo Código instituye como causal de nulidad, "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante", dentro de la cual la jurisprudencia ha ubicado la nulidad que genera el ejercicio de un

poder mal conferido, o que sea deficiente, por lo que mira a su objeto específico. Cita en su apoyo jurisprudencia de esta Corporación, en sus Salas de Negocios Generales y Casación Civil.

En el caso de autos, continúa el impugnador, el poder conferido por cada uno de los demandantes al doctor Gerardo Dorado Castro no especifica las acciones que son objeto del mandato judicial y en consecuencia no satisface las exigencias del artículo 255 del C.J., pues en los respectivos memoriales se confiere mandato al abogado para "que inicie en su despacho y lleve hasta su terminación, un juicio ordinario laboral de mayor cuantía en contra de la sociedad comercial denominada "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda.", por lo cual en manera alguna cabe suponer que las acciones ejercitadas por el doctor Dorado Castro en la demanda con que se inició el juicio están comprendidas dentro del "juicio ordinario laboral de mayor cuantía" que en abstracto constituyó el objeto específico del mandato judicial. El modo como se otorgaron dichos mandatos produjo la nulidad de todo lo actuado, agrega el recurrente, por ilegitimidad de personería adjetiva en el apoderado de los demandantes, y que por no haber sido saneada en las instancias del juicio, hace pertinente la tercera causal de casación invocada.

Se considera:

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que la causal segunda de nulidad prevista en el artículo 448 del Código Judicial, cuando se fundamenta en la ilegitimidad de la personería adjetiva de quien figura como apoderado de una parte, solo puede ser pedida por quien se encuentra indebidamente representado, y que la contra-parte no tiene interés jurídico para invocarla. Como la nulidad en este recurso la propone la parte demandada, y la fundamenta en el hecho de que el apoderado de los demandantes no tiene poder suficiente para demandar, carece en consecuencia de interés jurídico para presentar como causal de casación la nulidad por ilegitimidad en la personería adjetiva de la contra-parte. Por esta razón se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Se fundamenta en que la sentencia acusada viola, por infracción directa, los artículos 64, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 3º, 5º, 22, 23 y 98 ibídem, al haberlos aplicado al caso de autos, no siendo procedente. A estas infracciones llegó el sentenciador de segunda instancia, según el recurrente, como consecuencia de haber admitido, sin estar demostrado, que cada uno de los demandantes estuvo vinculado a la sociedad demandada por un contrato de trabajo, durante el tiempo a que se refieren las condenaciones impuestas por concepto de lucro cesante, auxilio de cesantía y primas de servicio.

Al sustentar el cargo dice el recurrente que las acciones ejercitadas en la demanda con que se inició el juicio se fundamentan, exclusivamente, en un contrato de mandato comercial para vender, que las partes en litigio celebraron el 22 de febrero de 1965; que lo prueba dicho contrato es el referido mandato comercial, contrato de mandato que es totalmente ajeno al contrato de trabajo, fuente única de las acciones ejercitadas; que así lo reconoció el juzgador de segunda instancia con exacta e indiscutible precisión jurídica, como se desprende de algunas de sus consideraciones, que transcribe; que el análisis y las conclusiones a que llegó el fallador de segundo grado sobre la naturaleza jurídica del referido contrato de mandato habrían sido suficientes para absolver a la sociedad demandada de los cargos que le fueron formulados, decisión que habría sido inobjetable, pues todas las acciones ejecutadas se apoyan única y exclusivamente en las cláusulas de dicho contrato de mandato comercial para vender, en el cual no existe ninguna estipulación que permita deducir que con respecto a cada uno de los demandantes, individualmente considerados, se dieron los elementos esenciales de la "actividad personal" y "la continuada subordinación o dependencia" que los artículos 23 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo exigen para la configuración del contrato de trabajo.

Pero —continúa el recurrente— se le ocurrió al sentenciador de segunda instan-

cia, sin asidero probatorio alguno al respecto y por simple interpretación legal, que dentro del expresado contrato de mandato comercial estaba involucrado el contrato de trabajo, que le sirvió de apoyo para confirmar el fallo de primera instancia, y en virtud del acoplamiento que hace en su sentencia del "mandato comercial para vender" y del "contrato de trabajo" a la luz de las normas legales que regulan dichos contratos en el Código de Comercio Terrestre y en el Código del Trabajo, los identificó para concluir erróneamente que las facultades y derechos que el Código de Comercio Terrestre le otorga al comitente, se confunde con la subordinación o continuada dependencia que el Código Sustantivo del Trabajo exige en su artículo 23 como esencial para la configuración del contrato de trabajo.

Se considera:

La infracción directa de la ley se produce cuando el sentenciador la desconoce, sea porque se rebele contra su contenido, o porque considere que no tiene aplicación, por no estar vigente, o porque los hechos no se subsumen en ella. De ahí que la enunciación del cargo sea contradictoria, pues si el Tribunal aplicó las normas, no las desconoció ni se rebeló contra su contenido.

Por otra parte, si bien es cierto que el adquem encontró demostrado el contrato de mandato comercial, también estimó que se hallaba acreditado el contrato de trabajo involucrado con aquél por lo cual hizo aplicación de las normas sobre indemnización por lucro cesante, auxilio de cesantía y prima de servicios. Si el contrato de trabajo no estaba demostrado, como lo sostiene el recurrente, la pretendida violación de la ley no pudo producirse por la vía directa, pues las cuestiones de hecho, como sería determinar si existió o no contrato de trabajo entre las partes, son ajenas a la violación directa de la ley. El Tribunal hubo de analizar pruebas, y no solo el contrato celebrado entre las partes, sino otras, como declaraciones de testigos, para llegar a la conclusión de que entre las partes rigió un contrato laboral además del de mandato. El mismo recurrente hace referencia al documento fir-

mado entre la sociedad demandada y los demandantes, cuando afirma que en él no existe ninguna estipulación que permita deducir que con respecto a cada uno de los demandantes, individualmente considerados, se dieron los elementos esenciales de la "actividad personal" y "la continuada subordinación o dependencia". El análisis de pruebas, las cuestiones fácticas, se repite, no son de recibo en los cargos por violación directa de la ley. De manera que tal como está formulada la acusación, debe rechazarse, por no ajustarse a los requerimientos técnicos del recurso.

Cargo tercero.

Se fundamenta en que el Tribunal Superior de Popayán, en la sentencia acusada, violó por vía indirecta, los artículos 64, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 3º, 5º, 22, 23 y 98 *ibidem*, al haberlos aplicado al caso de autos, no siendo procedentes. A dichas infracciones llegó el sentenciador de segundo grado como consecuencia de haber apreciado mal unas pruebas, lo que lo indujo a un evidente error de hecho. Dichas pruebas son: el contrato de mandato comercial para vender, celebrado por las partes en litigio, que en original y copia obra a los folios 5 a 6 y 136 a 137; y las declaraciones rendidas por Fabiola Mosquera, folio 175; Livia Villaquirán, folios 175 y 176; y Amparo Villaquirán, folios 176 y 177.

Según el recurrente, la sentencia impugnada admite expresamente que con el contrato de mandato comercial celebrado por las partes en litigio, se demuestra que con relación a los comisionistas demandantes se dan cumplidamente los requisitos señalados en el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, para así estimarlos vinculados por un contrato de trabajo durante el tiempo a que se refieren las condenas, y que con las declaraciones rendidas por Fabiola Mosquera, Livia Villaquirán y Amparo Villaquirán, se demuestra que los comisionistas demandantes ejecutaron personalmente el mandato. Transcribe apartes del fallo recurrido y dice que el ad-quem deduce la

continuada subordinación o dependencia de los comisionistas demandantes con relación al comitente demandado, de las estipulaciones contenidas en las cláusulas segunda, octava y décima del contrato de mandato comercial para vender que celebraron las partes, sin que hubiera reparado en que las previsiones y controles establecidos en las referidas cláusulas contractuales son típicos del mandato comercial, particularmente en su especie del comisionista para vender, regulado por los artículos 331 y siguientes del Código de Comercio Terrestre, y que tales previsiones, especialmente establecidas en el artículo 411 de dicho Código, según el cual el comisionista debe conformarse rigurosamente a las instrucciones del comitente, "en cuanto al precio, lugar, época, modo y demás circunstancias de la venta que se le encomendare", son totalmente ajenas al contrato de trabajo y no pueden confundirse con el elemento esencial de la "continuada subordinación o dependencia" a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo.

Recuerda el casacionista la diferencia que existe entre trabajadores libres o independientes, y subordinados o dependientes, siendo estos últimos los amparados por el Derecho del Trabajo, y hace referencia a la subordinación o dependencia tal como lo consagra el artículo 23 del C.S. del T.. Dice que en la vida práctica se dan numerosas situaciones en que se presentan la prestación personal de servicios en beneficio de otro, mediante órdenes o instrucciones, y una remuneración fija, sin que a la vez se trate de situaciones regidas por el Derecho Laboral, como el contrato de mandato comercial, en que las órdenes o instrucciones pactadas expresamente, o las que de hecho indique el comitente al comisionista y que éste debe observar y cumplir rigurosamente, no pueden confundirse con la subordinación o dependencia en que debe hallarse el trabajador subordinado con relación al empleador, para que se configure el contrato de trabajo. Cita en su apoyo jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en fallo de 1º de septiembre de 1948.

Agrega que del contexto del contrato de mandato comercial para vender celebrado

entre las partes, claramente se evidencia que los demandantes Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez se asociaron de hecho para responsabilizarse ante la sociedad mandante de las obligaciones que adquirieron mediante el referido contrato, como también para beneficiarse en común de su gestión conjunta, constituyendo ellos mismos una empresa, por lo menos para los fines que las partes contratantes persiguieron mediante tal convenio jurídico. Transcribe las cláusulas primera, quinta, séptima, trece, quince y veinte, y apartes del fallo del 29 de julio de 1960 de esta Corporación.

Por último se refiere el casacionista a la apreciación que hizo el ad-quem de los testimonios de Fabiola Mosquera, Livia Villaquirán y Amparo Villaquirán, de los cuales dedujo la prestación personal por parte de los demandantes, cuando dichos testimonios a su juicio indican lo contrario, o sea el encargo que constituyó el objeto del mandato comercial no lo efectuaron los comisionistas personalmente sino por intermedio de las nombradas declarantes; testimonios, además, que demuestran el cabal cumplimiento de lo pactado en la cláusula séptima del contrato de mandato celebrado por las partes, o sea que los comisionistas quedaron en la más absoluta libertad para cumplir su misión por sí mismos o por intermedio de terceras personas.

Se considera:

El Tribunal Superior de Popayán dio por demostrada la dependencia de los demandantes respecto a la sociedad demandada, con base en el análisis que hizo de las cláusulas segunda y octava del contrato escrito celebrado por las partes. Dijo así el ad-quem: "De conformidad con lo analizado al principio de esta sentencia, el objeto esencial del contrato sobre que se basa la discusión, es el de vender por parte de los comisionistas las mercancías que en forma continua y en cantidad de cien mil pesos, sucesivamente renovada, debía entregarles la sociedad demandada, y ese objeto del contrato podía cumplirse al contado o a crédito y de cualquiera de estas maneras que se realizara, los comisionistas no eran

autónomos o independientes, pues quedaban sometidos al mandante, quien "suministrará todos los documentos como contratos, letras, etc., que deben suscribirse, lo mismo que las facturas, etc., bajo su responsabilidad" y quien debía dar "la aprobación previa" a toda venta a crédito y "sin este requisito no podrá otorgarse" (el crédito) (cláusulas 2ª y 8ª). En estas circunstancias, es evidente que el objeto mismo del contrato, especialmente en uno de sus aspectos fundamentales y más frecuentes en el comercio moderno, como es la venta a crédito, estaba subordinado a las órdenes e instrucciones de la sociedad demandada; los comisionistas no podían por sí solos e independientemente de la voluntad del comitente realizar ninguna operación a crédito, ya que requerían "la aprobación previa" y "sin este requisito no podía otorgarse" (el crédito)".

Además, dedujo que la dependencia era continuada, por cuanto "quedó establecido que fue pactada especialísimamente para las ventas a crédito y como éstas marcan sin duda el mayor porcentaje de operaciones comerciales dentro de la economía del crédito en que se basa el comercio moderno, es obvio que diariamente y en más de una ocasión cada día, los comisionistas estaban obligados a someter las operaciones de esta índole a la aprobación previa de la sociedad y sin dicha aprobación no podían efectuar el negocio iniciado por ellos y el que les era vedado concluir, a pesar de que en su concepto pudiera realizarse sin riesgo".

No señaló el recurrente en qué consistió la errónea apreciación de estas pruebas, ni demostró que su análisis por parte del ad-quem fue defectuoso, ni que las conclusiones a que llegó obedecieron a un lógico raciocinio, sino que se limitó a decir que el fallador de segunda instancia no reparó en que las previsiones y controles establecidos en los artículos 331 y 411 del Código de Comercio son típicos del mandato comercial, ajenos a la subordinación del contrato de trabajo, oponiendo así su criterio al del ad-quem, quien dedujo, además la dependencia de los comisionistas respecto del comitente de lo dispuesto en los artículos 370, 371 y 411 del Código de

Comercio, con argumentaciones que no han sido desvirtuadas en la acusación. Para la prosperidad del recurso por vía indirecta no es suficiente que se alegue sobre la existencia del error de hecho, sino que es necesario que se demuestre que aparece de modo evidente en los autos, lo que no ha hecho el recurrente, pues dejó en firme los soportes en que el Tribunal basó su conclusión de que estaba acreditada la subordinación de los demandantes respecto a la sociedad demandada.

En relación con el hecho de que Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez no constituían una empresa, el sentenciador de segundo grado encontró que los demandantes no constituían una sociedad de hecho, porque la sociedad llamada así "carece de entidad jurídica ante terceros, no es una persona moral capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En este tipo de sociedad los socios adquieren para sí, se obligan personalmente y nunca a nombre de la pretendida sociedad; si ésta tuvo alguna existencia real, solo lo fue entre quienes la integraron para efectos de pedir judicialmente la declaración de su existencia, la orden de disolución y liquidación y el reparto de las posibles ganancias. Ante terceros careció de toda realidad jurídica, y, por tanto, no es posible aceptar, si la hubo entre Giraldo y Méndez, que ella haya actuado como empresa comercial evadiéndose por este motivo de uno de los elementos del contrato de trabajo celebrado bajo la forma del mandato comercial". Agrega que el contrato aparece celebrado por Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez, personalmente, y no como empresa comercial o como sociedad o compañía en cualquiera de sus formas, de lo cual no existe prueba en los autos. Además, estimó que los demandantes desempeñaron la mayor parte de su gestión en un almacén que aparece configurado en los autos como una sucursal de Ferretería Argentina, de propiedad de la sociedad demandada.

El impugnador transcribe las cláusulas primera, quinta, séptima, trece, quince y veinte del contrato firmado por las partes, y dice que de ellas se evidencia que los de-

mandantes se asociaron de hecho para responsabilizarse ante la Sociedad mandante de las obligaciones adquiridas. Aún cuando en la cláusula veinte se dice que "Los comisionistas declaran que en la misma forma y condiciones establecidas en las cláusulas de este contrato, y como sociedad de hecho, han venido trabajando para con el mandante..." "no desvirtuó el casacionista la argumentación del Tribunal de que las sociedades de hecho no constituyen una persona moral capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Además, ante lo estipulado en esta cláusula y lo afirmado en el encabezamiento del contrato, de que los demandantes contrataron a nombre propio, bien podía el Tribunal concluir que las obligaciones las contrajeron los comisionistas personalmente, sin que por ello incurriera en evidente error de hecho, máxime cuando de acuerdo con sus planteamientos previos, que no fueron impugnados, las llamadas sociedades de hecho carecen de realidad jurídica ante terceros. En consecuencia no prospera el cargo.

Por último, en lo referente al desempeño por parte de los demandantes de las gestiones que le fueron encomendadas, el adquem, en primer término, consideró que era a la sociedad demandada a la que correspondía dar la prueba de que los actores no desempeñaron por ellos mismos la gestión encomendada sino que lo hicieron por terceras personas, prueba que no fue producida, y en segundo lugar, estimó que las declaraciones de los testigos Fabiola Mosquera, Livia Villaquirán y Amparo Villaquirán, que transcribió en lo pertinente, "demuestran que los demandantes si desempeñaron personalmente sus funciones de agentes vendedores y por sí mismos cumplieron su cometido al servicio de la misma". Llegó a esta conclusión mediante el análisis siguiente:

"Estas tres declaraciones demuestran que los demandantes tuvieron a su servicio a las testigos como sus empleadas de mostrador, como sus dependientes; pero de ellas no puede deducirse en forma alguna que aquellos entregaron a esas tres empleadas la realización de su cometido, el ejercicio de su función de comisionistas, en cumpli-

miento de su contrato como agentes vendedores de Ferretería Argentina. El hecho de que los actores hubiesen tenido sucesivamente a estas tres dependientes, no implica el que ellos hubiesen dejado de actuar personalmente o por sí mismos. Más aún: si miramos que en sus declaraciones estas testigos no fueron dependientes de los actores sino unos dos meses, aproximadamente cada una, es lógico concluir que tenían que encontrarse bajo la inmediata dirección de éstos, pues de otra manera no se entiende cómo en tan corto lapso hubieran podido estar al tanto de precios, calidad de los artículos, condiciones de venta, etc. de las diversas mercancías que debían expender los comisionistas. Y al proceder así los señores Giraldo y Méndez no hicieron otra cosa que adaptarse a lo preceptuado en el artículo 363 del Código de Comercio, que prohíbe delegar la comisión sin facultad expresa, pero que agrega que "esta prohibición no comprende la ejecución de aquellos actos subalternos que, según la costumbre del comercio, se confían a los dependientes".

El casacionista, al referirse a estas pruebas, dice que ellas demuestran lo contrario, o sea que el encargo que constituyó el objeto del mandato comercial no lo efectuaron los comisionistas personalmente sino por intermedio de las nombradas declarantes, con cuyos testimonios se acredita también "el cabal cumplimiento de lo pactado al respecto en la cláusula séptima del contrato de mandato celebrado entre las partes".

Como puede observarse, el impugnador expone su criterio sobre lo que a su juicio se deduce de las pruebas a que se hace mención, contrario al hecho que de ellas dedujo el ad-quem, pero no señala cuál fue la equivocada apreciación que hizo el sentenciador para llegar a una determinada conclusión. Es decir, no demuestra el error de hecho originado en la errónea apreciación de las citadas declaraciones.

No habiéndose demostrado los errores de hecho, el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Se fundamenta en que la sentencia acusa da viola, por vía indirecta, los artículos 64,

249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 127 y 128 ibídem, al haberlos aplicado al caso de autos, no siendo pertinentes, violación a la cual llegó el sentenciador de segunda instancia por haber apreciado mal unas pruebas y dejado de apreciar otras, circunstancia que lo indujo a un ostensible error de hecho.

Como pruebas mal apreciadas señala los documentos que contienen las liquidaciones de comisiones percibidas por los demandantes, visibles a los folios 73 a 90, y 92 a 118 del primer cuaderno, en relación con las cláusulas cuarta, quinta, sexta, séptima y quince del contrato de mandato comercial. Las pruebas dejadas de apreciar son las declaraciones rendidas por Fabiola Mosquera (f. 175); Livia Villaquirán (fls. 175 y 176), y Amparo Villaquirán (fls. 176 y 177).

Se refiere el recurrente a las consideraciones hechas por el ad-quem para obtener el salario base de liquidación, y dice que no tuvo en cuenta que el valor de las comisiones no representa exactamente la ganancia de los comisionistas, por cuanto era forzoso restar de ellas el valor de los gastos para lograr las referidas comisiones sin que se sepa a cuanto ascendieron, debiéndose deducir también el valor de los sueldos de Fabiola Mosquera, Livia Villaquirán y Amparo Villaquirán, cuya cuantía también se desconoce. No obstante, continúa, el ad-quem admitió que las liquidaciones brutas contenidas en los respectivos documentos representaban el salario que conjuntamente percibieron los demandantes para deducir el promedio, sin que hubiera verificado, por otra parte, las operaciones aritméticas consignadas en la demanda, puesto que la suma total asciende a \$ 64.446.06 y no a \$ 65.046.06, como allí aparece.

Se considera:

El Tribunal tomó como salario base para liquidar las prestaciones e indemnización por lucro cesante, el promedio mensual del valor de las comisiones devengadas por los demandantes en el período comprendido entre octubre de 1964 y julio de 1965. Ahora bien: las comisiones constituyen salario,

pues a través de ellas se remuneraron los servicios prestados por los trabajadores. Pero como bien lo anota el recurrente, en las cláusulas quinta, sexta, séptima y quince del contrato que rigió las relaciones entre las partes, se estipuló que los gastos que se ocasionaren, es decir, los que efectuásem directamente los comisionistas, serían por cuenta de ellos; que el local ocupado por los demandantes figuraría en su nombre con la calidad de arrendatarios directos, y a partir del 1º de enero de 1965 cumplirían las obligaciones propias del contrato de arrendamiento que debían suscribir; que podían cumplir su cometido por intermedio de terceras personas, y que también sería de cargo de ellos el valor de la prima de un seguro por \$ 20.000.00 para garantizar el buen manejo de las mercancías que se les entregaren. Estas disposiciones contractuales indican claramente que de lo recibido por comisiones los demandantes estaban obligados a sufragar algunos gastos. En consecuencia la parte de dichas comisiones destinada para este efecto no constituye salario, pues no equivale a una retribución de servicios de los trabajadores demandantes, ni enriquecieron su patrimonio, sino que con ella cubrían expensas necesarias para desempeñar a cabalidad las funciones a cuyo desempeño se habían obligado contractualmente. De manera que el ad-quem incurrió en error de hecho al considerar que la totalidad de las comisiones recibidas por Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez constituían el salario por ellos devengado durante la ejecución del contrato de mandato comercial, en el cual, según lo decidió, se encontraba involucrado un contrato de trabajo. Se produjo así la violación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuentemente la de las normas sustanciales señaladas en el cargo, que prospera por las razones expuestas.

Como en el proceso no aparece la cuantía de los gastos a que estaban obligados los demandantes, la Sala considera conveniente dictar un auto para mejor proveer con el fin de allegar la prueba respectiva y tomar con base en ella la decisión que ha de sustituir, una vez casada la sentencia recurrida.

Recurso del trabajador demandante.

Alcance de la Impugnación.

Lo precisa así el recurrente: "Que esta Honorable Sala de la Corte Suprema de Justicia, obrando como tribunal de instancia, se sirva casar la sentencia extraordinariamente recurrida de segunda instancia de fecha dos de agosto del presente año, que obra a los folios 287 a 314, y por ende la sentencia de primera instancia fecha siete (7) de junio pasado, que obra a los folios 228 a 272, del cuaderno principal, en la siguiente forma: — 1º Que se condene a la sociedad demandada al pago de la cesantía por todo el tiempo de servicios comprendido entre el día primero (1º) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963) al treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), o sean treinta (30) meses o año y medio, tomando la suma de seis mil doscientos ochenta y un pesos con ochenta y un centavos (\$ 6.281.81) moneda corriente, que es el promedio del valor de las comisiones devengadas y pagadas a los dos (2) actores en el último año de sus servicios a la demandada, comprendidos entre el día primero de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y el treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965); prestación ésta que asciende a la suma total de quince mil setecientos cuatro pesos cincuenta y dos centavos (\$ 15.704.52) moneda corriente. — 2º Que se condene a la sociedad demandada al pago de las primas de servicio por los siguientes períodos o semestres y cantidades:

- a) Por los cinco (5) primeros meses de 1963 la suma de \$ 2.565.11 M. C.;
- b) Por el segundo semestre de 1963, la suma de \$ 3.514.82 M.C.;
- c) Por el primer semestre de 1964, la suma de \$ 2.829.79 M. C.;
- d) Por el segundo semestre de 1964, la suma de \$ 3.610.23 M. C.; y
- e) Por el primer semestre de 1965, la suma de \$ 2.772.48 M.C.

Total de Primas Debidas \$ 15.288.43. — 3º Al pago de las vacaciones remuneradas y no disfrutadas por los dos actores, correspondientes a los dos (2) años comprendidos entre el primero (1º) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963) y el último día de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), tomando como base el último sueldo promedio anual, de aquellos, que fue el comprendido entre el primero (1º) de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) el cual ascendió a la suma de tres mil ciento cuarenta pesos con noventa centavos (\$ 3.140.90) moneda corriente, o sea, exactamente, la condena por este concepto de vacaciones y por ésta suma. — 4º Al pago de la sanción moratoria por haber incurrido en la omisión del pago, sin justificación alguna, de las prestaciones sociales e indemnizaciones; sanción esta que se ha causado desde el día primero de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), a razón de ochenta y ocho pesos noventa centavos (\$ 88.90) moneda corriente diarios hasta la fecha en que se haga la cancelación total de las mismas, tomando como base el salario promedio del último mes de servicios (julio de 1965). — 5º Que se confirme en todas sus partes la condena proferida por el ad-quem en cuanto a que ordenó pagar la suma de noventa y un mil sesenta y cuatro pesos cuarenta centavos (\$ 91.064.40) moneda corriente por concepto de lucro cesante”.

Con base en la causal primera formula cuatro cargos. Se estudiarán conjuntamente los dos primeros cargos, porque predicándose en ambos la violación de la ley por iguales conceptos y sustentándose la acusación en los mismos argumentos, se complementan entre sí.

Primer cargo. — “Causal primera contenida en los Arts. 87 del C. P. T. y 60 Decreto 528 de 1964 por infracción directa de los Arts. 1º del Decreto 617 de 1964, 14, 22, 24, 25, 37, 39, 43, 47, 54 y 98 del C.S.T., por haber resuelto en la sentencia acusada que la primera etapa de trabajo o sea la que va del primero de febrero de 1963 al último de septiembre de 1964 está completamente cancelada; en otros términos, por falta de apli-

cación de las normas citadas de orden sustantivo, puesto que, solo las aplicó en forma parcial y no total como ha debido hacerlo el ad-quem, ya que para el tiempo posterior o segunda etapa —1º de octubre de 1964 al 30 de julio de 1965, si aceptó la existencia del contrato de trabajo y no obstante que no hubo solución de continuidad alguna entre tales partes o períodos. El presente cargo se formula independientemente de toda situación de hecho o probatoria”.

Segundo cargo. — “Causal primera contenida en los Arts. 87 del C.P.T. y del Decreto 528 de 1964 por infracción directa de los artículos 7º y 8º del Decreto 617 de 1954, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo en que incurrió el ad-quem en su sentencia acusada extraordinariamente. a) Por haber condenado a la demandada al pago de la cesantía solo por el lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1964 y el 30 de julio de 1965 (10 meses) y no por los 30 meses de servicio, comprendidos entre el 1º de febrero de 1963 y el 30 de julio de 1965, tiempo este en que los actores prestaron sus servicios continuamente a la sociedad demandada; b) Por no haber condenado a la demandada al pago de todas las primas de servicios causadas en los 30 meses de trabajo de los dos actores, sino únicamente a la parte proporcional correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1964 y el último de junio de 1965 y por haber confirmado en este punto la sentencia del a-quo; c) Por haberse abstenido de condenar a la demandada al pago de las vacaciones de dos (2) años comprendidos entre el 1º de febrero de 1963 y el último día del mes de enero de 1965. Las anteriores violaciones en que incurrió el ad-quem, estriban en que este las aplicó, pero, sólo haciéndolas producir efectos parciales o sea que las aplicó en parte y no en forma completa como correspondía para que surtieran efectos totales en favor de los derechos de los dos actores. El presente cargo se formula independientemente de toda situación de hecho o probatoria que aparezca de autos”.

Al sustentar la acusación, dice el impugnador que el ad-quem no discute que en la segunda etapa de servicios hubiera contrato

de trabajo, y sin embargo se abstuvo de aplicar la integridad de las normas sustantivas que se consideran violadas, "por la circunstancia de que obran elementos en el informativo de los cuales concluye que es una situación intocable por el juzgador", sin caer en cuenta que las peticiones de la demanda inicial, comprenden todo el tiempo de la relación laboral, o sean treinta meses. Se refiere a otras consideraciones del Tribunal en relación al servicio prestado por los demandantes antes del 1º de octubre de 1964, y a que no se demostró que no fuese cierto el contenido de las cláusulas que liquidan la situación anterior, consideraciones que comenta el recurrente afirmando que los trabajadores no pueden renunciar a ningún derecho laboral, y que al no condenar a la demandada por las prestaciones correspondientes a todo el tiempo de servicio, violó el artículo 14 del C.S.T. Insiste en que en la primera etapa de servicios se configuró el contrato de trabajo entre las partes, y que era al demandado a quien correspondía desvirtuar la presunción; que el artículo 43 del C.S. del T. ha previsto la ineficacia de las cláusulas ilegales, pero conservando el derecho del trabajador a sus prestaciones por todo el tiempo de servicio, y que si el ad-quem no dudaba de la existencia del contrato de trabajo en esa etapa, ha debido condenar a la demandada al pago de las prestaciones sociales, no por diez meses, sino por treinta meses de servicios.

Se considera:

Es cierto que el Tribunal no negó que los demandantes hubieran podido estar al servicio de la demandada antes del 1º de octubre de 1964; pero consideró que las partes declararon en forma terminante en el contrato escrito que rigió sus relaciones, que los servicios anteriores a dicha fecha "habían sido definidos y quedaban a paz y salvo por razón de ellos", y que no había encontrado argumentos para desconocer el valor de dichas cláusulas contractuales.

Se observa en consecuencia que la acusación contenida en este cargo se fundamenta en un planteamiento fáctico diferente al que tuvo en cuenta el ad-quem para no computar el referido período al liquidar las

prestaciones sociales de los demandantes, pues si dejó de aplicar las normas que las consagran, lo hizo porque estimó que las partes habían reconocido que estaban canceladas, y no porque hubiera llegado a la conclusión de que antes del 1º de octubre de 1964 no existió un contrato de trabajo. De manera que de haberse producido la pretendida violación de las normas consagradoras de derechos señaladas en la formulación de los cargos, habría sido por el reconocimiento que hizo el ad-quem de un hecho que el recurrente no acepta, o sea que las partes dejaron establecido "que la demandada canceló íntegramente lo que adeudaba a los actores por el tiempo anterior a esa fecha" (primero de octubre de 1964), lo que implica que carezca de eficacia la acusación por vía directa, que exige la existencia de un supuesto fáctico en el cual estén de acuerdo impugnante y fallador. Por lo tanto se rechazan los cargos.

Tercer cargo. — "Causal primera contenida en los Arts. 87 del C.P.T. y 60 del Decreto 528 de 1964 por la violación indirecta o de medio en que incurrió el ad-quem y que aparece a primera vista por haber aplicado parcialmente las normas sustantivas que más adelante se enumeran, como consecuencia de haber interpretado erróneamente las siguientes pruebas: a) Constancia de tiempo de servicios de dos años y medio, expedida por la sociedad demandada (folio 13); b) Copia de la carta que contiene el folio 14; c) Carta sobre los dos años y medio de servicio de los dos actores (folio 22); d) Nueva constancia sobre tiempo de servicios de los dos actores a la demandada (folio 24); e) Copias de las liquidaciones de las comisiones causadas y devengadas por los dos actores en los años de 1963 y 1964, folios del 26 hasta el 90; f) Contrato del 22 de febrero de 1965, folios 5º y 6º, 136 y 137 del expediente. Además, por haber dejado de apreciar la declaración que obra en los folios 15 y 16 de Mauricio Ayerbe en el valor probatorio que pueda tener tal documento. El presente cargo implica para el ad-quem el haber violado en la forma descrita las siguientes disposiciones contenidas en los Arts.: 1º, 7º y 8º del Decreto 617 de 1954, Art. 1º del Decreto 3129 de 1956, Arts. 14,

22, 24, 25, 37, 39, 43, 47, 54 del C.S.T. Art. 254, *ibídem*. — El ad-quem interpretó erróneamente y en forma acomodaticia las pruebas citadas al principio del presente cargo, ya que aceptó algunas de ellas para proferir la condena parcial; pero no aceptó rectamente las mismas para proferir la condena total a cargo de la sociedad demandada. Por haber hecho esto fue por lo que violó indirectamente las normas que se citan en el presente cargo”.

Se considera:

Para el recurrente el contrato de trabajo que hubo entre la sociedad demandada y los trabajadores, es uno solo y no puede ser dividido en dos etapas, afirmación que según él la confirman algunas pruebas del proceso. Dice que si en la demanda se pidieron prestaciones por treinta meses de servicio y si existen certificaciones de la sociedad demandada sobre la no interrupción de los servicios, no se ha desvirtuado la presunción de que existió una relación laboral entre el 1º de febrero de 1963 y el último de octubre de 1964.

Ahora bien: El Tribunal no negó la existencia del contrato de trabajo por el tiempo anterior a la fecha del contrato escrito, sino que no tuvo en cuenta ese período para liquidar las prestaciones sociales, por considerar que las partes habían declarado que estaban a paz y salvo por los derechos que se habían causado, con lo cual no incurrió en error de hecho, pues no otra cosa dice la cláusula 19 del contrato, en la cual los demandantes manifestaron “que lo que les corresponde por pago, hasta la presente fecha les ha sido íntegramente cancelado y que la sociedad representada por el Mandante hasta la presente fecha en que se firma el contrato, se encuentra a paz y salvo para con ellos”.

En relación con el testimonio de Mauricio Ayerbe, que el recurrente señala como no apreciado, es de observar que no fue ratificado dentro del juicio, por lo cual carece de mérito probatorio.

Por último, argumenta el recurrente que el pago de la cesantía por la primera etapa

de servicios fue ilegal y debe el patrono perder su valor. Pero si el Tribunal estimó que existieron dos contratos de trabajo, el pago por el primer contrato es válido. Y la afirmación del ad-quem sobre la existencia de dos contratos no se desvirtúa por el hecho de que los servicios no hayan sufrido interrupción, pues nada se opone a que las partes celebren un contrato de trabajo inmediatamente después de terminado el anterior, salvo cuando se demuestre que el segundo contrato se hizo fraudulentamente para desconocer derechos del trabajador, lo que en este juicio no se ha probado. Al no haber incurrido el ad-quem en el error de hecho que se atribuye no prospera el cargo.

Cuarto cargo. — “Causal primera contenida en los Arts. 87 del C.P.T. y 60 del Decreto 528 de 1964 por infracción directa del Art. 65 del C.S.T. en que incurrió el ad-quem en la sentencia acusada por negar la aplicación o efectividad de esta norma legal sustantiva debiendo haberlo hecho, o sea por no haber proferido su condena en cuanto a la sanción moratoria se refiere a cargo de la sociedad demandada desde el 1º de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) hasta la fecha de la cancelación de las prestaciones sociales causadas a favor de los dos actores. — En este punto el ad-quem, como en los demás tomó el fallo de a-quo por considerar que las razones presentadas por ésta son suficientes para haber negado esta petición de la demanda inicial. Presenta para justificar su negativa el hecho de que la sociedad desde un principio negó la existencia del contrato de trabajo entre esta y los dos actores y por lo tanto se reafirma en su negativa y para finalizar su argumentación la cierra con alguna jurisprudencia de esta misma H. Sala. — Es evidente que la sanción moratoria se causó en el presente caso no solo porque las razones que adujo la demandada ni se justifican ni son atendibles, puesto que de lo que se trataba desde un principio fue de un contrato de trabajo completamente configurado. Pero, es absurdo que profiriéndose las condenas por el ad-quem de cesantía, primas de servicio, en parte estas dos, y lucro cesante por la existencia del contrato de trabajo, y, establecidas estas consecuencias

no se profiera también la condena por la mora en el pago de estas mismas obligaciones, por las cuales la demandada ha demostrado en cuanto a su cumplimiento una actitud olímpica de desprecio, puesto que no hizo la menor diligencia por proceder al pago por consignación ni después de la sentencia de primera instancia ni aún después de dictada la de segunda instancia. Aquí la buena fe de parte de la demandada no aparece por parte alguna, como para que permitiera que se le exonerara de la sanción que impone el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que se cita como violado por el ad-quem en el presente cargo. No hay pruebas que justifiquen la negativa del ad-quem para en la aplicación de la sanción moratoria. La simple afirmación de la demandada de que siempre consideró que no había contrato de trabajo no es suficiente como para que el ad-quem confirmara esta absolución consagrada por el a-quo".

Se considera:

El Tribunal no condenó al pago de la indemnización por mora, porque estimó que la sociedad demandada negó desde un principio la existencia de un contrato de trabajo, sosteniendo la de uno de naturaleza comercial, posición que no apareció de mala fe a su juicio, pues la conclusión a que llegaron los falladores de instancia fue con base en un detenido análisis jurídico, que no surge a primera vista para el patrono, máxime cuando en el contrato celebrado entre las partes se pactó que los demandantes no quedaban bajo la dependencia y subordinación de la demandada, frase que se encontró inocua, pero que no demuestra por sí misma intención de burlar con ella los derechos del trabajador.

Es decir, que el ad-quem no condenó a la empresa demandada a pagar la indemnización por mora, porque encontró demostrada la buena fe del patrono al no pagar oportunamente las prestaciones adeudadas. Si esa fe existió o no, es cuestión de hecho, ajena a la violación directa de la ley. En consecuencia no prospera el cargo.

Quinto cargo. — "Causal primera contenida en los Arts. 87 del C.P.T. y 60 del Decreto 528 de 1964 por violación indirecta o de medio que aparece a primera vista del Art. 65 del C.S.T., por falta de aplicación del Artículo citado y haber interpretado erróneamente las siguientes pruebas: a) Constancia de tiempo de servicios de dos años y medio dada por la sociedad demandada, folio 13; b) Copia de la carta del folio 14; c) Carta sobre los dos años y medio de servicios a la sociedad prestados por los dos actores del folio 22; d) Nueva constancia sobre el tiempo de servicios de los dos actores dada por la sociedad del folio 22; e) Copias de las liquidaciones de las comisiones causadas y devengadas por los dos actores entre el primero de febrero de 1963 y el 30 de julio de 1965, folios 26 al folio 90, y, g) Copia del contrato de los folios 5º y 6º; por falta de estimación o valoración probatoria de la declaración de Mauricio Ayerbe que obra al folio 16 del expediente. Afirma el ad-quem que la sociedad demandada sí dio razones atendibles ante la justicia laboral para que no se les aplicara la sanción moratoria porque dijo desde un principio que consideraba que nunca había pensado que pudiera tener contrato de trabajo con los dos actores. Pero esta afirmación que la comparten a-quo y ad-quem en gran solidaridad judicial está completamente desvirtuada por las pruebas citadas en el presente cargo que el ad-quem las interpretó erróneamente, es decir, en sentido contrario a los intereses y derecho irrenunciables de los dos actores, y por haber interpretado acomodaticiamente el contrato de fecha 22 de febrero de 1965 y haber dejado de apreciar la declaración de Mauricio Ayerbe del folio 16. Las pruebas dadas por la misma sociedad, por intermedio de sus representantes legales son de una claridad indiscutible y las mismas nunca fueron tachadas en ninguna forma ni lo podían ser en ningún momento pero el ad-quem sacó consecuencias contrarias, es decir dedujo la buena fe de la sociedad demandada, cuando es todo lo contrario precisamente: la mala fe ha quedado patente puesto que la demandada afirma que los

dos actores trabajaron como agentes vendedores a su servicio por el término de dos años y medio. Esto qué indica? Esto qué demuestra? Indica y demuestra que de lo que se trataba y de lo que hubo entre las mismas partes litigantes era un contrato de trabajo, no con las aparentes desfiguraciones del contrato del 22 de febrero de 1965, porque estas cláusulas son ineficaces al decir del mismo C.S.T., si no un escueto contrato de trabajo. Y el indicio que da, por lo menos la declaración de Mauricio Ayerbe sobre la finalidad del contrato famoso del 22 de febrero de 1965, no sirvió para ser citada por el ad-quem, la cual tampoco la pudo relacionar con las otras plenas pruebas ya citadas en el presente cargo que si demuestran la mala fe de la sociedad demandada, más que el texto literal del contrato de marras”.

Se considera:

El Tribunal dedujo la buena fe de la sociedad demandada en relación con el no pago oportuno de las prestaciones sociales, de la posición que adoptó desde un principio al negar la existencia del contrato de trabajo, sosteniendo la de uno de naturaleza comercial, posición que no encuentra de mala fe, pues si en los fallos de instancia se encontró que podían coexistir los dos contratos, a esta decisión llegaron después de un detenido análisis jurídico, “que no surge a primera vista para un patrono, quien puede lógicamente considerarse no obligado a cumplir un contrato de trabajo, cuya existencia ignora o desconoce por estar involucrado con otro de naturaleza diferente”.

Considera la Sala que el ad-quem no incurrió en error de hecho al calificar la posición de la sociedad demandada como de buena fe al negar la existencia de un contrato de trabajo con los demandantes, pues si las pruebas a que se refiere el impugnador demuestran claramente su existencia para éste, esta claridad podía no presentarse para el demandado, máxime cuando en el contrato firmado por las partes, como también lo observa el Tribunal, se había pactado que los comisionistas no

quedaban bajo la subordinación y dependencia del mandante.

Cuanto a la declaración de Mauricio Ayerbe, por haber sido rendida extra-juicio, y no haberse producido su ratificación dentro del juicio, carece de mérito probatorio.

No habiéndose demostrado el error de hecho que se le atribuye al fallo recurrido, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil Laboral, en cuanto reforma el fallo de primer grado en el sentido de que la condena por lucro cesante es de noventa y un mil sesenta y cuatro pesos con 40/100 (\$ 91.064.40) y de seis mil quinientos cuatro pesos con 60/100 (\$ 6.504.60) la de cesantía y en cuanto confirma la condena por prima de servicios; y en función de instancia decreta, en auto para mejor proveer, el nombramiento de un perito para que avale los gastos realizados por Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán en el cumplimiento de sus funciones pactadas en el contrato que obra a folio 5 y 6 del primer cuaderno, y a los cuales se refieren las cláusulas quinta, sexta, séptima y quince de dicho contrato, consistentes en los gastos necesarios para la gestión desarrollada por ellos durante el período comprendido entre el mes de octubre de 1964 y julio de 1965; lo pagado por arrendamiento del local situado en la carrera 7ª N° 4-64 de Popayán, desde el 1º de enero de 1965 hasta el 30 de julio del mismo año; la cuantía del salario devengado por Fabiolo Mosquera durante un mes y dieciocho días, Livia Villaquirán durante dos meses, y Amparo Villaquirán durante dos semanas, en su calidad de trabajadoras de los demandantes y como compensación a los servicios que ellas prestaron; y la prima de un seguro por veinte mil pesos en diez meses para garantizar el buen manejo de las mercancías que Alvaro y Carlos Hormaza Ltda. entregaban a Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán.

Para la práctica de esta prueba se comisiona al Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil Laboral, con facultades para nombrar y reemplazar el perito, posesionarlo, fijarle término para rendir el dictamen y recibir éste. Término de la comisión quince días hábiles más la distancia.

Una vez diligenciado el despacho que al respecto se libre con los insertos pertinentes, volverá el negocio al Despacho para lo que procedan legalmente. No la casa en lo demás.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de los demandantes.

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.

OBJETO DEL PROCESO LABORAL

El proceso laboral se caracteriza por estar enderezado a conseguir la verdad real y el juez está obligado a establecerla y a proferir su decisión con base en ella.

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

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 23).

Nazario Gómez Pinzón, demandó, por conducto de apoderado, a la Beneficencia de Cundinamarca, representada por su Síndico Gerente, Dr. Francisco Ortega París, para que, mediante el procedimiento prescrito para los juicios ordinarios de trabajo, se declarase que entre las partes existieron relaciones de carácter laboral desde el día 24 de noviembre de 1938 hasta el 31 de diciembre de 1959, y, en consecuencia, se condenase a la demandada a pagarle las sumas que resulten probadas por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicio, compensación de vacaciones, indemnización moratoria y las costas del juicio. En subsidio, solicitó que se hiciesen las mismas condenaciones, pero tomando como base de ellas el tiempo de servicios transcurrido desde el 1º de enero de 1958.

Según las voces del libelo, Gómez Pinzón prestó sus servicios como Administrador y Gerente de la Lotería de Beneficencia de Cundinamarca, desde el 24 de noviembre de 1938 hasta el 31 de diciembre de 1959, en virtud de sucesivos contratos celebrados con la Beneficencia de Cundinamarca, que se hicieron constar en documentos privados y y otros en escrituras públicas. En los cele-

brados hasta el 14 de marzo de 1958 se adoptó la modalidad de Administración Delegada, pero con fecha 15 de marzo de ese año las partes resolvieron darle la forma de un contrato de trabajo, por el término de duración de un año, con vigencia a partir del 1º de enero anterior, prorrogable por períodos iguales, como efectivamente fue prorrogado entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1959. Se pactó como remuneración un porcentaje igual al uno y medio por ciento (1½%) sobre las utilidades netas que se obtuvieran hasta por la suma de un millón quinientos mil (\$ 1.500.000.00), de un uno por ciento (1%) sobre las utilidades netas anuales, si ellas superaban la anterior cantidad. En virtud de tal estipulación, el trabajador recibió durante el último año de labores, comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1959 —fecha en la que terminó el contrato porque la beneficencia había comunicado su intención de no prorrogarlo—, un salario promedio de \$ 7.195.61 mensuales. Aunque en los contratos celebrados por las partes antes del 15 de marzo de 1958 se adoptó la forma de Administración Delegada, tales contratos por la índole de las funciones encomendadas, por la permanente subordinación o dependencia a que estuvo sometido el trabajador, fueron de carácter laboral. La Beneficencia de Cundinamarca ha celebrado convenciones colectivas con sus trabajadores y en ellas ha convenido que las cesantías sean liquidadas con aplicación del Artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo o de otros factores aún más favorables. La demandada no ha pagado ni consignado las prestaciones so-

ciales que corresponden a Gómez Pinzón y éste no tiene cuenta alguna a su cargo que justifique esa retención. El procedimiento gubernativo se halla agotado.

En derecho se invocaron los artículos 20, 22, 23, 24, 25, 39, 189, 249, 253, 306 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La Beneficencia descorrió el traslado oponiéndose a las aspiraciones del actor, para lo cual negó unos hechos y aceptó otros y propuso las excepciones perentorias de carencia de jurisdicción, falta de acción, prescripción, pago y compensación.

Surtido el trámite propio de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, desató la controversia, en sentencia de primero de junio de mil novecientos sesenta y dos, declarando que entre Nazario Gómez Pinzón y la Beneficencia de Cundinamarca había existido una relación de carácter laboral desde el 24 de noviembre de 1938 hasta el 31 de diciembre de 1939, y condenando a la segunda a pagar al primero las cantidades de \$ 107.197.84 por concepto de cesantía; \$ 7.187.28 por primas de servicio; \$ 7.187.28 por compensación de vacaciones y \$ 239.40 diarios, a partir del 1º de enero de 1960 y hasta cuando se paguen las anteriores sumas, a título de indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de prescripción en relación con las primas de servicio anteriores al año de 1959 y con las vacaciones causadas antes del 24 de noviembre de 1957, e impuso las costas de la instancia a la parte demandada.

Apelada esa providencia por el procurador judicial de ésta, fue reformada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar que la relación laboral que existió entre las partes solamente tuvo lugar entre el 16 de marzo de 1958 y el 31 de diciembre de 1959, y reducir las condenas por cesantía y vacaciones a las sumas de \$ 12.892.15 y \$ 3.597.81, respectivamente. La confirmó en sus restantes pronunciamientos.

Contra ese fallo, dictado el trece de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro y

que tuvo cumplimiento provisional, interpusieron recurso de casación los apoderados de ambas partes, pero el de la actora fue declarado desierto por no haber sido sustentado. Como el de la demandada se halla debidamente rituado, la Sala procede a decidirlo, mediante el examen del respectivo libelo y del escrito del opositor.

La acusación —que se formula con base en la causal primera y a través de cuatro cargos— persigue que la sentencia impugnada sea casada totalmente y que la Corte, en sede de instancia, revoque la proferida por el Juzgado, y, en su lugar, absuelva a la entidad demandada de todas las súplicas contenidas en la demanda primitiva o, en subsidio, declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 25 de octubre de 1961.

Primer Cargo. — La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 25, 65, 186, 189, 253 y 306 del C.S.T., como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el fallador por no haber estimado unas pruebas y haber apreciado equivocadamente otras.

El recurrente señala varios errores de hecho, pero ellos se resumen en los de haber tenido como demostrado, no estándolo, que el contrato administrativo que ligó a las partes hasta el 14 de marzo de 1958 se transformó, a partir de esta fecha, en una relación de trabajo subordinado; en no tener como probado, estándolo, que entre el 15 de marzo de 1958 y el 31 de diciembre de 1959, el demandante “siguió manejando la Lotería de Cundinamarca exactamente en la misma forma, con las mismas facultades, con idéntica autonomía, que durante los diecinueve años anteriores”; y en dar por demostrado, sin estarlo, que la Beneficencia obró de mala fe y con deslealtad “en un juicio donde la discusión central, desde el principio hasta el fin, ha radicado en la naturaleza del vínculo jurídico, sin que pueda reputarse de deleznable la tesis de que el contrato es lo que es, y no lo que las partes digan que es, abonada como está por todos los tratadistas de derecho contractual”.

Como pruebas erróneamente apreciadas indica el documento de folios 21 a 25; la demanda inicial y su contestación; (fs. 56 y 68); los reclamos directos del actor o sus apoderados (fs. 276, 278, 44 a 49, 52 a 55, 281 a 284) y las respuestas de la Beneficencia (fs. 30, 33, 34); las posiciones absueltas por Francisco Ortega París y Nazario Gómez (fs. 95 a 101), con sus respectivos interrogatorios; las alegaciones de los abogados (fs. 161 a 167, 213 a 234, 240 a 263, 307 a 313). Y como dejada de estimar el acta de entrega de la Lotería (fs. 285 a 294).

El recurrente inicia la sustentación del cargo advirtiendo que el sentenciador admite que las relaciones entre las partes en el lapso comprendido entre 1938 y 1957 no estuvieron regidas por un contrato de trabajo, pues estuvo ausente en ellas el elemento subordinación. Pero deduce la existencia de un vínculo de esta naturaleza para el tiempo posterior al último año mencionado, con base en el documento de folios 21 a 25, que reproduce casi totalmente los contratos que regularon aquellas relaciones durante los 19 años que le antecedieron. La simple confrontación de este documento con los anteriores pone de presente la equivocada apreciación que de él hizo el Tribunal y el error manifiesto en su conclusión. La diferencia que destaca el fallo relativa a la supresión de la cita de algunos ordenamientos legales, carece de importancia, pues esas normas facultaban al Gobernador y a la Junta tanto para celebrar contratos de administración delegada como para asumir la administración directa de la Lotería, por lo cual su invocación o su omisión eran indiferentes para la calificación del contrato. Y la que hace consistir en la introducción de ciertas previsiones sobre aportes del administrador al Fondo de prestaciones sociales de la Beneficencia, sobre cómputo de su remuneración para el subsidio familiar y sobre imputación de la misma remuneración a la cuenta de gastos generales, "era apenas el complemento lógico de la operación encaminada a bautizar como contrato de trabajo la aludida relación jurídica, fuera de que, en la práctica, el aporte previsto para el fondo de prestaciones sociales no

tuvo ejecución, como lo confesó en posiciones el Sr. Gómez, precisamente porque solo se trataba de una apariencia contractual". La inclusión de la cláusula sobre caducidad tampoco era necesaria, pues ella de todos modos debía entenderse incluida, de conformidad en el artículo 44 del Código Fiscal de Cundinamarca. Y la cláusula tercera, que a juicio del fallador descarta, por sí sola, la posibilidad de un contrato de derecho público, porque consagra un tratamiento más o menos igualitario para las partes, no hace otra que regular la tácita reconducción en forma no solo compatible con los contratos administrativos sino habitual en ellos.

De otro lado, continúa exponiendo el impugnante, las partes han estado de acuerdo, cada una desde su punto de vista, que la relación jurídica que las ligó fue siempre una misma desde 1938 hasta 1959, sin que sufriera ninguna modificación sustancial; para el demandante fue de naturaleza laboral y para la demandada de índole administrativa, pero para ambos fue siempre una sola e idéntica. No obstante el *ad-quem* al declarar regido por un contrato laboral el lapso posterior al 15 de marzo de 1958, a renglón seguido de admitir que el tiempo anterior no lo hubo porque la administración fue autónoma, sin subordinación, da por sentado, al menos implícitamente, que hubo un cambio en la realidad objetiva, en el desarrollo práctico, a partir del documento de fs. 21 a 25. Y como lo que demuestran el libelo inicial y su contestación, los reclamos directos del actor y las respuestas de la Beneficencia, las posiciones absueltas por las partes, con sus respectivos interrogatorios y las alegaciones de los abogados es la primera situación, deviene evidente el error del juzgador a causa de la equivocada apreciación que hizo de esas probanzas.

Por último, si el Tribunal "no hubiera encontrado contradicción, mala fe y deslealtad en la conducta de la Beneficencia, como las encontró sin que hayan existido, no habría podido darle aplicación a la sanción moratoria prevista en el Art. 65 del código en un juicio donde la discusión central, desde el principio hasta el fin, ha radicado en la naturaleza del vínculo jurídico, sin que

pueda reputarse de deleznable la tesis de que el contrato es lo que es, y no lo que las partes digan que es, abonada como está por todos los tratadistas de derecho contractual”.

El opositor refuta cada uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente y sostiene que las pruebas fueron correctamente apreciadas por el fallador y que no incurrió, por tanto, en los errores de hecho que se le imputan ni en las violaciones de ley a que alude el ataque. Este, en consecuencia, no debe prosperar.

La Sala considera:

Es evidente que desde el comienzo del juicio — y aún desde antes, a través de las reclamaciones directas encaminadas a agotar el procedimiento gubernativo y de sus respectivas respuestas— las partes sostuvieron criterios francamente opuestos en relación con la naturaleza del vínculo que las había ligado, aunque con un punto de vista común para ambas. Así, mientras para el demandante el nexo fue de carácter laboral, para la demandada fue de índole administrativa, pero para los dos el contrato fue siempre uno solo, su esencia se conservó desde el principio hasta el final, pues no fue afectada por las modificaciones que ocasionalmente se le introdujeron. Sin embargo, el actor, en previsión de que las pruebas que se aportaran a los autos condujeran al juzgador a conclusión diferente, consignó en su libelo inicial una petición subsidiaria encaminada a obtener las mismas condenaciones impetradas con el carácter de principal, pero tomando en cuenta únicamente el tiempo transcurrido a partir del 1º de enero de 1958, durante el cual, en su concepto, no podía existir duda acerca de que la convención celebrada entre las partes fue de naturaleza laboral. Con ello abrió la posibilidad de que en el fallo se tuviera como establecida la existencia de dos vinculaciones de distinta índole, como realmente aconteció. Por tanto, no cabe la imputación de que tal escrito fue erróneamente apreciado.

Mas ni siquiera era necesario que en la demanda se hiciese aquella manifestación para que la litis pudiera ser resuelta en la

forma como se hizo, pues el proceso laboral se caracteriza por estar enderezado a conseguir la verdad real y el Juez está obligado a establecerla y a proferir su decisión con base en ella. De ahí que carezca de importancia la calificación jurídica que a sus relaciones den los contendientes y que tampoco pueda admitirse que las otras pruebas en que las partes hacen similares afirmaciones —cada una desde su personal punto de vista, conforme se dejó explicado— hayan sido mal apreciadas, como lo señala el atacante, con apoyo en la consideración de que se contrarió la tesis sostenida por los litigantes en el sentido de que la naturaleza del vínculo contractual fue siempre una misma. La censura, además, resulta ilógica, pues ella conduce a la conclusión de que el sentenciador siempre incurrirá en yerro al decidir las controversias en que las partes discutan la naturaleza del contrato que las unió, ya que al inclinarse por uno de los dos criterios, inexorablemente habrá de contrariar o desconocer la realidad objetiva afirmada por la contraparte.

Examinando más en concreto la argumentación del recurrente, cabe decir que la circunstancia de que el Tribunal hubiera estimado que el tiempo anterior al 15 de marzo de 1958 no estuvo regido por un contrato de trabajo, no es óbice para que haya encontrado probada la existencia de tal vínculo en el lapso posterior, a pesar de la afirmación del demandante de que la relación contractual fue siempre una misma, o la del demandado, en igual sentido pero referida a un contrato de carácter administrativo, pues, se repite, en el proceso laboral lo que interesa es la verdad real, y ésta bien pudo estar en la negativa del contrato de trabajo en el primer período y en la aceptación de su existencia respecto del segundo. En otras palabras, la aseveración de las partes en cualquiera de los dos sentidos expresados, no limitaba la facultad y el deber del sentenciador de desatar la litis de conformidad con los hechos que encontrase demostrados, vale decir, con la verdad real surgida de los autos, y, por tanto, nada se oponía a que declarase que aquellas relaciones estuvieran gobernadas por dos contratos distintos en tiempos diferentes si esto

fue lo que halló establecido. La declaración de que no hubo contrato de trabajo en el primer período no lo obliga a concluir de la misma manera con respecto al último por el solo hecho de que el actor afirmara la identidad del vínculo durante todo el tiempo, del propio modo que la conclusión de la existencia de aquel contrato en el primer lapso no le habría impuesto idéntico pronunciamiento en relación con el segundo.

En consecuencia, tampoco por este aspecto hubo equivocada apreciación de las pruebas singularizadas por el impugnador y en las cuales aparece hecha la manifestación de que el vínculo contractual fue siempre uno mismo.

El ad-quem dedujo la existencia de un contrato de trabajo a partir del 16 de marzo de 1958 y hasta el 31 de diciembre de 1959, con base en el documento que obra a folios 21 a 25, señalado también como mal apreciado. Al respecto, conviene anotar, como cuestión preliminar, que aún en el supuesto de que dicho documento contenga cláusulas iguales o semejantes a las de los instrumentos públicos que regularon las relaciones entre las partes en el tiempo anterior a la primera fecha indicada y a pesar de que el Tribunal hubiese concluido con fundamento en ellos que en este lapso la vinculación no fue de carácter laboral; son circunstancias que, por sí solas, no lo obligaban a hacer igual calificación de las relaciones del último período, si además encontró otros motivos que las diferenciaban; ni constituyen razones en sí mismas consideradas, que demuestren el error de hecho imputado, pues las pruebas equivocadamente apreciadas tanto pudieron ser los referidos instrumentos o el de folios 21 a 25, aspecto que, por lo demás, no podrá dilucidar la Corte respecto de aquellos, por cuanto lo definido acerca del primer período no es materia del recurso y las probanzas que sirvieron para calificarlo no forman parte de los medios probatorios singularizados en el cargo, ni constituyen base de la decisión impugnada.

La Sala deberá concretar su estudio, por lo tanto, a determinar si el documento de folios 21 a 25 fue mal apreciado por el sen-

tenciador y si a causa de ello la deducción que hizo fue manifiestamente equivocada. Se expresa en dicho documento que las partes por medio de él han celebrado un contrato de trabajo; en tal virtud a Gómez Pinzón se le da en su texto la denominación de "El Trabajador" y se compromete a "administrar con la mayor diligencia y cuidado los negocios de la Lotería de la Beneficencia de Cundinamarca" (cláusula primera); ésta, a su vez, se obliga a remunerarle sus servicios con un porcentaje igual al 1½ % sobre las utilidades netas hasta por la suma de un millón quinientos mil pesos y del 1 % sobre la misma clase de utilidades que excedan de esta suma (cláusula cuarta); el trabajador queda sometido "a las disposiciones emanadas de la Junta General de Beneficencia" (cláusula segunda), al control de la Auditoría Fiscal o de la entidad o persona que la reemplace en el futuro (cláusula quinta) y a la fiscalización de la Contraloría General del Departamento (cláusula décima); se le obliga a contribuir con el 3 % de su remuneración para el Fondo de Prestaciones Sociales de la Beneficencia y con el 5 % para el pago del subsidio familiar (cláusulas vigésima y vigésima primera), y por medio de la cláusula vigésima tercera se dispone que "el pago de las sumas de dinero por concepto de utilidades al "trabajador" se incluirán en el presupuesto especial de "La Lotería", dentro del capítulo de gastos generales".

Pues bien, el fallador concluyó que este documento contenía un contrato de trabajo, y esta inferencia, en opinión de la Sala, es inobjetable. En efecto, de las estipulaciones que se acaban de mencionar surgen, con fuerza inconstable, los tres elementos esenciales —o naturales, como algunos prefieren denominarlos— de un vínculo de esa naturaleza, a saber: la prestación personal de un servicio; un salario o remuneración como retribución del mismo, y la continuada dependencia o subordinación. Además, de que las otras estipulaciones, también mencionadas, sobre obligación de contribuir con el salario al Fondo de Prestaciones Sociales y al pago del subsidio familiar, destacan la calidad de trabajador del promotor de la litis.

El recurrente arguye que las aludidas cláusulas no fueron sino el complemento lógico de la operación encaminada a bautizar como contrato de trabajo la relación jurídica que venía rigiendo entre las partes, porque "Gómez encontró un Síndico amigo que se lo firmara"; pero tal aseveración no es más que un concepto personal suyo sin respaldo alguno en las probanzas de autos. Además, si el "ingenioso bautizo" de que habla fue coonestado por la institución demandada, a través de la firma de aquel documento por su representante legal y de la ejecución del contrato en él contenido, no puede recibirse como válido el argumento, como lo observa el opositor, porque a nadie le es dado alegar en su beneficio su propio error o torpeza: "Nemo propiam auditur turpitudinen alegans".

El impugnante formula reparos a otras razones expuestas como adicionales por el fallador para reforzar su criterio sobre la existencia del contrato de trabajo, mas la Sala no considera necesario referirse a ellos por cuanto, aún en la hipótesis de que resultaran fundados, la decisión se mantendría sobre las bases ya examinadas.

El Tribunal, como se ha visto, apreció bien las pruebas reseñadas en el cargo y de ellas dedujo, sin incurrir en yerro, que las partes habían estado ligadas por un contrato de trabajo en el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 1958 y el 31 de diciembre de 1959. Y como esa convención se hizo constar por escrito, bajo la firma del representante legal de la entidad demandada y fue cumplida por ésta durante el tiempo previsto para su duración, no halló justificada su postura ulterior, mediante la cual pretendió desconocer su existencia, y le impuso la obligación de pagar la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Sobre el particular el fallo contiene la siguiente exposición:

"Si la Beneficencia, mediante sus representantes legales, como se ha explicado, a partir del 16 de marzo de 1958 celebró un contrato de trabajo con el señor Nazario

Gómez Pinzón y con meridiana buena fe le consignó en el documento que ha merecido detenido análisis, es extraña postura, inconsecuente con su intención anterior, desconocer la eficacia legal del documento el cual hizo realidad con el concurso de su voluntad consciente. Si los planteamientos de su distinguido apoderado cobran vigor en cuanto a una duda justificada de la naturaleza contractual, tal duda se circunscribe al primer lapso de la relación jurídica, sobre el cual si cabía esgrimir, como efectivamente se esgrimieron, meditados y profundos razonamientos que acorde con la doctrina tendrían la indemnización moratoria; pero en lo que atañe al último período en donde el actor y la demandada de consuno sin ningún vicio de consentimiento, novaron la obligación, no hay ningún móvil verdaderamente justificado para eximir a la Beneficencia de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones del trabajador... "No existe duda justificada por parte de la demandada sobre la última relación contractual y su naturaleza laboral por cuanto así lo había querido y lo manifestó en el contrato mismo con expresiones indubitables e impuso obligaciones al actor como su subordinado. Esto lo hizo con ostensible buena fe y por esa misma buena fe ningún motivo plausible que no sea el de contrariarla, puede inducir a sostener tesis distinta ahora".

Para la Sala las anteriores consideraciones del ad-quem son atinadas, pues es incuestionable que frente al documento en referencia y a la conducta observada por la demandada durante su desarrollo, no resulta admisible la alegación de una duda justificada para el no pago oportuno de las prestaciones sociales. Es que, conforme lo tiene dicho la jurisprudencia, no basta, para que surja el elemento buena fe con capacidad exonerativa de la sanción en examen, que se desconozca o discuta la existencia del contrato de trabajo, sino que es preciso que tal discusión se plantee sobre bases más o menos firmes y aparezca respaldada con argumentos razonables que justifiquen el estado de duda que se alega. Y esta no es, precisamente la situación que pregonan los autos.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. — Está presentado como complementario del anterior y se le formula así:

“Violación directa, por aplicación indebida, de los Arts. 22, 23, 24, 25, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del C.S.T., como consecuencia de la interpretación errónea del Art. 1618 del C.C. en relación con los Arts. 1494, 1602, 1687, 1688, 1690 y 1693 del mismo Código.

“Independientemente de las cuestiones de hecho a que se refiere el cargo anterior, el sentenciador hace hincapié en que la intención de las partes que suscribieron el documento de 15 de marzo de 1958 fue inequívocamente la de establecer un contrato de trabajo. Esa intención resalta evidentemente, como lo observa el fallador, desde el encabezamiento del documento y en el reiterado empeño de utilizar el término “trabajador” en vez del de administrador delegado. Nadie lo discute.

“Pero la clasificación de un contrato no depende de la “intención” de los contratantes. Puede ser manifiesta su intención de celebrar, por ejemplo, un contrato de sociedad; a pesar suyo, si de las respectivas estipulaciones o de su aplicación práctica resulta que uno de los “socios” debe estar subordinado al otro en el desarrollo de una actividad personal, el contrato será de trabajo y no de sociedad. A la inversa, aunque su clara intención, y los vocablos que utilicen para manifestarla, correspondan a un contrato de trabajo, si en las estipulaciones consagran la autonomía del “trabajador” o ella resulta de la realidad objetiva, el contrato no será de trabajo a pesar de la “intención” de las partes.

“Cuando el Art. 1618 del C.C. dice que ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’, está sentando una prudentísima regla para la interpretación de los contratos, pero no eliminando las normas peculiares de cada especie contractual, que determinan sus elementos esenciales.

“La equivocada inteligencia de la disposición citada, en relación con las demás del Código Civil sobre el nacimiento de las obligaciones y su efecto, explica que en el fallo, a f. 353, se hable de ‘novación del contrato de administración delegada a pesar de que se admite que en la obligación antigua fue parte contratante el Gobernador de Cundinamarca (f. 342) y que no lo es en la nueva obligación (f. 348), sin tomar en cuenta ni el Art. 1602, que requiere el consentimiento ‘mutuo’, o sea de ‘ambos’ contratantes, ni los Arts. 1687 a 1693, reguladores de ese medio extintivo de las obligaciones.

“Aquí no estamos, pues, en presencia de errores de hecho ni de equivocaciones en la estimación de la prueba, sino ante errores de juicio en el entendimiento y la aplicación de las normas civiles mencionadas. Lo que a su vez contribuyó a la aplicación indebida de las disposiciones que definen el contrato de trabajo y obligan al pago de vacaciones, cesantías, prima de servicios e indemnización moratoria en su caso.

“Este gravamen se predica como complementario del primero, porque el efecto decisivo que el sentenciador atribuye a la “intención” de los contratantes es otro de los soportes de su fallo, como lo es también la creencia de la “novación” del contrato de administración delegada. Pero se presentan por separado porque el primero se funda en errores de hecho y este se reclama por la vía directa”.

Se considera:

Reconoce expresamente el impugnador que la sentencia acusada, además de los soportes que ataca en este cargo, tiene los que combatió por medio de la censura anterior. De ahí que, como para lograr su anulación era necesario destruirlos todos, se hubiese visto obligado a formular este segundo ataque con la calidad de complementario del precedente.

Pero estas mismas circunstancias relieván que la eficacia de este cargo quedaba condicionada a la prosperidad del primero, pues, aún suponiéndolo fundado, el fallo

permanecería sostenido por aquellas bases atacadas sin éxito, por lo cual es inoficioso su estudio.

Mas si por amplitud se le examinara, tampoco prosperaría, pues no es cierto que el sentenciador haya hecho exégesis alguna de la norma que se cita como mal interpretada; simple y llanamente la aplicó en el claro sentido que ella expresa. Quien la interpreta es el recurrente, y ni siquiera esa interpretación que él le da resultó contrariada por el ad-quem, desde luego que éste tuvo por establecida la existencia del contrato de trabajo determinando la concurrencia de sus elementos esenciales a través del análisis de los medios de convicción allegados al proceso y a la luz de las disposiciones legales que lo regulan. Solo después, y para mayor abundamiento, hizo referencia tácita al artículo 1618 del C.C. al agregar que, de las cláusulas del documento "emana la intención clara, inequívoca de que tanto actor como demandada lo que quisieron celebrar fue un contrato de naturaleza laboral".

El cargo es ineficaz y, en consecuencia, se rechaza.

Tercer cargo. — "(Subsidiario de los anteriores). Violación directa de los Arts. 3º, 4º, 491 y 492 del C.S.T., en relación con los Arts. 12 de la Ley 10 de 1934, 4º del Decreto 652 de 1935, 1º de la Ley 6ª de 1945 y 4º del Decreto 2127 de 1945, por falta de aplicación, y de los Arts. 22, 23, 24, 25, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del C.S.T., por aplicación indebida".

Dice el recurrente que, en el supuesto de que el 15 de marzo de 1958 hubiera surgido un contrato de trabajo entre la Beneficencia y el demandante, como lo da por establecido el fallador, la sentencia tendría que ser casada porque el Tribunal ignoró que a los trabajadores oficiales no les son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo, por él aplicadas indebidamente, por prohibición expresa de los Arts. 4º y 492 del mismo estatuto. Explica que la violación es directa, porque surge independientemente de las cuestiones de hecho, pues el fallo admite que la Beneficencia es un

establecimiento público del orden departamental y, por tanto, sus trabajadores son "oficiales" y no "particulares", al tenor de los Arts. 4º del Decreto 652 de 1935 y 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de los Arts. 12 de la Ley 10 de 1934 y 1º de la Ley 6ª de 1945, respectivamente, sin necesidad de ningún análisis probatorio.

La infracción denunciada es flagrante y no equivale a un simple error de cita, sin incidencia en la parte resolutive del fallo, porque las regulaciones del Código y las de la legislación anterior al mismo no son idénticas, lo cual explica a través de un examen comparativo de las disposiciones normativas de la prima de servicios y la indemnización moratoria en el primero, y de la prima de navidad y la misma indemnización en la segunda.

Finalmente, afirma que el cargo no constituye medio nuevo en casación, porque desde la contestación de la demanda inicial la Beneficencia rechazó sus fundamentos de derecho, que no eran otros que las mencionadas disposiciones del C.S.T., e insistió en ese rechazo en las alegaciones de la segunda instancia.

El opositor replica diciendo que tal planteamiento se hace por primera vez y, por tanto, sí constituye un medio nuevo; que la acusación es inadmisibles porque ha debido formularse por vía indirecta, pero que, en el supuesto de que se aceptara, no sería pertinente por estar el caso de autos fuera de las normas invocadas por el recurrente.

Se estudia:

La razón está de parte del opositor en cuanto sostiene que el cargo constituye un medio nuevo. Es cierto que en la constatación de la demanda se negaron los fundamentos de derecho afirmados en ésta y que se siguieron negando a través de las alegaciones hechas en el curso del juicio. Pero tal negativa se hizo sobre la base de que entre las partes no había existido un contrato de trabajo, sino uno de administración delegada. Y en el planteamiento de ahora se admite —así sea con el exclusivo propósito

de poder formular la acusación por la vía directa—la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, pero se niega que las normas del Código Sustantivo del Trabajo, aplicadas por el fallador, sean las que regulan esas relaciones, afirmándose, en cambio, que ellas caen bajo el dominio de la legislación anterior al dicho estatuto.

La diferencia entre una y otra postura es, pues, manifiesta. Y como la última se ha venido a adoptar por primera vez en este recurso extraordinario, en donde no son admisibles los medios nuevos, y ella tiene ese carácter, deviene evidente que el ataque edificado sobre esa base no puede ser recibido por la Corte.

Se observa, además, que el cargo no se formula a través de una proposición jurídica completa, ya que pretendiéndose —aceptada como está la existencia del contrato de trabajo— que el litigio sea resuelto con aplicación de la legislación anterior al Código Sustantivo, no se indican como violadas las normas de ese conjunto de leyes y decretos que consagran los derechos discutidos, vale decir, las relativas al auxilio de cesantía, vacaciones, prima de navidad e indemnización moratoria.

Podría alegarse que el defecto apuntado es parcialmente aparente, por cuanto en el desarrollo del cargo se alude a algunos de aquellos preceptos y que en similares circunstancias la Sala lo ha tenido como subsanado y ha procedido al examen del cargo en el fondo. Mas debe observarse que esa conducta se ha seguido cuando en la sustentación aparecen acusadas expresamente, o al menos el claro propósito de hacerlo, las disposiciones legales omitidas al enunciarlo. En el presente caso no ocurre así, pues el impugnador no predica violación de las normas a que se alude, ni aparece que ese hubiera sido su ánimo, y la referencia que hace a algunas de ellas (sobre primas e indemnización moratoria) no tiene otro objeto que hacer resaltar la manera diferente como esos derechos aparecen consagrados en unas y otras disposiciones.

El cargo se rechaza, en consecuencia.

Cuarto Cargo. “(Subsidiario de los anterio-

res). Violación directa, por aplicación indebida, de los Arts. 22, 23, 24, 25, 65, 286, 189, 249, 253 y 306 del C.S.T., como consecuencia de la interpretación errónea de los Arts. 34 y 35 del C.P.L. y la consiguiente falta de aplicación del Art. 26 de la Constitución.

“El sentenciador admite que la Beneficencia de Cundinamarca es una entidad oficial del orden departamental, cuyos bienes y monopolios —como el de la lotería— son de propiedad del departamento de Cundinamarca, e igualmente da por demostrado que el libelo inicial del juicio del Sr. Nazario Gómez Pinzón contra la Beneficencia no le ha sido notificado al señor Gobernador de Cundinamarca.

“Para no decretar la nulidad propuesta por la Beneficencia en las instancias se funda en que, según su interpretación del Art. 35 del C.P.L., expuesta en varias oportunidades anteriores y ahora reiterada, cuando los establecimientos o empresas oficiales gocen de personería jurídica y tengan que comparecer como demandados en los juicios laborales, no se requiere la notificación de la respectiva demanda al Agente del Ministerio Público ni al Gobernador en su caso, sino exclusivamente a sus representantes legales, conforme al Art. 34 del mismo Código.

“.....”

“En el segundo miembro de ese artículo, (se refiere al 35) el término ‘entidades’ está tomado en sentido genérico, que engloba tanto las de derecho público, —Nación, Departamento o Municipios— como las demás entidades oficiales mencionadas en el inciso precedente. Habría sido un notorio pleonismo si en vez de la castiza locución adoptada se hubiera dicho: ‘Cuando dichas entidades, establecimientos o empresas oficiales... etc.’. Gramatical y lógicamente la expresión ‘dichas entidades’ reproduce a todas las que hayan sido singularizadas anteriormente.

“Y no podría referirse el Art. 35 comentado a los establecimientos o empresas oficiales que carezcan de personería jurídica, como pretende el sentenciador, porque si no son personas son apenas cosas, conjunto de bienes o elementos de propiedad de

alguna persona oficial; y no siendo personas aquellos establecimientos o empresas, jamás serán sujetos de derechos y obligaciones ni jamás podrán "comparecer en juicio como demandantes" ni 'como demandados', que son los supuestos a que la norma se contrae.

"Tan errada interpretación condujo a adelantar el proceso sin observar 'las formas propias' del juicio laboral, quebrantando así el Art. 26 de la Carta, con categoría de ley por su inclusión en el Código Civil, y a la aplicación indebida de las disposiciones sustanciales del trabajo, que el cargo invoca".

El opositor califica de injurídicos, ilógicos y artificiosos los argumentos del cargo y afirma que es claro que la disposición no puede referirse a entidades autónomas porque ello implicaría una contradicción. Sostienen, además, que la interpretación del recurrente repugna a lo estatuido en el artículo 250 del C.J. y en el 34 del C.P.L. y disloca toda la legislación nacional al respecto.

Se examina el cargo:

Al artículo 35 del C.P.L. no puede fijarse su alcance tomándolo aisladamente sino armonizándolo con el 34 de la misma obra, con el cual está estrechamente relacionado. En efecto, este dispone —recogiendo el principio general sobre la materia— que las personas jurídicas, es decir, tanto las de derecho público como las de derecho privado y las denominadas de derecho social, comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso. El artículo 35 desarrolla o explica este precepto en lo relativo a las entidades de derecho público Nación, Departamento o Municipio, indicando quiénes pueden asesorar a las personas que lleven su representación cuando comparezcan en juicio como demandantes, y a quiénes debe notificarse la demanda, además de sus representantes, para que contribuyan a su defensa cuando sean demandadas.

La lectura desprevenida del primer inciso de la norma puede dar lugar a confusiones por cuanto alude también a "los establecimientos o empresas oficiales"; mas si se observa que la asesoría del Gerente, Administrador, Director o Jefe de Obras respectivo la concreta al Agente del Ministerio Público —representante legal de la Nación y el Municipio— y al Gobernador —representante constitucional del Departamento cualquier duda queda despejada y la conclusión obvia es la de que la referencia que hace a los dichos establecimientos y empresas debe entenderse en su condición de simples dependencias de la administración nacional, departamental o municipal, sin capacidad para ser parte en juicio por sí solos, independientemente de la entidad a que pertenecen. Si se hubiese referido a ellos como personas jurídicas autónomas no solamente habría incurrido en desconocimiento de la capacidad inherente a aquella condición, como sujetos de derechos y obligaciones, sino que les estaría señalando equivocadamente como representantes suyos al Agente del Ministerio Público o al Gobernador y contradiciendo, de paso, el citado artículo 34 que las faculta para comparecer en juicio por medio de sus propios representantes.

La norma, indudablemente, contiene defectos de redacción en perjuicio de su conveniente y necesaria claridad. Si hubiera dicho que la asesoría se podía prestar también al representante legal o convencional del establecimiento o empresa oficial no habría cabido duda de que se estaba refiriendo a estos como entes jurídicos. Del propio modo, si hubiese negado expresamente esta calidad a los aludidos establecimientos o empresas oficiales no habría sido posible proponer una discusión seria acerca de la intención que tuvo el legislador al expedirla. Pero frente al tenor que exhibe no cabe más interpretación, desde el punto de vista racional y jurídico, que la que se ha dejado expuesta.

Consecuente con ella, y puesto que la redacción del segundo inciso de la disposición que se examina es sustancialmente igual a

la del primero, el término "entidades", en él utilizado, no puede ser tomado en el sentido genérico que prentende el recurrente, sino en el específico que le atribuyó el adquem. Es decir, que esta segunda parte de la norma regula el caso en que la Nación, el Departamento o el Municipio, —entidades de derecho público a que se refiere su primera parte— tengan que comparecer en juicio como demandadas en razón de servicios prestados a ellas directamente o a través de secciones, departamentos o dependencias suyos carentes de personería jurídica y, desde luego, de capacidad para que la acción puede ser dirigida contra ellos.

No comprende por tanto, a entidades que, como la Beneficencia de Cundinamarca, por tener aquella personalidad moral y gozar de los atributos reconocidos por la ley, pueden ser llamadas a juicio por sí solas, a través de sus representantes legales, conforme a la regla general consagrada en el artículo 34 del C.P.L.

El sentenciador no hizo, pues, una equivocada interpretación de los comentados

preceptos ni incurrió en las violaciones afirmadas en el cargo.

Este no prospera, 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 Bogotá el día trece de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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 Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION DE LOS AVIADORES CIVILES

Como se evidencia de todo lo transcrito, el Tribunal armonizó de acuerdo con su criterio, las voces de los artículos 269 y 270 del C.S. del T., con los preceptos que el recurrente considera erróneamente interpretados, y de esta concordancia dedujo que no era la empresa demandada la que debía cancelar periódicamente el valor de la pensión jubilatoria, sino la Caja de Auxilios y Prestaciones de la ACDAC.

Corse Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Bogotá, D.E. Julio siete de mil novecientos setenta.

(Ponente Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas B.).

(Acta N° 22).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte que demanda, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario de Roberto Tópaga Marta contra la Empresa "Aerovías Nacionales de Colombia S.A." —AVIANCA—.

Antecedentes.

Roberto Tópaga Marta pidió por medio de apoderado, que la Empresa mencionada "Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—, que tiene su domicilio en esta ciudad, fuera condenada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, mediante un fallo que poniendo fin al litigio hiciera los siguientes pronunciamientos:

"a) Que la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, está obligada a

pagar al señor Capitán Roberto Tópaga Marta una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

"b) Que la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, está obligada a pagar al señor Capitán Roberto Tópaga Marta la pensión solicitada en el literal anterior a partir del 11 de junio de 1961.

"c) Que la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, está obligada a pagar al señor Capitán Roberto Tópaga Marta el valor de los intereses legales sobre las sumas debidas por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 11 de junio de 1961 y hasta tanto se cancele el valor de la totalidad de las mensualidades debidas.

"d) Que igualmente están a cargo de ellas las costas y gastos del presente juicio en caso de oposición".

El demandante apoyó sus pretensiones en los siguientes hechos que se relacionan en forma sintética:

1) El Señor Roberto Tópaga Marta ingresó a la Empresa el día 9 de marzo de 1941,

habiendo desempeñado desde este día hasta el 31 de agosto de 1943 el cargo de operador de radio.

2) A partir del 1º de septiembre de 1943 hasta el 5 de enero de 1945, el trabajador, realizó las funciones de operador de radio de primera.

3) A partir del 6 de enero de 1945 hasta el 30 de octubre del mismo año, el señor Tópaga Marta ocupó el cargo de radio operador de vuelo, cargo este que fue sustituido por el de radio operador de vuelo de primera desde el 31 de octubre de 1945 al 17 de octubre de 1948:

4) Desde el 18 de octubre de 1948, hasta el 10 de marzo de 1949, el mismo trabajador cumplió con el cargo de instructor de radio en el departamento de comunicaciones, el que dejó para desempeñar el de copiloto de la misma Empresa desde el 15 de marzo de 1949 hasta el 10 de junio de 1961, fecha de su retiro.

5) Las funciones de Operador de Radio realizadas por el demandante, se ejecutaron en tierra. Las de Operador de Radio de Vuelo, "consistieron en atender las comunicaciones a bordo de las aeronaves".

6) A su vez el cargo de Instructor de Radio en el Departamento de Comunicaciones, "consistía en enseñar a los nuevos Pilotos la teoría y la práctica de los equipos de Radiocomunicaciones de las Aeronaves" Las de Radio Operador de Vuelo de Primera y las de Instructor de Radio, "se cumplieron en forma alternativa".

7) El 10 de marzo de 1949, por haber terminado el señor Tópaga Marta su curso de Pilotaje, para poderlo ascender la Empresa le exigió la correspondiente renuncia en la cual aparecen escritos los motivos de ella.

8) La Empresa dió por terminado en forma unilateral el contrato de trabajo con el demandante, habiendo sido el último sueldo básico de éste la suma de \$ 1.859.00, y un promedio mensual por adiciones varias de \$ 342,30, lo que arroja un gran total por este concepto de \$ 2.192.30 mensual. Sin

embargo el promedio mensual del último año de servicios ascendió a la suma de \$ 2.117.30 M.C.

9) El tiempo total de servicios del señor Tópaga Marta, a la Empresa mencionada, fue de 20 años, 3 meses y 2 días.

10) Finalmente la pensión mensual vitalicia de jubilación se "causó" por haber prestado el señor Tópaga Marta sus servicios durante más de 20 años a la Empresa demandada, estar separado de estos servicios desde el 10 de junio de 1961 y no requerir edad mínima ni como radio operador ni como piloto.

Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, al responder la demanda formulada, aunque aceptó la casi totalidad de los hechos haciendo críticas a uno y rechazando otro por no considerarlo como tal, sino como una declaración jurídica que corresponde a la justicia aceptar o denegar, se opuso a las declaraciones impetradas, y negó la causa de la acción y los fundamentos de derecho que se habían invocado para apoyarla. Propuso como dilatoria la excepción de Inepta Demanda en cuanto que la acción se empenó contra "Avianca" que es una persona distinta de la que, conforme a la ley, "estaría obligada a responder de la pensión de jubilación que se reclama", en el supuesto, además de que se reunieran la totalidad de los requisitos para otorgarla.

A la primera instancia se le puso término por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el de conocimiento, mediante el fallo de 30 de marzo de 1964 que condenó a la Empresa demandada en los siguientes términos:

"Primero: condénase a la sociedad denominada Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (AVIANCA), representada por el señor Juan Pablo Ortega, con C. de C. N° 44559 de Bogotá, a pagar al señor Roberto Tópaga Marta con C. de C. N° 77343 de Bogotá, una vez en firme la presente sentencia, una pensión vitalicia de jubilación, a partir del día once de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961), inclusive, en adelante a razón de un mil

quinientos ochenta y siete pesos con noventa y siete y medio centavos (\$ 1.587.975), conforme a la parte motiva de este fallo”.

“Segundo: Absuélvese a la sociedad denominada (AVIANCA), representada por el señor Juan Pablo Ortega, de las condiciones civiles conocidas, de las demás peticiones formuladas por el demandante, señor Roberto Tópaga Marta, de acuerdo con la misma parte motiva de esta sentencia”.

“Tercero: declárase no probada la excepción perentoria de inepta demanda propuesta por la parte demandada”.

“Cuarto: costas a cargo de la sociedad demandada. Tásense”.

Apelada la decisión del juzgador de primera instancia por los apoderados de las partes, el Tribunal en providencia que es objeto del recurso extraordinario de casación, y que se fechó el cuatro (4) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), revocó el fallo apelado, y en su lugar absolvió a la Empresa de todos los cargos que le habían sido formulados por Roberto Tópaga Marta.

Sustentación del recurso.

Sustenta el impugnador su recurso, en orden a que la Empresa que se demanda, sea obligada al pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación reclamada, “para lo cual deberá casarse totalmente el fallo de segunda instancia y confirmarse el de primera”. Como fundamento de él invoca la causal primera del artículo 87 del C.S.T. (Art. 60 del D.E. 528/64), formulando dos cargos, así:

Primer Cargo.

“Acuso el fallo singularizado anteriormente” por interpretación errónea de los siguientes textos legales: artículos 8, 9 y 10 del Decreto 1015 de 1956; el Decreto 1053 de 1958; artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la Ley 32 de 1961; el Decreto Reglamentario 1030 de 1963 y los Estatutos de la Caja de Auxilios y Prestaciones de “ACDAC”, la cual interpretación dió lugar a la Aplicación Indevida de los artículos 260 modificado por la

Ley 171 de 1961; 269 modificado por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954 y 270 del C.S. del T.”.

Para demostrar el cargo empieza diciendo el impugnador que los hechos básicos de la acción no se discuten en él, “pues no solamente se sustenta con independencia de cuestiones de hecho, sino que han sido aceptados por las partes y los falladores de instancia”. A este propósito afirma que Tópaga Marta prestó 20 años de servicios a la Empresa, primero como Operador de Radio y luego como Piloto, con una asignación promedia mensual, para el último año de servicio, de \$ 2.117.30, cuestiones éstas que no han sido objeto de controversia, como tampoco lo ha sido el derecho a la jubilación. Y continúa argumentando:

“El Tribunal de segundo grado fundamenta su decisión de absolver, a la demandada por el pago de la pensión de jubilación al actor, en que el tenor de los Decretos 1015 de 1956, 1053 de 1958, Ley 32 de 1961 y su Decreto Reglamentario 1030 de 1963, indicados como infringidos para los efectos del cargo, ‘la pensión que reclama el señor Capitán Roberto Tópaga Marta, de acuerdo con todo lo expresado, debe correr a cargo de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, y no de la Empresa demandada’.

En apoyo a esta tesis el impugnador menciona el texto de los artículos 8º, 9º 10º del Decreto 1015, para concluir que ellos hablan “de Aviadores Civiles como beneficiarios exclusivos de sus objetivos y fines”, haciendo abstracción de trabajadores de otro tipo de actividades que no sean de aquellas. Al respecto afirma: ‘La Caja a que se refieren estas disposiciones (Alude a la Caja de Auxilios y Prestaciones de ‘ACDAC’) fue creada por la Asamblea de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles y no por otro tipo de trabajadores con profesiones o actividades distintas de la de aviador. Así lo establece perentoriamente el artículo 1º de los Estatutos de la Caja, indicando, además, que lo hace ‘en desarrollo a lo dispuesto en el Art. 8º del Decreto Legislativo Nº 1015 de mayo 3 de 1956’, artículo que vuelve a repetir en algunos de sus enunciados, en

el artículo 2º siguiente. El artículo 55 de esos Estatutos —continúa— es contundente en su alcance al expresar: ‘el pago de la pensión de jubilación que de acuerdo con las actuales condiciones exigidas por el Código Sustantivo del Trabajo, corresponden a los aviadores civiles’. Y continúa argumentando: “Que correspondan cómo, se pregunta? Como Radio Operadores, como trabajadores en tierra?. Obvio que no. Que corresponden como aviadores nada más”... “A Aviadores civiles se refieren en forma exclusiva el resto del articulado de los Estatutos de la Caja especialmente el 15 y el 52”.

Pasa luego, tras hacer igualmente una cita textual de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 32 de 1961, y de comentar el contenido del 2º, 3º, 4º y 6º, siempre con la tendencia a destacar la calidad de “aviadores, o navegantes civiles, o pilotos” al servicio de las Empresas que cotizan a la Caja de Auxilios y Prestaciones de “ACDAC” a hacer la siguiente síntesis de su argumentación:

“De las disposiciones legales transcritas y brevemente comentadas, surge de bulto un hecho: Que la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC, fue creada por la Asamblea de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles con carácter exclusivo y no por otra clase de trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo con empresas comerciales de aviación civil. Si ello es cierto, los beneficios prestacionales de la Caja no puede cobijar sino a Aviadores Civiles que durante el tiempo exigido por cada prestación hayan ejercido (sic) esa profesión y no otra, pues para distintos trabajadores y distintas actividades existen regimenes legales diferentes. Si había dudas en el texto legal, los artículos citados de los Estatutos de la Caja, que son parte de la Ley violada, como que son su propio desarrollo y concreción, han definido claramente su alcance”.

“Ha sido pues, equivocado el concepto del H. Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, respecto al contenido de esas disposiciones legales que le dieron nacimiento y vida a la Caja de Auxilios y Prestaciones

de ACDAC. El pensamiento latente en las normas fue que únicamente los aviadores civiles tuviesen su régimen prestacional legal y extralegal, garantizado por una Caja de tipo profesional, independiente de sus patronos directivos. Extender tal régimen de excepción para darle cabida a quienes en forma eventual, ocasional o por lapsos inferiores a los previstos en las normas legales para el derecho a una determinada prestación, tuvieron el carácter de aviadores civiles, es desvirtuar la ley, desviarla de sus verdaderos cauces y no acomodar su mandato a las situaciones que quiso regular”. (Subraya la Sala).

Termina afirmando el impugnador, que este error de interpretación llevó al ad-quem a darle una aplicación indebida a los artículos 260 del C.S.T., modificado por la Ley 171 de 1961, 269 modificado por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954 y 270 ibidem, por cuanto “consideró que los mandatos nacidos en (sic) tales artículos constituían como sujeto pasivo de la obligación y encargado de satisfacerlos a una entidad denominada Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC y no, como real y legalmente es, a la sociedad demandada, la empresa Avianca”.

Con estos argumentos espera el impugnante que la Sala case totalmente la sentencia, y convertida en Tribunal de instancia, confirme la sentencia del a-quo.

La Oposición.

En la debida oportunidad, la demandada, por medio de apoderado, replicó la impugnación del recurrente, destacando la postura de éste en cuanto considera que “las normas orgánicas de la Caja de Auxilio y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) comprenden exclusivamente a los pilotos o aviadores civiles y no a los co-pilotos, como es el caso del demandante”. Explica luego las razones de la oposición, en los siguientes términos:

“a) Los empleados de navegación aérea denominados co-pilotos, en forma alguna, han sido excluidos de los beneficios establecidos en favor de los trabajadores aéreos.

Como en todos los casos en que se ha tratado de proteger a una categoría de trabajadores, que laboran en condiciones especiales de peligrosidad, el criterio utilizado ha sido de carácter genérico, es decir, sin excluir a personas que están sometidas a las mismas condiciones circunstanciales. Es así como, en el estatuto sustantivo del trabajo, al consagrar una pensión especial en favor de los operadores de radio o de cable, se emplea la expresión calificativa "y similares" (Art. 269); cuando se refiere a los mineros emplea el término "trabajadores"; y en el caso de los trabajadores dedicados al tratamiento de la tuberculosis habla de "profesionales y ayudantes"; y, finalmente en la legislación protectora especialmente de los trabajadores ferroviarios".

"El aludido criterio se inspira en el principio de orden real, de extender los derechos a todas las personas que se encuentren en las condiciones de peligrosidad ya mencionadas. Sería contrario a los más elementales principios jurídicos, excluir de la tutela a personas que se encuentran en condiciones laborales idénticas".

Pasa luego el opositor a comentar el artículo 3º de la Ley 32 de 1961 —norma que el recurrente señala como violada— e igual cosa hace con los artículos 58 y 62 de los Estatutos de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC, "haciendo abstracción —dice— de la pertinencia de la incorporación" de tales Estatutos en el conjunto de las normas violadas. Al respecto del primer artículo referido, glosa la expresión "los aviadores y navegantes civiles" a que se refiere la mentada norma, para concluir que el co-piloto es un navegante civil por excelencia "y forma parte de la tripulación de las naves aéreas". En consecuencia, inflere: "Si es un navegante aéreo, sometido al mismo poder directivo de las empresas, no solamente sería contrario a elementales dictados de justicia excluirlo de los beneficios establecidos para esa categoría de empleados, sino pugnaría con el claro y natural mandato, contenido de la norma comentada". Además agrega "que el co-pilotaje es una etapa necesaria que antecede a la del pilotaje y, que, para efectos de reserva militar los co-pilotos ocupan un grado especial".

Respecto de los artículos de los Estatutos de la Caja mencionada, el opositor destaca cómo el 58, al enumerar los requisitos precisados para decretar el auxilio de retiro, habla de que el beneficiario debe tener la "calidad de piloto o copiloto", haciendo igual alusión al artículo 62, cuando establece cómo debe hacerse el cómputo de tiempo volado para los efectos del reconocimiento y cancelación de este mismo auxilio.

Para finalizar, el opositor, al precisar que carece de fundamento jurídico la acusación que la parte actora ha formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá comenta:

"La sentencia acusada no contiene error hermenéutico legal alguno ni, por otra parte, viola directamente los preceptos singularizados por el recurrente". "El fallador —agrega— al proferir la memorada resolución judicial fijó en forma correcta el sentido de las disposiciones indicadas como infringidas, atendiendo al sentido natural y obvio de las palabras y al espíritu de las mismas. Si el juzgador hubiese distinguido entre co-pilotos y pilotos para efectos de la categoría "navegantes civiles", se habría apartado, indudablemente, del correcto alcance de tales normas y, por ende, las habría infringido. Como no procedió así, la providencia impugnada se ciñe a las exigencias hermenéuticas y los cargos aparecen desprovistos de fundamento".

Consideraciones de la Corte.

La cuestión que se planteó en la demanda originaria se refiere concretamente a la obligación que, en sentir del actor, tiene la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A., de pagar a Roberto Tópaga Marta, una pensión de jubilación de las características y cuantía de la demandada. El juzgador de primera instancia consideró las razones del demandante, y formuló su decreto haciendo la condena respectiva en lo fundamental. Para el Tribunal Superior los argumentos del Juez a-quo no tenía asidero, de aquí, que, oponiéndose a ellos dijera lo siguiente:

"No comparte la Sala el parecer del Juzgador de primera instancia. Quien debe cu-

brir la pensión reclamada por el demandante... , no es la empresa demandada sino la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC". Sintetiza el ad-quem su criterio así:

"A) Ante todo conviene precisar que el demandante, por la sola circunstancia de haber trabajado más de veinte años, se ha hecho acreedor a la pensión..." "En efecto el artículo 269 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la pensión de jubilación para los operadores de radio (Modf. Art. 10 Dcto. 617 de 1954), sin ninguna sujeción a la edad del trabajador, y el artículo 270 del mismo estatuto extiende la aplicación de la norma anterior a los aviadores de empresas comerciales. El actor trabajó durante los veinte años requeridos para la jubilación, bien como operador de radio, ya como piloto; luego evidente es que tiene derecho al auxilio (sic), por el solo hecho de cumplir los veinte años de servicios".

"B) Las prestaciones sociales que por ley corresponden a los aviadores civiles dejan de estar a cargo de los patronos o empresas de aviación civil —estatuye el Decreto-Ley 1015 de 1958 en su artículo 9º— cuando la Caja de la Asociación de Aviadores Civiles asume el riesgo de ellas. Tal es el caso de la pensión de jubilación que debe cubrir la Caja, según lo establece claramente el Decreto 1053 de 1958 y la Ley 32 de 1961".

"C) En el curso del proceso —el señor apoderado del demandante ha insinuado que la Caja de Prestaciones y Auxilios de la ACDAC no estaría obligada al pago de pensión reclamada, porque —dice— ella surgió para atender a los aviadores civiles, quienes tuvieron tal profesión de modo exclusivo, y el demandante Tópaga Marta no desempeñó la función de piloto durante todo el tiempo de servicios prestados a la empresa Avianca". "Si se examina la hoja de servicios correspondiente (fol. 7) —continúa diciendo el Tribunal— se observa que el señor Tópaga Marta desempeñó el cargo de co-piloto durante los doce últimos años de servicio, desde el 15 de marzo de 1949 hasta el 10 de junio de 1961, fecha de su retiro; aparte de que gran cantidad del tiempo res-

tante en su servicio a la empresa demandada lo empleó como radio operador de vuelo. Luego mal podría afirmarse que su profesión no era la de aviador civil, o navegante, a la cual se refieren las disposiciones legales, para efectos de que la Caja de Prestaciones y Auxilios de la ACDAC asuma el pago de la pensión de jubilación".

Tal como se desprende de lo transcrito, es evidente que la sentencia impugnada se apoya en las voces de los artículos 260, 269 y 270 del C.S.T., armonizándolos en forma lógica a través de su planteamiento, con las otras disposiciones citadas por el impugnador. En efecto, es cierto que él amparó su decisión en los Decretos 1015 de 1958, con cita expresa de su artículo 9º, el Decreto 1953 de 1958 relacionado en general, y la Ley 32 de 1961 comentada en sus artículos 3º y 10º. Además hace hincapié en lo que para efectos de un "auxilio de retiro", disponen los artículos 55 y ss. de los Estatutos de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC, a los que igualmente hace referencia al comentar los Decretos 1015 de 1956 y 1053 de 1958.

Como se evidencia de todo lo transcrito, el Tribunal armonizó de acuerdo con su criterio, las voces de los artículos 269 y 270 del C.S.T., con los preceptos que el recurrente considera erróneamente interpretados, y de esta concordancia dedujo que no era la empresa demandada la que debía cancelar periódicamente el valor de la pensión jubilatoria, sino la Caja de Auxilios y Prestaciones de la ACDAC.

Mirados los artículos del Código, se observa que ellos, en primer término, establecen una excepción al estatuto general sobre pensiones de jubilación, señalando para la clase de trabajadores enumerados en dichos artículos, una edad cualquiera, luego de veinte años continuos o discontinuos de servicio a la misma empresa, para el disfrute de ese derecho. Y en segundo lugar asimila, para los efectos de la causación de él, los aviadores de empresas comerciales, los trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones, y todos los dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales, a la calidad de operadores

de radio y de cable, y a otros trabajadores de esta índole.

En el caso concreto de los operadores de radio y de los aviadores de empresas comerciales, estas clasificaciones frente al empleador simultáneo de los mismos, carecen de importancia para los efectos del reconocimiento de la comentada pensión jubilatoria, puesto que a él le basta, para cumplir con su obligación, que cada uno de tales trabajadores le pruebe los veinte años de servicios continuos o discontinuos a la empresa. La calidad de uno u otro, para tales efectos, no cuenta precisamente porque la ley no solo no ha establecido ninguna diferencia entre operadores de radio y aviadores, sino que, por el contrario, ha señalado la analogía y afinidad que proclama el artículo 270. Dentro de este orden de coordinación, lógicamente al empleador le es indiferente pensionar a un operador de radio o a un aviador con veinte años de servicios en la misma posición, que a uno de estos últimos con un servicio dentro de esta calificación, de poco tiempo. Operador de radio o aviador, deben cumplir frente a él, el mismo requisito, esto es, un servicio de veinte años continuos o discontinuos, cualquiera sea su edad. Sin embargo, puede predicarse igual libertad en relación con la Caja de Auxilios y Prestaciones de la ACDAC, o en otros términos, puede exigirse que esta última acumule posiciones con la misma libertad y obligatoriedad con que suma tiempos un empleador, para pensionar a un aviador que no ha tenido siempre esta categoría?. De ninguna manera.

Las dos categorías a que se refieren, para este particular, los artículos 269 y 270 del C.S.T., subsisten en todos sus efectos dentro del desempeño de las respectivas funciones, son base en un orden de posibles ascensos, y son fundamentales en la guarda de las correspondientes jerarquías dentro del ejercicio de cada profesión. La analogía que establece el artículo 270 citado, es sólo para lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de jubilación, según se ha comentado. De manera que, en ningún caso o bajo ningún pretexto puede universalizarse o generalizarse la similitud fuera de la ocurrencia señalada, y en estas circunstancias,

las dos clases de trabajadores deben continuar siendo considerados dentro de sus respectivas y diferentes jerarquías, entre los tripulantes de vuelo de las empresas comerciales. De manera que si los operadores de radio, o los aviadores civiles se asocian para los efectos que estimen conducentes, su sociedad será singularmente de cada una de esta clase de trabajadores, a menos que se establezca la vinculación de otra u otras, y en este último evento serán las normas estatutarias las que lo indiquen y prescriban.

En el caso concreto de los Aviadores Civiles, este tipo de profesionales se asoció en una entidad que a su vez, creó la Caja de Auxilios y Prestaciones con el objeto de procurar el mejoramiento económico, cultural y técnico de ellos. En desarrollo de tales objetivos, podrá —dice el Art. 5º de los Estatutos— reconocer a sus afiliados pensiones de jubilación, cuando aquellos hayan cumplido con las condiciones y requisitos que exige la Ley.

Esta Caja se creó por la Asamblea de la Asociación Colombiana de dichos Aviadores, en procura de satisfacer el requerimiento del artículo 8º del Decreto Legislativo 1015 de 1956, el que a la vez prescribió que “Las prestaciones sociales que por Ley corresponden a los Aviadores Civiles, dejarán de estar a cargo de los Patronos o Empresas de Aviación Civil, cuando la Caja de que trata el Artículo anterior, vaya asumiendo el riesgo de ellas de acuerdo con sus propios reglamentos y con las normas especiales que al efecto fije el Gobierno”. Por su parte los Estatutos de aquella institución dispusieron que la Caja podría asumir el pago de las prestaciones sociales que por Ley corresponden a los Aviadores Civiles, mediante el convenio de éstos con las empresas a las cuales prestaren sus servicios, sobre la base de compensaciones en el orden económico y de acuerdo con los cálculos actuariales, mediante aprobación de la Junta Directiva y de la Asamblea General (Artículo 6º).

Entre los derechos consagrados a favor de los socios por el artículo 21 de los comentados Estatutos, se enumera por otra parte, el de “disfrutar la pensión de jubilación que pague la Caja, de acuerdo con

la Ley". Más adelante el artículo 55 íbidem, declaró en forma perentoria que la "Caja toma a su cargo el pago de las pensiones de jubilación de acuerdo con las condiciones exigidas por el Código Sustantivo del Trabajo correspondiente a los Aviadores Civiles". Para finalizar, y en forma extra-legal, esta misma disposición prescribió el pago de un "Auxilio de retiro", el que fue reglamentado por la Caja a través de los artículos siguientes, en el Capítulo XIII que se llama "Del auxilio de retiro y prestaciones de la Caja".

Como puede observarse por la atenta lectura de las normas transcritas, la Caja de la ACDAC se creó en desarrollo del Decreto 1015 de 1956, particularmente de lo dispuesto por su artículo 8º. Así lo declaran los mismos Estatutos, y como ellos, lo expresan, sus disposiciones se han ido reformando por Asambleas del 8 de junio de 1960 y 20 de abril y 11 de septiembre de 1961, vale decir que ellos se encuentran bajo la concordancia del Decreto 1053 de 1958 y de la Ley 32 de 1961. En este orden de ideas, no cabe duda que la Caja de Auxilios y Prestaciones de los Aviadores Civiles, ha asumido el pago de la pensión de jubilación de sus socios, guardando armonía, esta decisión, con lo que para los mismos efectos disponen el artículo 9º del Decreto 1015 de 1956 y el artículo 2º del Decreto 1953 de 1958. Sin embargo, el problema que se ha suscitado en el caso de estudio, es el de saber si un piloto o navegante aéreo, socio por lo demás de la Caja, puede reclamar de ella este derecho, no habiendo ocupado durante el lapso de los veinte años a que se refiere el artículo 270 del C.S.T., en armonía con el 269 íbidem, el cargo de piloto o navegante aéreo.

Observados los Estatutos de la Caja de ACDAC se desprende inequívocamente que sus derechos cobijan a un tipo de profesionales que es precisamente el de sus fundadores e integrantes, es decir el de Aviadores Civiles, ora se les califique dentro de esta denominación específica, ya se les llame con otra más general de Pilotos Aéreos. Por lo demás, para ser socio de la referida Caja, es indispensable entre otros requisitos, el de exhibir la licencia de piloto o navegante

aéreo expedida por la Dirección de Aeronáutica Civil. No puede afirmarse que cuando los mencionados Estatutos hablan de "piloto o navegante aéreo", están haciendo una disyunción para expresar el criterio de que pueden ser unos con una calidad u otros con calidades diferentes y más generales. No, porque el contenido de la conjunción en este caso es de carácter explicativo indudablemente, puesto que "piloto" es el que va unido a un timón, y gobierna y dirige una nave. Desde luego ésta puede ser marítima, y es lo corriente que lo sea según el origen del vocablo. De aquí la necesidad de la interpretación o aclaración que el artículo le da al expresar que el "piloto" de que se trata, debe ser un "navegante aéreo".

El espíritu, sin duda, del alcance de las funciones y prerrogativas de la Caja, se encuentra centrado en el requisito que la misma impone al socio que puede disfrutar del derecho extra-legal que califica con el nombre de "Auxilio de Retiro". En efecto, el artículo 58 de los mencionados Estatutos establece que "Son requisitos indispensables para que el socio tenga derecho al auxilio de retiro, los siguientes: a) haber servido a la Aviación Civil o Comercial durante quince años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la fecha de constitución de la Caja, en calidad de piloto o copiloto". Por su parte el artículo siguiente prescribe que: "Para efectos del cómputo de los quince años de servicios, se tendrán en cuenta las siguientes reglas... 2) se acreditará como tiempo volado aquel durante el cual el respectivo socio haya estado bajo continua subordinación y dependencia de una empresa de transporte aéreo, en calidad de piloto o co-piloto y a la vez haya prestado efectivamente sus servicios como tal".

Carecería de lógica, y rompería el sentido de equidad y de armonía, el que la organización preceptiva de la Caja estableciera un criterio dual de marcada preferencia, ya para reconocer una pensión jubilatoria, o para otorgar un auxilio de retiro, cuando realmente no existe razón alguna que permitiera tal discrepancia o desigualdad. De manera que debe concluirse que el espíritu de la prestación de los servicios que la Caja

otorga a sus afiliados o socios, es el de que ellos sean pilotos aéreos o aviadores civiles de tiempo completo y con licencia de la Dirección de Aeronáutica Civil. En ningún caso pues, ella podrá acumular diversos títulos, posiciones o grados, que no sea exactamente los del escalafón de Aviadores Civiles, y a los que se refiere el artículo 3º del Decreto 1015 de 1956 para los efectos del ingreso a las reservas de la fuerza aérea. Por consiguiente, en forma alguna podrá derivarse de las disposiciones que integran jurídicamente esa entidad es decir de sus Estatutos y de los Decretos 1015 de 1956, 1053 de 1958, 1030 de 1963, como de la Ley 32 de 1961, que a ella corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de Roberto Tópaga Marta, trabajador de Avianca, como desprende de los autos, y quien, a más de co-piloto al servicio de la misma en los últimos doce años, desempeñó para ellas las funciones de Operador de Radio simplemente, Operador de Radio de Primera, Operador de Vuelo, Operador de Vuelo de Primera, Instructor de Radio en el Departamento de Comunicaciones y finalmente Co-piloto.

No cabe duda pues, que el Tribunal de Bogotá, en el fallo recurrido, hizo una equivocada interpretación de las disposiciones que se han comentado, aplicando indebidamente los artículos 269 y 270 del C.S.T., en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las dispuestas por ellos, porque si se pone en concordancia lo que tales disposiciones predicen, con los preceptos erróneamente interpretados, es imperativo que quien debe reconocer y cancelar periódicamente la pensión de jubilación del demandante, es la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA".

Se ha dicho por el opositor de manera sintética, que los co-pilotos en forma alguna han sido excluidos por la Caja de ACDAC de los beneficios establecidos en favor de los trabajadores aéreos, tal como, en sentir del mismo opositor, lo pretende el recurrente. Su contradicción con este último la destaca afirmando cómo no puede en ningún momento establecerse un antagonismo o separación o diferencia entre "una categoría de trabajadores, que labora en condiciones

especiales de peligrosidad" y otras personas, o trabajadores "que están sometidas a las mismas condiciones circunstanciales". Concretamente su pensamiento lo expone en los siguientes términos: "El co-piloto es un navegante civil por excelencia y forma parte de la tripulación de las naves aéreas. Está sometido a las mismas condiciones de los pilotos o aviadores, corre los mismos riesgos y, como auxiliar cumple las mismas funciones. Si es un navegante aéreo, sometido al mismo poder directivo de las empresas, no solamente sería contrario a elementales dictados de justicia excluirlos de los beneficios establecidos para esa categoría de empleados, sino pugnaría con el claro y natural mandato, contenido en la norma comentada" (Artículo 3º de la Ley 32 de 1961). "Agréguese a lo anteriormente expuesto, continúa la circunstancia de que el co-piloto es una etapa necesaria que antecede a la del pilotaje y, que, para efectos de reserva militar los co-pilotos ocupan un grado especial".

Respecto de lo anterior habrá que decir, para mayor claridad, que la Ley 32 de 1961 promulgada un poco después de haberse retirado del servicio el trabajador demandante, recoge todas las disposiciones de los Decretos 1015 de 1956 y 1053 de 1958, acerca de la creación de la Caja de la ACDAC, de sus fines y del compromiso de cancelar las prestaciones sociales de sus afiliados a medida que los patronos de los aviadores civiles cumplan con los aportes fijados por el Gobierno. Esta Ley ratifica pues, toda la legislación anterior a ella, y reafirma igualmente las normas estatutarias de dicha Caja.

En relación con las observaciones formuladas, sobre la diferencia entre aviadores y copilotos, la crítica expuesta en la demanda, por el recurrente, descansa en la circunstancia fundamental de ser la Caja la entidad obligada al pago de la pensión de jubilación al piloto, aviador civil o navegante aéreo que haya cumplido en servicio, con esta categoría o calidad, los veinte años a que se refieren las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo comentados. En ningún caso se ha buscado crear, una diferencia entre la posición de piloto o aviador

civil y la categoría de co-piloto porque tampoco ella ha sido materia de disputa en el fallo. De manera que si el demandante hubiera sido por veinte años co-piloto al servicio de Avianca, tendría derecho a que la Caja le reconociera y pagara su pensión. Pero como tal cosa no sucede, y esta es la base de la crítica del recurrente de acuerdo con todas las disposiciones comentadas, no es a la Caja sino a la Empresa demandada a quien corresponda dicho reconocimiento y pago. De manera que las observaciones formuladas por el opositor tendrían fuerza razonadora, si en verdad el planteamiento del impugnador fuera el que él supone que es, pero no siendo tal habría que concluir ratificando que la censura se encuentra correctamente formulada, por ser además evidente el error del juicio del ad-quem.

Conclusión.

El Tribunal Superior de Bogotá, pues incurrió en una violación de las disposiciones señaladas por el casacionista, por una errada interpretación que de ellas hizo. En consecuencia, deberán aplicarse correctamente dichas normas igual que los artículos 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy modificado el primero de ellos por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954, ordenando que la pensión de jubilación que se ha demandado se reconozca y pague por

la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.Á., que es la persona jurídica obligada y demandada tal como lo hizo el juzgador de primer grado, para lo cual será suficiente las anteriores razones como consideraciones de instancia. Como del estudio del Cargo Primero se ha concluido por la Sala en la forma antes dicha, su prosperidad impide que se estudie el Segundo propuesto, por innecesario.

Resolución.

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 Casada totalmente el fallo recurrido, y obrando como Tribunal de Instancia confirma en todas sus partes el del Juez a-quo.

Costas de este recurso a cargo del Opositor.

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

Tito Octavio Hernández, José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIBERTAD DE APRECIACION PROBATORIA

En lo atinente a la apreciación de los medios instructorios se tiene que, la evaluación de ese material probatorio hecha por el sentenciador de segundo grado, es intocable.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diez (10) de julio de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

(Acta Nº 24).

El señor Edilberto Matallana Castro, por medio de apoderado demandó a la Compañía Colombiana de Grasas "COGRA S.A.", en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, el cual correspondió por repartimiento al Juzgado Sexto Laboral Municipal de Bogotá, con la finalidad de que mediante los trámites legales fuesen hechos los siguientes reconocimientos y condenas:

"1º) Pensión de jubilación por 15 años de servicios.

"2º) Subsidiariamente: pensión de jubilación por más de diez (10) años de servicio.

"3º) Indemnización moratoria: Por este concepto, a razón del último salario diario desde el 4 de agosto de 1967, hasta la fecha

que se haga el pago de la prestación adeudada.

"4º) Que se declare que el demandante tiene derecho a las prestaciones establecidas por el Art. 10 de la Ley 171 de 1961.

"5º) A las costas del juicio en caso de oposición".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"1º Edilberto Matallana Castro, trabajó al servicio de la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra S. A.".

"2º Prestó servicios Edilberto Matallana Castro a la Sociedad demandada desde el primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952) hasta el once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967).

"3º El último salario devengado por Edilberto Matallana Castro en la Sociedad Compañía Colombiana de Grasas "Cogra S. A.", fue de seiscientos pesos (\$ 600.00) mensuales.

"4º Edilberto Matallana Castro, fue despedido unilateralmente el día once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y siete

(1967), por la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra S. A."

"5º Edilberto Matallana Castro a la fecha del despido era mayor de sesenta (60) años.

"6º Edilberto Matallana Castro, tanto por el despido como por la edad, a la fecha del mismo, es acreedor a la pensión de jubilación por quince (15) años de servicio.

"7º La Sociedad demandada en acta de 16 de octubre de 1967, ante el Juez 7º Laboral Municipal de Bogotá reconoció algunas prestaciones por los últimos nueve (9) años de servicio, excluyendo el tiempo anterior.

"8º El demandante señor Matallana, trabajó tiempo superior al que fue objeto de conciliación ante el Juez 7º Laboral de Bogotá el día 16 de octubre de 1967.

"9º El señor Edilberto Matallana Castro, recibió orden de afiliación al Instituto Colombiano de Seguros Sociales como trabajador de la Sociedad demandada.

"10º El demandante Edilberto Matallana Castro cumplía la labor de vigilancia en la Compañía demandada, incluyendo los días dominicales y festivos.

"11º El contrato de trabajo celebrado por Edilberto Matallana Castro y la Sociedad demandada fue verbal".

La parte demandada negó la mayor parte de los hechos fundamentales y expresó que no le constaba lo expuesto en otros. Expresó enfáticamente que los servicios prestados por el demandante fueron de carácter profesional, sin subordinación, y propuso las excepciones de: Carencia en el demandante de los derechos reclamados; perentoria de pago de presuntas prestaciones sociales, canceladas con el único fin de no tener juicios y en conformidad con lo expresado en el acta de conciliación, sin reconocer contrato de carácter laboral, sino profesional; de cosa juzgada al tenor de la conciliación de 16 de octubre de 1967; y pres-

cripción sin que su planteamiento implique reconocimiento de la existencia de contrato de naturaleza laboral.

Establecida en tales términos la traba jurídico procesal y agotado el trámite de la primera instancia, terminó ésta con la sentencia de fecha veintiseis de junio de mil novecientos sesenta y nueve, por la que el Juzgado del conocimiento absolvió a la parte demandada de todos y cada uno de los cargos de la demanda.

La parte demandante 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 tres de octubre de mil novecientos sesenta y nueve confirmó el fallo recurrido sin costas en la segunda instancia.

El señor Edilberto Matallana Castro, por medio de su procurador judicial interpuso recurso de casación contra el fallo del adquem. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente y con réplica formulada dentro de término por el apoderado de la parte demandada, se procede a decidir.

La Demanda de Casación

Se propone el recurrente que se case parcialmente la sentencia objeto del recurso "en cuanto absolvió a la sociedad demandada del reconocimiento y pago de la pensión sanción de jubilación por tiempo de servicios superior a diez años y despido injusto" y que, constituida la Corte en Tribunal de instancia "revoque la de primer grado y en su lugar condene al pago de esa pensión desde cuando se hizo exigible, es decir, a partir de la terminación del respectivo contrato, con las consiguientes costas que esa condena implica".

Invoca la primera causal de casación y con fundamento en ella formula un solo cargo así:

Cargo Unico

"La sentencia acusada viola indirectamente el Art. 8º de la Ley 171 de 1961 y los

Arts. 22, 23 y 24 del C.S. del Trabajo, que dejaron (sic) de aplicar debiendo hacerlo. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por falta de apreciación de pruebas y equivocada apreciación de otras que en el desarrollo del cargo se singularizarán”.

“El error evidente de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo, cuya ejecución se prolongó por más de diez años y que terminó por despido injustificado”.

“Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal son las siguientes: a) La diligencia de inspección ocular extrajudicial que el Juzgado 4º del Trabajo practicó sobre los libros y archivos de la sociedad demandada con intervención o anuencia de ésta (fs. 10 a 15); b) La absolución de posiciones del representante legal de la demandada, recibida en juicio (fs. 37 a 39); c) Los recibos de pago de prestaciones sociales visibles a folios 24 y 25 de los autos; d) Los documentos públicos o certificaciones del Instituto Colombiano de Seguros Sociales que obran a folios 29 y 66; y e) El documento auténtico expedido por Jerges Zuluaga que éste reconoció en el curso del debate (fs. 70 y 71)”.

“Las pruebas erróneamente apreciadas son: La absolución de posiciones del demandante fs. 41 a 43), la diligencia de inspección judicial practicada en la instancia (fs. 54 y ss.), el acta de conciliación extrajudicial que celebraron las partes (fl. 46), el contrato escrito visible a folio 23 y las declaraciones de los testigos Arturo Zambrano, Hermides Romero Alfaro, Mario Arango de la Cuesta, Antonio Hernández Manrique, y Guillermo Flórez Quintero. (fls. 48 a 52, 61 a 65)”.

Seguidamente el casacionista analiza tales pruebas para destacar a su manera la importancia de las que dejaron de apreciarse como de las erróneamente apreciadas, cuyas fundamentaciones inteligentemente expuestas, por lo lato de ellas se sintetizan así:

Dice que el juzgador de segundo grado dejó de apreciar: la diligencia de inspección ocular extrajudicial practicada sobre los archivos y documentos de la sociedad demandada y por tal omisión no evidenció que por lo menos desde el 1º de agosto de 1953 y hasta diciembre de 1964, figura el demandante recibiendo sueldos, prima de servicios o de navidad, remuneración por servicios y hasta retribución por labores en días domingos y festivos, pagos que no se hacen sino a un trabajador asalariado, lo que destaca la naturaleza de la relación laboral subordinada que lo vincula a la compañía demandada.

La confesión del representante legal de la demandada, hecha al absolver posiciones, según la cual se acepta que al demandante Matallana se le hicieron pagos, como aparece de la contabilidad de la Empresa, por su labor de vigilancia. De donde se concluye que se corrobora el elemento salario, del contrato que vinculó a las partes, y es manifiesto que si esa confesión se hubiera apreciado, si no se hubiera dejado de estimar, se habría llegado a la evidente conclusión del elemento subordinación.

Los recibos de pago de prestaciones sociales visibles a los folios 24 y 25 y los certificados del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, folios 29 y 66, que de haber sido apreciados habrían llevado al fallador a la conclusión de que por concepto de prestaciones la parte demandada pagó al demandante \$ 4.000.00 por relación laboral que se dice terminó el 30 de junio de 1964 y después \$ 10.000.00 por concepto de presumibles prestaciones sociales, pagos estos que evidencian el contrato de trabajo.

Los certificados del I.C.S.S. que son documentos públicos y por lo tanto auténticos que ratifican la naturaleza del contrato laboral que ligó a las partes y finalmente,

El documento del folio 70 suscrito por el ingeniero jefe según el cual Matallana laboró inclusive en días domingos al servicio de la Empresa durante un lapso de siete años, de donde se deduce el contrato de trabajo.

En lo atinente a las pruebas en su concepto erróneamente apreciadas puntualiza el censor que, lo fueron en esas condiciones:

El documento visible al folio 23 por que de su solo texto no puede concluirse que esa fue la relación jurídica que ligó a las partes, especialmente cuando está desvirtuado por la confesión del representante legal de la Empresa, lo cual indica que ese documento fue suscrito para eludir el pago de prestaciones. Luego se extiende en consideraciones acerca del contrato de trabajo para destacar, según él el error evidente en la estimación de la prueba.

La diligencia de inspección ocular practicada dentro del juicio, porque de ella no se infiere que el demandante fue un trabajador independiente, pues lo que demuestra en su contenido es la prestación personal de servicios del actor a la Empresa, la regularidad del pago de sus labores, que eran principalmente de vigilancia, sin desvirtuar la presunción del Art. 24 del C.S. del Trabajo.

La absolución de posiciones del demandante, porque de sus respuestas no puede concluirse que fue Matallana un contratista independiente en sus relaciones con la demandada, posiciones que además, en su concepto, fueron incorrectamente formuladas, y cuyas respuestas no se refieren a la época en que prestó sus servicios a la Empresa sino a la de la comparecencia al juzgado a absolverlas.

El acta de conciliación porque de su contenido no se concluye que el demandante fuera un trabajador independiente, sino por varios años un asalariado o trabajador subordinado ya que a ningún contratista se le pagan prestaciones sociales, y que si se le pagaron esas prestaciones antes y después de firmado el documento del folio 23, fue porque existió entre las partes un contrato de trabajo.

Finalmente, los testimonios aducidos como prueba al juicio, porque de las expresiones de los testigos no se deduce que el demandante fuera un trabajador independiente sino que por el contrario lo fue

subordinado, extendiendo sus labores de vigilancia tanto a los días ordinarios como a los festivos.

“En resumen —dice el casacionista— debido a la equivocada apreciación de estas pruebas y a la falta de apreciación de aquellas anteriormente singularizadas, el Tribunal incurrió en el error de hecho ostensible o evidente de no dar por demostrado el contrato de trabajo, estándolo plenamente. Conforme a los Arts. 22 y 23 del C.S. del Trabajo, que definen el contrato de trabajo y señalan sus elementos tipificantes, basta que se reúnan como tales la prestación personal, la continuada subordinación y el salario para que aquél se configure. Y al tenor del Art. 24 del mismo estatuto sustancial, la sola prestación de servicios personales hace presumir legalmente el contrato de trabajo. A consecuencia del error de hecho demostrado, tales disposiciones se violaron o quebrantaron indirectamente, dejándose de aplicar siendo pertinentes. De no haber incurrido en el error de hecho, se habría concluido no solamente que dicha presunción legal no fue desvirtuada, sino que se corroboró plenamente evidenciando los elementos de prestación personal de servicios durante un lapso de más de diez años, subordinación que consistía en recibir realmente órdenes del Gerente en cuanto a las labores a desempeñar y salario como retribución a esos servicios”.

Agrega el recurrente que: “Igualmente debido a ese error evidente de hecho se violó indirectamente el Art. 8º de la Ley 171 de 1961 que establece que el trabajador despedido sin justa causa, después de más de diez años de servicio y menos de quince, continuos o discontinuos, da derecho al trabajador para que la empresa lo pensionese desde la fecha del despido si para entonces tiene cumplidos sesenta años de edad”. (...).

Consideraciones de la Corte.

En lo atinente a la apreciación de los medios instructorios puntualizados por el casacionista, se tiene que, reiteradamente la Corte ha sostenido que, la evaluación de ese material probatorio hecha por el sentenciador de segundo grado, es intocable, aun

cuando no se esté de acuerdo con ella, salvo el caso excepcional de error evidente de hecho, "es decir que, la libertad del Tribunal para estimar los medios de prueba solo tiene el límite que le demarca lo absurdo de la conclusión a que lo lleve un error en la apreciación probatoria, entendiéndose por conclusión absurda lo que repugna a la razón natural".

En el caso sub iudice se ha acusado el fallo recurrido, por error señalado como evidente en la apreciación de las siguientes probaciones:

El documento contrato visible al folio 23, acerca del cual dice así la sentencia acusada:

"Del contenido de las cláusulas del contrato suscrito por las partes contendientes del presente juicio, y que obra al folio 23 del expediente, se deduce claramente que el actor Matallana se obligó en su calidad de experto en investigaciones privadas, a realizar pesquisas investigativas para la empresa Compañía Colombiana de Grasas 'COGRA' S.A., quedando a su criterio, su orientación y método en las investigaciones, las cuales quedaron a discreción y al criterio del señor Matallana. Se dice de manera expresa en dicho contrato —Cláusula 2ª— que en desarrollo de su labor no recibirá órdenes de la compañía, ni estará sometido a horario de ninguna especie y el resultado de las pesquisas que adelante quedan bajo la norma del propio interés y diligencia personal de investigador. En otra de las cláusulas del contrato en mención se estipula que por cada trabajo investigativo que la compañía somete a consideración del señor Matallana y que éste se compromete a realizar, le pagará la sociedad los honorarios que las partes fijen para cada caso, de acuerdo con la importancia del asunto y su resultado práctico, honorarios que tienen un valor aproximado de \$ 600.00 por mes. La cláusula 4ª, establece que el demandante Matallana en ejercicio de las investigaciones que se le propongan y acepte, bien puede realizar las pesquisas por sí mismo o delegar su actuación en la persona de su confianza. De las estipulaciones anteriores,

bien puede deducirse que la intención de las partes no fue ciertamente la de celebrar un contrato de carácter laboral, porque es evidente que el trabajador no solo no estaría subordinado sino que su labor debía ejecutarla según su orientación, discreción y criterio, sin que recibiera órdenes de ninguna naturaleza ni estuviera sometido a horarios o controles de ninguna especie".

Evidentemente, de la sola lectura del contrato, ceñido a la intención de los contratantes claramente vertida en las cláusulas que componen esa convención bilateral y de los efectos que necesariamente de él deben deducirse como relación jurídica, el sentenciador de segundo grado dió a esa probación el valor que debe producir un instrumento privado, no tachado ni redargüido de falsedad ni de exactitud, que ha figurado en el juicio como medio demostrativo, sin observación alguna de la naturaleza de las anotadas, tendiente a enervar su viabilidad probatoria.

Como tal pues, ese documento privado, comprende de manera protuberante una convención de estructura netamente civil, y por lo tanto, las obligaciones de las partes, que de él se derivan, como consecuencia de su voluntad de contratar, se rigen por el contrato mismo como ley de las partes y por las normas sustantivas que tutelan los derechos de los contratantes.

De tal convención privada, no puede deducirse, pues una relación jurídico contractual de las contempladas por la ley sustancial del trabajo, y su existencia quirográfica destruye la posibilidad de cualquier hipótesis o presunción de tipo laboral propiamente dichos, en relación con el contenido expreso y claro de la misma.

Aún más, corroboran la interpretación y apreciación no errada de la prueba, aquellas otras que el recurrente estima como equivocadamente evaluadas, como son: la absolución de posiciones del actor, el acta de conciliación y los testimonios aducidos en el curso del juicio, que constituyen armónicamente el sustento de la sentencia acusada.

En las posiciones dice el absolvente señor Matallana (fls. 41 a 43) que tiene oficina abierta al público, en la que atiende negocios de experto en investigaciones privadas, que atiende personalmente con las empresas que le solicitan sus servicios.

En el acta de conciliación (f. 46) se dice:

"Las partes de común acuerdo le solicitaron al señor Juez se constituya en audiencia pública de conciliación con el objeto de arreglar en forma amigable las prestaciones sociales que le pudieran corresponder a Edilberto Matallana, por un lapso de nueve años, por servicios de vigilancia privada, en su condición de experto de esta actividad y sin que fuera exclusivo para adelantar investigaciones en la Compañía de Grasas COGRA S.A. y sin que tuviera un horario fijo establecido para llevar a cabo su cometido. Por tanto, se ha discutido la naturaleza del contrato. Constituido el Juzgado en audiencia pública de conciliación se dicta el siguiente auto:

"(...)"

"En este estado, los comparecientes expresan que en las condiciones antes formuladas han llegado al arreglo conciliatorio que se traduce en los siguientes términos:

"La Compañía Colombiana de Grasas 'COGRA' S. A. ofrece al señor Edilberto Matallana la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) m/cte., por las prestaciones sociales que pudieran corresponderle, en las condiciones ya anotadas, liquidadas sobre un salario de \$ 600.00 mensuales y por los servicios prestados en su carácter de conocedor en cuestiones de investigaciones privadas.

"Por su parte el señor Edilberto Matallana, manifiesta que acepta la suma ofrecida y que una vez le sea cancelada declara a la Compañía Colombiana de Grasas 'COGRA' S.A. a paz y salvo por todo concepto, en atención a que los salarios le fueron pagados a satisfacción".

Sobre la conciliación como valor probatorio se ha dicho:

"Que las propuestas contenidas en las Actas de Conciliación no deben considerarse como confesiones, es cuestión resuelta por la Corte en numerosa y reiterada jurisprudencia. En lo laboral, a fin de procurar a las partes una pronta solución de sus divergencias, con mediación de un funcionario se procura la conciliación de las diferencias existentes y, para ello aún se insinúan fórmulas que tiendan a tal fin. Mas, si todo lo que en el curso de estas reuniones expresan las partes sin fundamento pudiera ser tomado en cuenta para alegarlo en su contra como confesión, entonces se daría un golpe mortal a la institución y al convocar a conciliación cada uno procuraría ante todo, cuidarse de la frase, del concepto, de la sugerencia que pudiera llegar a ser invocada en su contra y así no se lograrían las finalidades buscadas que no son otras que las de armonizar los intereses opuestos y procurar el imperio de la justicia dentro del sano entendimiento entre los presuntos litigantes. Más no quiere ello decir que no haya de tomarse como indicio lo que establezcan las actas de Conciliación y, que en cuanto sean corroboradas por otras probanzas, conducen al esclarecimiento de la verdad procesal".

Esto último en su sentido intrínseco, es lo que esencialmente ha acontecido en el caso de estudio, toda vez que lo expresado en el acta de conciliación, llevada a cabo para precaver un litigio eventual, muy seguramente y según se desprende de la contestación de la demanda, concuerda realmente con el contenido del documento y con las posiciones antecitadas, así como con los testimonios de los señores: Arturo Zambrano, Hermides Romero Alfaro, Mario Arango de la Cuesta, Antonio Hernández Manrique y Guillermo Flórez Quintero, quienes en general hablan de que las actividades del señor Matallana en la Empresa COGRA S. A. eran las de investigación de antecedentes del personal aspirante a entrar en la Compañía; funciones de detective privado con autonomía para entrar y salir.

Es decir que, de ese haz probatorio en su conjunto, surgió el raciocinio lógico que llevó al ad-quem a pronunciar la sentencia acusada, confirmatoria de la resolución del

a-quo; y examinadas esas probaciones frente a la acusación y a esa sentencia recurrida se concluye que no fueron erradamente apreciadas, o por lo menos de esa evaluación no surge error evidente alguno.

Por lo que corresponde a las pruebas dejadas de apreciar, señaladas por el censor, ellas son en su orden:

La diligencia de inspección ocular extra-judicio que fue practicada sin citación de la parte contraria y que constituye por tanto una presunción, de la cual se deriva que el señor Matallana percibió remuneración por servicios especiales a la Empresa, sin que de ello pueda deducirse una relación laboral de las deseadas por la censura. (Se subraya).

Las posiciones absueltas por el representante legal de la empresa demandada en donde aparece que: el señor Matallana prestó servicios de investigación; que los \$ 800.00 que recibía eran por compensación de servicios de investigación; que el absolvente ordenó algunas labores a Matallana y que la misión de éste era investigar las condiciones de honorabilidad y conducta como los antecedentes de los aspirantes a empleo.

Del texto de las respuestas no puede tampoco deducirse un contrato de trabajo que sirviera para destruir el contenido del escrito que figura al folio 23.

Los recibos visibles a los folios 24 y 25 se refieren específicamente a "presuntas" prestaciones y el último hace relación directa al acta de conciliación ya examinada y como consecuencia de la misma.

La constancia de afiliación del señor Matallana al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, queda aclarada con la certificación expedida por esa misma entidad (f. 66) en

donde consta que dicho señor fue afiliado el día 1º de febrero de 1964 y retirado el 1º de marzo del mismo año. Lo que significa que solo permaneció en esas condiciones un mes, no obstante su continuidad para esa época en el servicio de investigación privada para con la empresa demandada, lo cual es muy dicente.

Ciertamente todas estas pruebas no fueron enunciadas en la motivación del fallo recurrido, lo cual es censurable, puesto que el fallador debe analizar las presentadas por las partes, aun cuando no todas ellas sean fundamental sustento de la sentencia, pero sí integra un acucioso imperativo procesal no pasar como inadvertidas aún aquellas no fundamentales.

Con todo, esas pruebas echadas de menos no menguan la viabilidad jurídica del fallo acusado, sostenido esencialmente en las primeramente sometidas a examen.

Por lo tanto el cargo no prospera.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia 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.



REAJUSTE DE LA PENSION EXTRA-LEGAL DE JUBILACION

(Artículo 1º de la Ley 77 de 1959) — No hace esta regla distinción entre pensiones legales y extralegales, sino que explícitamente se refiere a las “que se hayan causado con anterioridad a la vigencia” de la Ley; proposición, la transcrita entre comillas, que claramente comprende todas las causadas antes del 1º de enero de 1960 sin consideración al origen del respectivo derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. Bogotá, D. E., julio trece de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta No. 25).

Pablo Arango Londoño, mayor y vecino de Medellín, demandó al Banco Central Hipotecario, con domicilio en la misma ciudad, para que se hagan en su favor las siguientes declaraciones: “a) Que el Banco Central Hipotecario está obligado a reajustar mi pensión de jubilación, en los términos de la ley. b) Que el Banco Central Hipotecario, Sucursal de esta ciudad, me debe y está en la obligación de pagarme, desde que entraron en vigencia las leyes que he citado y las que citaré, los aumentos o alzas de mi pensión de jubilación mensual, y que ha de continuar pagándomelas periódicamente, en el futuro. c) Que el Banco Central Hipotecario, Sucursal de Medellín, me debe y está en la obligación de pagarme, los intereses sobre todas y cada una de las cuotas periódicas de aumento, insolutas, desde el momento en que cada una de ellas se hizo exigible. d) Que el mismo Banco Central Hipotecario, me debe las costas del juicio”.

Según los hechos de la demanda, Pablo Arango Londoño trabajó al servicio del

Banco Central Hipotecario por más de diez y ocho años, hasta 1956, habiéndosele comunicado el 9 de marzo de ese año que había sido jubilado por la suma de \$ 1.083.32, cuantía que se obtuvo sobre el promedio de sueldos del último año de servicios, que comprendió a 1955 y 1956. Dicha suma se le pagó hasta diciembre de 1962, pues a partir del mes de enero de 1963 se le hizo el aumento ordenado en el artículo 3º de la Ley 1ª de ese año. Sin embargo, no se le ha hecho el reajuste ordenado en la Ley 77 de 1959, en concordancia con lo que dispone el artículo 2º de la Ley 171 de 1961, reajuste que asciende a \$ 95.00 mensuales, o sea que la cuantía de la pensión ha debido ser de \$ 1.178.32 desde el 1º de enero de 1960, y de \$ 1.298.32 desde el 1º de enero de 1963.

La demanda fue coadyuvada por un abogado inscrito. Al contestarla, el patrono demandado aceptó unos hechos y negó otros; admitió las dos primeras peticiones como justas y rechazó las dos últimas como infundadas, manifestando que el Banco estaba dispuesto a pagar el reajuste que le resulte a deber al demandante, aun cuando lo considera inferior al señalado en la demanda, pues la pensión no se causó en 1955, sino en 1956.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Primero del Trabajo de Medellín, quien fue el del conocimiento, conde-

no al Banco Central Hipotecario a pagar a Pablo Arango Londoño la suma de noventa y cinco pesos (\$ 95.00) mensuales, contados a partir del 1º de enero de 1960, por concepto de reajuste de la pensión de jubilación, los intereses legales sobre cada una de las cuotas insolutas y las costas del juicio.

Apeló la parte demandada. El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado.

El Banco Central Hipotecario interpuso el recurso de casación, el cual fue admitido por esta Sala, y se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda presentada oportunamente.

Alcance de la Impugnación.

Pretende la casación total de la sentencia recurrida y en su lugar que se absuelva de todo cargo a la entidad demandada y se condene en costas a la parte demandante.

Con fundamento en la causal 1ª de casación laboral, formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo. Infracción indirecta de la Ley Sustantiva, por error de hecho.

Para el impugnador la sentencia acusada incurre en la violación de la Ley, al dar por establecido que la pensión de jubilación del señor Pablo Arango fue liquidada con estricta sujeción a la ley vigente al momento de causarse el derecho. Se refiere el recurrente a los requisitos exigidos en los artículos 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el último subrogado por el artículo 8º de la ley 171 de 1961 y dice que en el caso del demandante ellos no se cumplieron pues en el expediente únicamente aparece que el demandante trabajó al servicio del Banco Central Hipotecario durante más de diez y ocho años, además de que la cuantía de la pensión excedió el máximo de seiscientos pesos fijado en el numeral 3º del artículo 260 del C.S. del T. como se confiesa en la demanda.

“Por todo lo anterior concluye el acusador es lógico deducir que la pensión de que goza el demandante es la consagrada en el Reglamento Interno del Banco y en los estatutos de la Caja de Previsión del mismo, y ella no ha sido liquidada con estricta sujeción a la ley vigente al momento de causarse el derecho como ordena el artículo 2º de la Ley 77 de 1959; vale decir, que dicha pensión tiene un carácter Extra-legal”.

Se considera:

Quando la acusación se hace por error de hecho, es necesario que se determinen con claridad y precisión las pruebas cuya falta de apreciación o equivocada estimación dió lugar al error. En el cargo que se estudia, el impugnador afirma que “de la lectura atenta del expediente se desprende que la única prueba que aparece es la de que el demandante solo trabajó al servicio de la Institución Banco Central Hipotecario durante más de diez y ocho años”, pero no manifiesta cuál es el medio de prueba que a su juicio demuestra tal hecho. Luego se refiere a la confesión del demandante contenida en la demanda, pero no expresa si el sentenciador dejó de apreciarla, o si la apreció equivocadamente, o si apreciada, incurrió en fallas críticas o aplicó inadecuadamente las reglas lógicas o principios científicos que inspiran la formación racional del convencimiento. Estas omisiones del casacionista constituyen una falta técnica en la formulación del cargo, que impide que pueda prosperar.

Segundo Cargo. Interpretación errónea del artículo 1º de la Ley 77 de 1959.

Dice el recurrente que el Tribunal Superior interpretó erróneamente la norma señalada, al considerar que ella se refiere a toda clase de pensiones, interpretación que podría aceptarse si se tuviera en cuenta exclusivamente el artículo 1º de la Ley 77 de 1959, pero que con la lectura atenta y cuidadosa de los artículos 2º y 5º de la misma ley, se despeja cualquier duda que pudiera presentarse. Cita en su apoyo jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se sostiene que las pensiones a

que se refiere la Ley 77 de 1959 son aquellas que han sido concedidas por la ley y no las que disfrutaban los trabajadores en virtud de pactos o reglamentos. Agrega que en el caso en estudio está demostrado que el demandante goza de la pensión de jubilación contemplada en los artículos 94 y 31 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco y Estatutos de la Caja de Previsión del mismo, respectivamente, y que en consecuencia no se otorgó teniendo en cuenta los requisitos legales de 20 años de servicio y 55 años de edad, por lo cual no le es aplicable el aumento contemplado en la Ley 77 de 1959. Refiriéndose al artículo 1º de esta ley, dice el impugnador, que en él se ordenó aumentar las pensiones cuya cuantía fuera inferior a \$ 1.375.00 mensuales con base en una tabla que abarca hasta el año de 1957, o sea que las causadas con posterioridad no tendrían aumento, por no existir tabla que se les pudiera aplicar, dejando así un vacío que quiso llenar el artículo 1º de la Ley 171 de 1961 al hacer extensivos los aumentos a las pensiones que siendo inferiores a \$ 1.375.00 mensuales se hubieren causado con posterioridad a la sanción de la Ley 77 de 1959 y que el año utilizado como base para la liquidación de la pensión fuese alguno de los contemplados en la tabla, según el procedimiento indicado en el artículo 2º de la citada Ley 171 de 1961.

Se considera:

Al decidir el Tribunal Superior de Medellín que el artículo 1º de la Ley 77 de 1959 se aplicaba a la pensión devengada por el demandante, implícitamente entendió que el aumento ordenado por dicha norma comprendía a las pensiones concedidas según los reglamentos internos de trabajo de las empresas, puesto que dicha pensión tuvo como causa el Reglamento del Trabajo de la demandada.

Comparte la Sala esta interpretación del ad-quem, pues el artículo 1º de la ley 77 de 1959 no distingue entre las pensiones según la norma que le haya dado origen: Ley, Convención Colectiva, Reglamento de Trabajo, etc.. Si el artículo 2º de la misma ley dice que el "reajuste se hará sobre el monto de la pensión liquidada con estricta suje-

ción a la ley vigente en el momento de causarse el derecho", se está refiriendo al porcentaje señalado y al salario que debe tenerse en cuenta para obtener el monto de la pensión, pero no al origen de ella. Como ya esta Sala se pronunció sobre la correcta interpretación del artículo 1º de la Ley 77 de 1959, en relación con las otras a que se refiere el impugnador, se transcribirá lo pertinente del fallo de 16 de diciembre de 1968, Alberto Londoño de Brigard contra Banco Central Hipotecario, por medio del cual se casó precisamente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá citada por el recurrente para respaldar sus argumentos, jurisprudencia que fue mantenida en el fallo de 15 de abril de 1970, Gonzalo Arango Escobar contra Banco Central Hipotecario. Dijo así esta Corporación:

"No hace esta regla distinción entre pensiones legales y extralegales, sino que explícitamente se refiere a las 'que se hayan causado con anterioridad a la vigencia' de la ley; proposición, la transcrita entre comillas, que claramente comprende todas las causadas antes del 1º de enero de 1960 sin consideración al origen del respectivo derecho. El concepto de causación del derecho es equivalente al de adquisición o consumación del mismo en cabeza del acreedor de la respectiva prestación, y el derecho a ésta se consume o adquiere en los casos en que emana de un acto distinto de la ley, por el monto o en la cuantía acordada entre las partes o convenida por el patrono, ya que conforme al Art. 13 del C.S.T. la ley laboral solo contiene el mínimo de los derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, lo que quiere decir que mientras no se afecte ese mínimo la relación se rige por el principio de la autonomía de la voluntad para fijar las condiciones generales de trabajo. Para la Sala sentenciadora, sin embargo, lo preceptuado en los Arts. 2º —hoy sustituido por la Ley 171 de 1961— y 5º de la Ley 77 llevan a concluir que no es el expresado el alcance del artículo 1º de la misma ley, por cuanto el 2º disponía que 'el reajuste se hará sobre el monto de la pensión liquidada con estricta sujeción a la ley vigente en el momento de causarse el derecho', y el 5º prescribe que 'los aumen-

tos legales o extralegales que se hayan hecho a la pensión estrictamente legal, deberán mantenerse; pero los pagos que de ellos se hagan a partir del 1º de enero de 1960, se imputarán a los que la presente ley ordena; de donde deduce el Tribunal que tales aumentos solo tiene lugar sobre la tarifa o cuantía legal, mas no sobre la establecida en pactos, convenciones, reglamentos, estatutos, etc., o sea, sobre la establecida de modo extralegal. No comparte la Corte esta opinión, porque el Art. 2º debe entenderse en el sentido de que el reajuste ordenado en el artículo 1º debería liquidarse sobre la base de la cuantía de la pensión según las leyes vigentes el día en que concurren las condiciones de edad y tiempo de servicio, etc. que dan derecho a ella, sin tomar en cuenta los aumentos posteriores ciertamente, pero también sin desdeñar por razón de su origen los factores que concluyen a integrar el respectivo monto. La remisión a la ley vigente en el momento de causarse el derecho solo persigue que el aumento se efectúe sobre la pensión liquidada conforme a las disposiciones normativas que establecen requisitos como los relativos al tiempo de servicio, la edad del trabajador, etc., en la fecha de la adquisición del derecho, mas sin referirse al quantum porque si así fuese la regla estaría en contradicción con la del artículo 1º que ordena el aumento de la pensión causada con anterioridad a la vigencia de la ley, que es la convenida en pactos o contratos o la establecida en estatutos o reglamentos, y, conforme al artículo 260 del C.S.T., la equivalente al setenta y cinco por ciento del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, debiendo entenderse por salario, a tenor del artículo 128 de la misma obra, 'no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios'. El concepto de pensión causada comprende, así, no solamente la adquirida con sujeción a la tarifa mínima legal, sino también la consumada en virtud de obligaciones contraídas por el patrono en ejercicio de su libertad contractual. En otras palabras, si la ley 77 aumentó las pensiones de jubilación, remitiendo de paso a la ley vigente en el mo-

mento de consumación del derecho en lo que concierne a las condiciones requeridas por tal consumación, no alteró sin embargo el criterio de que la liquidación debe hacerse con base en el salario devengado o en la forma convenida por las partes o acordada por el patrono, ni modifica el concepto que de salario tiene la ley. Viene a corroborar este criterio, por otra parte, el literal (a) del artículo 2º de la Ley 171 de 1961, sustitutivo del 2º de la Ley 77 que aclara esta última norma en el sentido de que para aplicar la tabla de aumentos establecida en la primera de las citadas leyes 'se buscará la pensión que habría correspondido, de conformidad con las normas legales, convencionales, reglamentarias o voluntarias vigentes en el momento en que se causó el derecho'. No cabe duda de que el literal (a) del artículo 2º de la Ley 171 tuvo la esencial finalidad de aclarar las dudas que sobre el entendimiento de la Ley 77 pudiera suscitar la confusa redacción de esta última, lo que además aparece demostrado con lo prescrito en el parágrafo 1º del artículo 2º de la ley 171 en cuanto establece que 'las pensiones que hayan sido aumentadas con aplicación de los artículos 3º, 4º y 8º de la Ley 77 de 1959, serán reajustadas nuevamente por el procedimiento indicado en el presente artículo, sin sobrepasar el límite de mil trescientos setenta y cinco pesos (\$ 1.375.00)', y ello en previsión de que por una interpretación como la sustentada en la sentencia objeto del recurso la misma justicia laboral hubiese incurrido en el error de verificar ese reajuste sin tomar en cuenta las pensiones 'reglamentarias, voluntarias o convencionales'; de suerte que aún haciendo caso omiso de las normaciones de la ley 77, la condena pronunciada por el juzgador de primer grado debería mantenerse en atención a lo dispuesto en el mencionado parágrafo del artículo 2º de la Ley 171''.

Habiendo interpretado correctamente el ad-quem el artículo 1º de la Ley 77 de 1959, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de

la Ley, no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral.

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.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., Tito Octavio Hernández.
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPRESAS Y ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS DESCENTRALIZADOS

Las Empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., catorce de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavidas Patrón).

(Acta N° 41).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, el 26 de julio de 1969, en el ordinario de trabajo que les promovió el doctor David Moreno Escobar.

En la litis, el demandante afirmó que las Empresas demandadas le reconocieron, por conducto de su Caja de Previsión Social, en Resolución N° 38 de 26 de septiembre de 1966, una pensión vitalicia de jubilación de \$ 6.450.00 mensuales, que era el último sueldo devengado por él, por haber cumplido el tiempo de servicios y la edad requerida por la ley; que lo anterior se hizo con el 100% del sueldo que devengaba por tratarse de una dependencia oficial del Municipio de Barranquilla y en cumplimiento de Acuerdos Municipales que así lo establecen; que, además, las convenciones colectivas que rigen las relaciones entre las Empresas y sus trabajadores, especialmente las celebradas desde 1962, consagran el mismo beneficio; y que, no obstante, ellas re-

solvieron, en forma unilateral, recortar, a partir del mes de agosto de 1967, el derecho de que disfrutaba el actor, por lo cual se le disminuyó arbitrariamente la pensión a \$ 4.827.50, esto es, el 75% del último sueldo devengado. Con base en los hechos anteriores se suplicaron la pensión indicada en su cuantía originaria conforme a la Resolución N° 38 de 26 de septiembre de 1966 y la diferencia dejada de pagar desde agosto de 1967 hasta cuando se la cancele de nuevo en aquel valor del 100% y las costas del proceso. Se agotó la vía administrativa.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor por estimar, en lo fundamental, que la pensión debida es del valor con que se la paga últimamente, ya que el acuerdo y las convenciones que invoca el Dr. Moreno no tienen el entendimiento que éste pretende y la liquidación que se le hizo primeramente fue equivocada.

Tramitada la controversia el Juzgado Segundo Laboral Municipal de Barranquilla la desató en fallo de 26 de octubre de 1968 por el que condenó a las Empresas Públicas Municipales de la dicha ciudad a pagar al demandante \$ 21.768.75 como saldo de la pensión del Dr. Moreno, causado del 16 de agosto de 1967 hasta el 30 de septiembre de 1968, y ordenando que la jubilación debida es de \$ 6.450.00 equivalente al sueldo completo mensual, a partir del 1° de octubre siguiente. No impuso costas.

Por apelación del apoderado de la parte demandada conoció del negocio el Tribunal Superior de Barranquilla entidad que en sentencia del 26 de julio del año próximo pasado confirmó la del inferior. Tampoco hizo condenación en costas.

La Impugnación.

Aspira a quebrantar el fallo del ad-quem para que, en sede de instancia, la Corte revoque el del a-quo y absuelva,, en su lugar, a las EE.PP.MM. de Barranquilla de las peticiones del libelo inicial.

Al efecto, en cargo único, formulado por la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1968, se acusa la interpretación errónea de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Acuerdo N° 24 de 1960 del Concejo de Barranquilla, en relación con los artículos 1º ibídem y 1º de la ley 151 de 1959, a consecuencia de lo cual se aplicaron indebidamente los artículos 12 del Acuerdo N° 10 de 1958, 1º del Acuerdo N° 31 de 1964 y 2º del Acuerdo N° 009 de 1966 todos del mismo Concejo Municipal y dejaron de aplicarse, siendo pertinentes, los artículos 17 ord. (b) de la Ley 6ª de 1945 y 4º de la Ley 4ª de 1966.

Para sustentar el ataque el acusador sostiene que el Tribunal no discute el hecho de que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son un establecimiento público, pero, por interpretación equivocada de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, y 7º del Acuerdo Número 24 de 23 de mayo de 1960, asevera que ellas hacen parte integrante del Municipio de Barranquilla y sus empleados gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los de este. O sea que las demandadas son el mismo Municipio de Barranquilla y sus servidores lo son de este municipio, por lo que, en el caso sub-judice, al demandante, empleado de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, le aplicó los artículos 12 del Acuerdo N° 10 de 1958, 1º del Acuerdo N° 31 de 1964 y 2º del Acuerdo 009 de 1966, normativos de una situación pensional de excepción, propia de los empleados que le hubiesen trabajado veinte años al Municipio de Barranquilla. Empero, ocurre que aquellos textos primeramente

citados no estatuyen nada que no se comparezca exactamente con la naturaleza jurídica de un establecimiento público, de un lado, y, de otro, los establecimientos públicos son parte de la administración nacional, departamental, municipal, según el caso, pero no tanta que sean la propia nación, el propio departamento o el propio municipio, como lo entiende el ad-quem, ni que, como éste también lo entiende, sus trabajadores se puedan reputar trabajadores de estas personas de derecho público. Agrega que del hecho de que los establecimientos públicos sean parte de la administración pública y gocen todos de una autonomía relativa —nunca absoluta— no se sigue que sean simples dependencias de ella, que no puedan estatuir condiciones prestacionales específicas para sus propios trabajadores, ni que a éstos le sean aplicables las de excepción establecidas, con exclusividad, para los de aquella. De donde resultan las violaciones acusadas, pues el doctor Moreno laboró ciertamente más de 20 años, pero parte de ellos al servicio del Municipio y el resto al servicio de las Empresas demandadas, por lo cual no se le deben aplicar los textos que establecieron una pensión de jubilación equivalente al valor del salario mensual devengado en el último año de servicio para los trabajadores de 20 años exclusivamente al servicio del Municipio.

El opositor defiende la exégesis del Tribunal y la aplicación que hizo de los textos reseñados y agrega que el Acto primero de las Empresas Públicas no podía revocarse por la misma entidad administrativa sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Invoca finalmente la sentencia de la Corte en el juicio de Luis E. González López contra las mismas Empresas del sub-lite, sobre idéntica situación a la que ahora se debate.

Para resolver se considera:

El Tribunal concretó la cuestión litigiosa así:

“En el presente juicio ordinario laboral que instaurara el doctor David Moreno Escobar contra las Empresas Públicas Municipales de esta ciudad, en el Juzgado Segundo

Laboral Municipal, se trata de establecer si el actor tiene derecho a que la entidad demandada le pague la pensión de jubilación que viene disfrutando como consecuencia de la Resolución N° 38 de 26 de septiembre de 1966, originaria de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros de las Empresas Públicas Municipales, en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del último sueldo devengado por el demandante, o sea, de \$ 6.450.00 mensuales y no de \$ 4.827.50 que viene recibiendo por dicho concepto a partir del mes de agosto de 1967, fecha desde la cual su pensión quedó reducida a dicho guarismo, dejándosele de pagar una diferencia de \$ 1.622.50 mensuales.

“El problema se reduce a considerar si las Empresas Públicas Municipales deben ser estimadas como parte integrante del Municipio de Barranquilla y como tal le son aplicables las normas que rigen la vida del Municipio, o si, por el contrario, por ser una entidad autónoma, descentralizada y con patrimonio propio, sus empleados o funcionarios se hallan con respecto al Municipio en posición de absoluta independencia que permita determinar que las normas que el Concejo dicta para el Municipio no cobijan en modo alguno a las Empresas Públicas Municipales. En otras palabras: si las Empresas Públicas Municipales son, a la luz de las disposiciones legales vigentes y de los Acuerdos expedidos por la Corporación Municipal desde su creación en 1960, un ente jurídico completamente distinto, independiente o autónomo, que actúa dentro de una órbita jurídica de plena soberanía, en que sus decisiones o determinaciones se toman dentro de una zona ajena a la vida del Municipio, sin que este tenga nada que ver con el funcionamiento, el mecanismo y las determinaciones o decisiones a que hace referencia”.

Y con base en los textos del Acuerdo N° 24 de 23 de mayo de 1960 que el acusador estima interpretados erróneamente, decidió que no obstante ser la entidad demandada “una empresa autónoma, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio, patrimonio adjudicado por el

Municipio de Barranquilla para la mejor prestación de los servicios públicos, que se señalan en el artículo 2° del Acuerdo, es parte integrante del Municipio y los funcionarios o empleados que laboran en ella gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los empleados del Municipio”. Por lo cual le aplicó al promotor de la litis, en razón del tiempo servido para el Municipio de Barranquilla y para las Empresas demandadas, la norma que dispensa la jubilación en el 100% del último sueldo devengado, como lo había hecho inicialmente la Resolución de la Caja de Previsión de las dichas empresas.

Para la Sala no hay error de interpretación de las normas primeramente citadas, en sí mismas consideradas, pues ellas versan sobre los asuntos entendidos por el Tribunal (constitución de las Empresas como ente autónomo, descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio; prestación por ellas “de los servicios públicos, alcantarillado, aseo, pavimentación, mercados y los demás que en el futuro recomiende la Junta Directiva del Concejo Municipal, para su aprobación”, y que su patrimonio se formará “con los mismos bienes que actualmente tiene vinculados a ella el Municipio”; que las Empresas “continuarán recaudando, administrando e invirtiendo por cuenta del Municipio el producto de las rentas municipales que de acuerdo con disposiciones legales y contractuales tiene en la actualidad bajo su administración en orden a incrementar el patrimonio de las Empresas y a contribuir a los ensanches y mejoramiento de los servicios públicos que ellas pretendan”; que se autorizó al Personero Municipal para formalizar la transferencia del dominio de los bienes y la cesión de los derechos que entraron a formar parte del patrimonio de las Empresas y que éstas se hicieron cargo de todas las obligaciones que gravan al Municipio de Barranquilla por razón de los servicios públicos que administran subrogándose en todos los derechos del Municipio y sustituyéndolo en todas las obligaciones contratadas por él en lo tocante a los servicios que las Empresas administran). Como tampoco encuentra la Sala entendimiento equivocado

en el ad-quem al expresar que, por tales normas, la entidad demandada es parte integrante del Municipio y como tal sus funcionarios o empleados "gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los empleados del Municipio". Claramente lo anterior no significa, como lo pretende el acusador, que el ad-quem haya dicho o entendido que las Empresas sean el mismo Municipio o tanta parte de la administración municipal que sean el propio municipio. De lo que se trata simplemente es de que las Empresas demandadas, como establecimiento público municipal forman parte de la administración pública de este orden y en tal virtud sus servidores lo son municipales, como no pueden serlo legalmente de otro carácter, con las consecuencias que el fallo predicó en forma debida. Sin que, por otra parte, el asunto pueda confundirse en términos de que, en razón de su autonomía, sea imposible que las Empresas estatuyan condiciones prestacionales específicas para sus propios trabajadores, que no es el caso en el sub-lite, ni que el Municipio reserve para sus servidores, incluidos los de las Empresas, determinados beneficios, como el de la cuantía discutida de la prestación jubilatoria, para que no se la dispense del mismo modo cuando haya que computar servicios prestados a otros entes de derecho público, como pueden ser también el entendimiento y el alcance del precepto controvertido.

Por lo demás sobre la cuestión de fondo ha tenido oportunidad de pronunciarse ya la Sala. Así en la sentencia que invoca el opositor dijo:

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 desmembracio-

nes 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 deberes y cargas, inherentes a aquella, y que, por ende, los actos que nacen de sus funciones propias asuman 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 N° 24 de 1960 expedido 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 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 N° 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 N° 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 Nº 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 excluirse, 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 C.S.T., 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 ad-

ministrativos 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 consecencial de las que consagran la pensión de jubilación equivalente a las tres cuartas partes del mismo sueldo".

Debe, por último, expresarse que el fallo recurrido también advirtió que el doctor Moreno Escobar tenía ya una situación jurídica perfectamente definida y consumada, frente a la entidad de autos, en virtud del reconocimiento pensional que se le había hecho originalmente, y con fundamento separado en ello juzgó que le "estaba vedado cercenar la cuantía reconocida por su Caja de Previsión Social". Y de este soporte de la decisión no se ocupa el acusador.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BASE PARA REAJUSTAR LA PENSION DE JUBILACION

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 el trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, y 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 41).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Rafael Ruiz Correa contra la sentencia dictada el 5 de septiembre 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 en el Ferrocarril de Antioquia como Maquinista de Primera, 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 de Medellín la desató en fallo absolutorio, del 11 de julio de 1969, por estársele pagando al demandante una jubilación de \$ 626,40 correspondiente al 75% del sueldo asignado al cargo que desempeñó, aunque sin estimación de los otros factores o eventualidades que pretende. El Tribunal Superior confirmó esta providencia, en la suya ya indicada, acogiendo también la tesis del Departamento demandado.

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 que se impetró, "teniendo en cuenta la asignación que resulte más favorable al recurrente".

Al efecto en cargo único formulado por la causal primera acusa interpretación errónea de los artículos 5º de la Ley 4ª de 1966 y 6º del Decreto 1743 de 1966, en ar-

monía con los textos 1º de la Ley 6ª de 1945, 1º y 2º del Decreto 2127 de 1946, 2º de la Ley 65 de 1946 y 2º de la Ley 5ª de 1969.

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 kilométricas, 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 este no se ejecutorió en razón del recurso extraordinario interpuesto y aquél se entiende incorporado en la norma cuyo sentido declara, todo a términos 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 25, 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 \$ 1.867.72 mensuales, por lo cual le corresponde a Ruiz Correa, a título de jubilación, la suma de \$ 1.400.79, 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 \$ 626.40, el Departamento de Antioquia cubrirá, en su caso, la diferencia entre esas dos cantidades (\$ 774.39 mensuales) desde el indicado 23 de octubre de 1966 hasta la fecha en que haya pagado la suma de \$ 626.40 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 Rafael Ruiz Correa, de las generalidades de autos, una pensión vitalicia de jubilación de un mil cuatrocientos pesos con setenta y nueve centavos (\$ 1.400.79) 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 en 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.

SALARIOS VARIABLES

Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., julio veintiuno de mil novecientos setenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta Nº 26)

Julio Enrique González, por medio de apoderado, demandó a la sociedad "Mobil Ami S.A.", domiciliada en Bogotá para que se hagan estas declaraciones:

"Primera. — Que entre el Sr. Julio Enrique González González y la Sociedad Mobil Ami S.A. ha existido un contrato de trabajo en el lapso comprendido entre el 21 de marzo de 1955 y el 31 de julio de 1966".

"Segunda. — Que el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó el 31 de julio de 1966".

"Tercera. — Que durante toda la vigencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, el demandante devengó un salario variable".

"Cuarta. — Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sociedad Mobil Ami S.A. a pagar a favor del demandante la cantidad de Noventa y tres mil setenta y seis pesos con cincuen-

ta centavos (\$ 93.076.50) moneda corriente valor de la remuneración del descanso en los días domingos y festivos comprendidos durante la vigencia del contrato de trabajo".

"Quinta. — Que se condene a la sociedad demandada a pagar a favor del señor Julio Enrique González González el valor del reajuste del auxilio de cesantía, primas de servicios y vacaciones, liquidado con base en la totalidad de los salarios devengados".

"Sexta. — Que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas del juicio".

Como hechos de la demanda, invoca los siguientes:

Trabajó al servicio de la mencionada empresa del 21 de marzo de 1955 al 31 de julio de 1966, mediante un salario fijo y una comisión sobre las ventas.

Como remuneración fija devengó: "Un mil pesos (\$ 1.000.00) mensuales del tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) al treinta y uno de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963); mil ciento cincuenta y dos pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 1.152.85) del treinta y uno de diciembre (31) de 1963 al primero (1º) de enero de 1965; Mil doscientos setenta y cinco pesos con cincuenta y cinco (\$ 1.275.55) del primero (1º) de enero al trein-

ta y uno (31) de diciembre de 1965 y mil cuatrocientos ocho pesos del primero (1º) de enero de 1966 al treinta y uno (31) de julio del mismo año.”.

El salario variable fue así: “dos mil quinientos sesenta y tres con sesenta y ocho (\$ 2.563.68) mensuales del 3 de agosto de 1959 al 31 de diciembre de 1963; Tres mil veintinueve pesos con once centavos (\$ 3.029.11) mensuales del primero de enero al 31 de diciembre de 1965; y siete mil ciento veintiocho pesos con ochenta y ocho centavos (\$ 7.128.88) mensuales del primero de enero de 1966 al 31 de julio de 1966”.

Al liquidar el valor de los descansos dominicales, la Sociedad tuvo en cuenta solamente el sueldo fijo, y en la liquidación de las prestaciones sociales no se apreció la totalidad de los salarios devengados, ni lo correspondiente a remuneración dominical.

Dicha Sociedad consignó por concepto de prestaciones sociales, la suma de \$ 17.756.57 e infructuosamente el actor ha solicitado en varias ocasiones de la empresa el reconocimiento de los derechos que ahora se demandan.

En su contestación, la parte demandada niega unos hechos y deja al demandante la carga de la prueba en relación con otros, manifestando que no le constan.

Se opone a las declaraciones solicitadas y propone las excepciones de prescripción, pago y cobro de lo no debido. El Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, a quien corresponde el conocimiento de este negocio, absolvió a la Sociedad “Mobil Ami S.A.” y condenó en costas al demandante, quien, por medio de apoderado, apeló y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 30 de enero de 1970, confirmó el del a quo, sin costas en la segunda instancia.

El apoderado del actor interpuso el recurso de casación, que le fue concedido y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo el estudio de la demanda presentada para sustentarlo y del escrito de oposición.

El Recurso.

Alcance de la Impugnación.

Pretende que la Corte case la sentencia recurrida y que, procediendo como Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y, en su lugar, haga las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda primitiva.

Para el efecto, y con apoyo en lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y en las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, formula un solo cargo, así:

“La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 127, 172, 173, 174, 176, 186, 189, 192, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 8º del Decreto 617 de 1964, los artículos 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, al aplicarlos indebidamente, y al no aplicar los artículos 51 y 145 del Código Procesal del Trabajo, 1758 del Código Civil y artículos 603, 604, 605, 606, 607, 632, 637, 724, 727, 728 y 730 del Código Judicial por haber incurrido el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— en error de hecho de manifiesto en los autos proveniente de la falta de apreciación y de la no estimación de las pruebas que individualizaré a continuación:

“a) Pruebas no estimadas:

“Copia autenticada axpedida por el Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá del documento que contiene la liquidación definitiva de prestaciones sociales causadas a favor del demandante, efectuada por la Sociedad Mobil Ami S.A. (folios 114 a 121 del cuaderno principal del expediente)”.

Dice el casacionista que del análisis de este documento se desprende:

Que el demandante Julio Enrique González trabajó continuamente al servicio de la Sociedad demandada, del 21 de marzo de 1955 al 31 de julio de 1966; que el último salario promedio mensual fue de \$ 8.536.58;

que para la liquidación del auxilio de cesantía, la Sociedad tuvo en cuenta los salarios fijos y también los variables devengados por González, y admite haber pagado, cada mes, a título de salarios variables, en forma de comisiones, estos valores: \$ 2.563.68 del 3 de agosto de 1959 al 31 de julio de 1963; \$ 3.029.11 del 1º de enero al 31 de diciembre de 1964; \$ 4.892.08 del 1º de enero al 31 de diciembre de 1965, y \$ 7.128.88 del 1º de enero al 31 de julio de 1966.

Que la remuneración variable pagada al demandante durante todo el tiempo de servicios supera ampliamente el sueldo fijo "hasta el punto de ser casi sistemáticamente el salario variable mensual superior en más de tres veces al salario fijo". Que en la liquidación de prestaciones no se incluyó suma alguna por concepto de remuneración del descanso en domingos y festivos; que la constancia que aparece al final de ese documento, en el sentido de declarar a la demandada a paz y salvo por todo concepto de prestaciones sociales, no fue suscrita por el demandante, y que en la diligencia de entrega del título de consignación por la suma de \$ 17.756.57, González hizo esta manifestación: "Me reservo el derecho de reclamo en caso de que la presente liquidación no esté de acuerdo con la ley. Quedan pendientes los resultados de los exámenes médicos y una carta de la Compañía sobre mi pensión de jubilación".

Pruebas mal apreciadas.

En este aparte de su demanda, el recurrente cita la diligencia de inspección ocular (fls. 39, 40, 41, 107 y 108) en la que se demostró —dice— el trabajo continuo del demandante durante el lapso que especifica en la demanda y los salarios fijos y variables, estos últimos promediados cada mes, relación que coincide con la que se hizo en la liquidación de las prestaciones sociales efectuada por la Empresa; que dentro de la remuneración pagada al demandante no se incluyó lo correspondiente al descanso dominical y festivo, de acuerdo con el salario real; que la liquidación del salario variable solo podía hacerse y establecerse en la Sociedad

demandada por mensualidades vencidas, y no semana a semana "por cuanto se trataba de comisiones por ventas efectuadas que eran registradas únicamente por períodos mensuales en razón de la naturaleza misma del mencionado contrato, y que solamente así podía hacerse en la contabilidad de la Empresa. La manifestación del apoderado de la Sociedad demandada debe interpretarse, pues, en su verdadero alcance que no fue otro del de la imposibilidad física de probar el salario variable por período semanal", y que al ignorar los jueces de instancia el contenido de la inspección ocular, decidieron adversamente las reclamaciones.

Refiriéndose de nuevo a la liquidación de las prestaciones sociales, copia un aparte de la sentencia acusada, y dice que es inexplicable la ligereza en que incurrió el adquem al considerar que el demandante había declarado a paz y salvo a la Sociedad demandada por concepto de prestaciones sociales, dominicales y feriados, con base en el documento de folios 45 a 47, que no fue firmado por Julio Enrique González.

Alude, luego, a las posiciones del representante de la Sociedad y comenta que en ellas se admite lo relativo al salario fijo y al variable devengados por el actor, los cuales se encuentran relacionados en la liquidación y en la diligencia de inspección ocular, en lo tocante a una parte del tiempo de servicios, y que en dicha liquidación se incluyó el salario correspondiente a dominicales.

Transcribe otro aparte de la sentencia y habla de la equivocada apreciación que, en su concepto, hizo el fallador de aquellas confesiones relativas a la remuneración fija y variable, y al mayor valor de ésta, lo mismo que de la consideración de la Sociedad de haber incluido dentro de la remuneración del descanso dominical el monto de las comisiones.

Por falta de apreciación y por estimación equivocada de las pruebas, anteriormente relacionadas, —continúa el cargo— el Tribunal incurrió en estos errores de hecho:

Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante declaró a la Sociedad a paz y salvo, y que en el expediente no hay elementos de juicio que acrediten de manera cierta el salario devengado en cada semana durante el tiempo de servicios. No dar por demostrado, estándolo, que el actor se reservó en la diligencia de entrega de la consignación, el derecho de reclamar en caso de que fuera incorrecta la liquidación; que el Juez de primera instancia, en la diligencia de inspección ocular, hizo constar que en los pagos efectuados semanalmente, respecto de la remuneración dominical, no se tuvo en cuenta el salario promedio que podía resultar del cómputo del salario fijo y el variable; que la misma sociedad manifestó en aquella diligencia que la comisión sobre ventas, "necesariamente se tenía que realizar en forma mensual por cuanto ello corresponde a la naturaleza misma del contrato que estaba en ejecución lo cual significa la imposibilidad para el actor acreditar comisiones devengadas semana por semana"; que Julio Enrique González devengó durante el tiempo de ejecución del contrato un salario real integrado así: "Salarios Fijos: Del 21 de marzo de 1955 a abril de 1956, devengó la suma de \$ 110.00 semanales; que de mayo de 1956 a la primera semana de julio de 1958 devengó \$ 120.00 semanales; que de esta última fecha hasta la segunda semana de enero de 1959, devengó \$ 130.00 semanales; que de esta última fecha hasta julio del mismo año devengó \$ 145.00 semanales; que del 1º de agosto de 1959 hasta diciembre de 1963 devengó la suma de \$ 230.80 semanales; que de la segunda semana de enero de 1964 a diciembre del mismo año devengó la suma de \$ 265.55 semanales; que de enero de 1965 al 23 de enero de 1966 devengó \$ 293.55 semanales y que de allí en adelante y hasta la finalización del contrato de trabajo, devengó la suma de \$ 328.55. Salarios Variables: Que hasta el primer semestre de 1957 devengó como salario promedio \$ 396.61 mensuales; se aclara que en 1957 devengó un salario promedio de \$ 617.87; durante 1958, un salario promedio de \$ 1.085.29 mensuales durante 1959, \$ 1.220.84 mensuales; durante 1960 \$ 799.30 mensuales; en 1961 \$ 1.013.03 mensuales; en 1962, \$ 1.407.34 mensuales; en 1963 \$ 2.899.70 mensuales;

en 1964, \$ 3.057.99 mensuales; en 1965, \$ 4.892.10 mensuales; y en el período de 1966 o sea hasta julio 31 del mismo año \$ 6.243.61 mensuales. (folios 40 y 41 del expediente)". Que el demandante no recibió la remuneración del descanso en domingos y festivos liquidada con base en los salarios realmente devengados; que las prestaciones sociales fueron liquidadas sin incluir todo el salario, o sea el fijo, el variable y la remuneración de los descansos obligatorios, y que siendo imposible demostrar el monto de las comisiones por períodos inferiores a un mes "quedaba por una simple operación aritmética establecido igualmente tanto el valor de un día como el de cada semana de dicho salario variable o a comisiones".

Afirma, finalmente, el casacionista, que los errores de hecho anotados incidieron en la parte resolutive de la sentencia impugnada, determinaron la aplicación indebida de los preceptos señalados en el cargo, y condujeron a despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Se examina el cargo:

Como se desprende de la relación de los hechos de la demanda, al liquidar el valor de los descansos obligatorios, correspondientes al demandante, la Sociedad solamente tuvo en cuenta el sueldo fijo, o sea que omitió la parte del salario variable que aquél también percibió durante la ejecución de su contrato.

Tal antecedente, que constituye el soporte de la demanda primitiva, y fue acreditado en el debate, no lo niega el fallador. Lo que este sostiene en su sentencia es que cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados" conforme al precepto del art. 176 del C. S. T. y que este presupuesto del derecho que se discute no fue acreditado por el actor, puesto que el representante de la Sociedad, en las posiciones, no suministra ese dato, sino sumas globales referentes a espacios de tiempo mayores; la inspección ocular registra promedios mensua-

les y en el proceso no hay otros elementos de juicio que lo demuestren.

Tales consideraciones de la sentencia, pueden verse en los siguientes apartes:

“Al efecto, el señor representante legal de la sociedad demandada, al absolver posiciones por medio de intérprete, confesó únicamente que el actor había devengado la suma de \$ 1.408.00 del 1º de enero de 1966, al 31 de julio del mismo año, y, \$ 7.128.88, del 1º de enero al 31 de julio de 1966 (Respuesta a las preguntas 7ª, 4ª parte de la 4ª y 10ª, 3ª de la 5ª (fol. 26)). De los sueldos aceptados en estos períodos, en manera alguna puede siquiera presumirse el salario variable semanal que devengó durante toda la vigencia del contrato de trabajo el demandante, a fin de establecer el promedio percibido en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, tal como lo ordena el art. 176 del Código Sustantivo del Trabajo, y así, poder hacer la liquidación correspondiente al valor impetrado por dominicales y festivos.”

“La Inspección Ocular acredita el sueldo fijo semanal devengado por el demandante y un promedio de las comisiones mensuales, pagadas al trabajador y causadas durante la vigencia del contrato de trabajo (fls. 40 a 41, Subrayamos). Pero tampoco esta prueba sirve para tomar el promedio del salario semanal ya que existe una notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario, pues el primero es un sueldo fijo, y el segundo, a base de comisión, remuneración variable, sobre cómputos mensuales. Es decir, el salario variable registrado en la sentencia que se revisa, y el aceptado por el apelante.”

Esta Sala ha examinado atentamente las pruebas que el impugnador señala como no estimadas y la que indica como mal apreciada y no halla, al confrontarlas con el análisis probatorio que el fallador hace en su sentencia, que éste hubiese incurrido en los errores ostensibles de hecho que se le atribuyen. No hay en ellas dato alguno refe-

rente al promedio del salario variable de cada semana durante el tiempo de duración del contrato y es esta la deficiencia probatoria que advierte el fallador y también el casacionista, aun cuando éste entienda que por simples operaciones aritméticas era posible para el Tribunal establecer un promedio, tomando como base los promedios mensuales, punto de vista que no aceptó el fallador de acuerdo con doctrina de esta Corporación, que se transcribe en la sentencia y que está concebida así:

“3.—Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. Para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable para colocarla en el campo del salario por unidad de tiempo. Si se opta por señalar cifras distintas en las cuatro semanas del mes hasta integrar la cifra que para la mensualidad indica el peritazgo, el procedimiento se basaría en simples hipótesis, en oposición al contenido de la prueba, o en otros términos, en simples conjeturas.” (Juicio de Mario Galvis contra Encyclopedia Británica Limitada. Abril 8 de 1964).

De lo expuesto se concluye que es correcta la apreciación que el ad-quem hizo de la prueba que el recurrente señala como mal apreciada y que la indicada como dejada de estimar, aún dentro de la evidencia de esta hipótesis, no pudo originar el error de hecho ostensible que se predica, con incidencia en la parte resolutive de la sentencia, la cual no quedaría desvirtuada en su soporte fundamental, que es, como se deja anotado, el no haberse establecido, respecto de salario variable, el promedio de cada semana durante el tiempo de ejecución del contrato. Además, tal prueba, o sea, el documento relativo a la liquidación de las prestaciones sociales, sí fue apreciada por el fallador, puesto que a ella se alude en los

considerandos de la sentencia (fls. 146). No prospera el cargo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., Tito Octavio Hernández.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

C O N D E N A

La Corte, por providencia de 24 de julio de 1970, concreta la condena en el juicio de Simón Ramírez Ramírez contra la Sociedad "J. Gómez & Cía. Ltda."

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos setenta.

Ponente: Abogado Asistente Doctor Gerardo Rojas Bueno).

(Acta N° 43).

En la providencia de once de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, que desató el recurso de casación propuesto conjuntamente por las partes contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de SIMON RAMIREZ RAMIREZ contra la SOCIEDAD "J. GOMEZ & CIA. LIMITADA", esta Sala dijo lo siguiente:

"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 al fallo recurrido, con el cual el Tribunal Superior de Cali, por conducto de su Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia de este juicio, en cuanto condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante únicamente la cesantía correspondiente a los servicios prestados entre el 20 de febrero de 1956 y el 1° de enero de 1959 y las vacaciones y las primas de servicio del año de 1958, y en cuanto revocó la condena extra petita de la sentencia de primer grado, más no en lo demás, que no se casa y que por ello queda en firme; y en función de instancia ORDENA que antes de

proferirse la decisión de fondo que sustituya la informada se practique una inspección ocular con la intervención de perito a los libros de contabilidad, planillas de pago y demás papeles de la empresa demandada relativos al desarrollo del contrato que la vinculó al actor en el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, para que se verifique y deje constancia en el acta respectiva de las cantidades de dinero que la primera canceló al segundo, por concepto de comisiones, en cada uno de los semestres de los años de dicho período, y para que por el experto se determinen los promedios anual y mensual devengados por el citado demandante en cada una de las anualidades y semestres de ese lapso y en el último año de prestación de servicios" . . . "Una vez diligenciado el despacho que al respecto se libre (a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali), con los insertos pertinentes, volverá el negocio a la mesa para proveer".

En obediencia a la orden proferida, de conformidad con lo anterior, el Tribunal Superior de Cali —Sala Laboral— despachó la comisión, y el perito designado al efecto presentó el experticio que obra en original y copia a folios 86 y 87, del cuaderno de esta Sala, en el cual aparecen expresados los promedios que devengó en comisión el demandante Simón Ramírez. Tales promedios se tomaron en forma mensual y trimestral entre febrero de 1956 y enero de 1961. A la vez el mismo experto totalizó el valor de esas comisiones por idéntico lapso, contabilizando el monto mensual en cada uno de esos años.

De manera que la Sala tiene para los efectos correspondientes a esta providencia, los siguientes promedios: Uno mensual por año, otro mensual particular en cada uno de los correspondientes del período computado, y uno trimestral.

En orden a la decisión tomada por la Sala, y en apoyo a ella, dijo lo siguiente la providencia aludida:

“Incurrió, en consecuencia, el Tribunal en el primer error de hecho que le imputa el recurrente en el cargo que se estudia, en cuanto dedujo que solo hubo contrato de trabajo entre las partes del 20 de febrero de 1956 al 1º de enero de 1959 y limitó a ese lapso las condenas por las prestaciones sociales reclamadas, que no se hallan prescritas, cuando en realidad dicha relación se prolongó hasta el 27 de febrero de 1961”. “5. Por lo que acaba de concluirse —continúa la Sala— obviamente la liquidación de las mentadas prestaciones no puede efectuarse sobre la base salarial que tuvo en cuenta el fallador, deducida del dictamen pericial y que es la misma que le sirvió a la demandada para cancelar al actor la cesantía por los servicios prestados con anterioridad al tiempo de que aquí se trata, según el documento del folio 19, tal como el mismo Tribunal lo reconoce, pues al tenor de esas piezas procesales él corresponde al sueldo devengado “del año de 1955 a febrero de 1956” y no al que debe conjugarse, habiéndose prolongado el contrato hasta el 27 de febrero de 1961, de conformidad con los artículos 189 y 253 del C. S. del T., tal como estaban vigentes cuando se causaron los derechos mencionados, y el 306 de la misma obra”.

De todo lo anterior se infiere, que resta por decidir y precisar la sustitución de lo pertinente, respecto a la sentencia infirmada, vale decir, el monto de las prestaciones sociales reclamadas por el actor en el período comprendido entre el 1º de enero de 1959 al 27 de febrero de 1961, lapso que el Tribunal desconoció, produciéndose así la viola-

ción por falta de aplicación de los artículos 186, 249 y 306 del C. S. del T., en cuanto consagran el derecho a vacaciones, cesantía y prima de servicios. Será pues, sobre estos tres aspectos, que deberá pronunciarse esta Sala obrando como Tribunal de instancia, según lo ha expresado en el fallo de 11 de diciembre de 1969, a más de la condena extra-petita proferida por el fallador de primera instancia y desconocida por el Tribunal.

De las Vacaciones.

Según lo prescrito por el numeral 2 del artículo 7º del Decreto 617 de 1954, que se aplica en armonía con el artículo 186 del C. S. T., el salario que debe tenerse en cuenta para el pago de las vacaciones causadas y no disfrutadas durante la vigencia del contrato de trabajo —al término de éste— es el último devengado. Siendo el promedio mensual deducido por el perito, al mes de febrero de 1961, el de \$ 1.340.03, el valor de las vacaciones para los años de 1959 y 1961 será la cantidad de \$ 1.340.03, por la que se formulará la condena.

De la Cesantía.

El período de cesantía que debe liquidarse, es el comprendido entre el 1º de enero de 1959 y el 27 de febrero de 1961, esto es, un tiempo de setecientos setenta y siete días (777). Conforme al artículo 253 del C.S.T., en armonía con el 249 ibídem, el salario que debe tenerse en cuenta para esta liquidación, será el mismo antes mencionado, de aquí que el valor total de la cesantía sea la suma de dos mil ochocientos treinta pesos con cincuenta y seis centavos (\$ 2.830.56), por el que se hará, la condena.

De las Primas de Servicio.

Las primas de servicio serán las que corresponden a los semestres de los años de 1959 y 1960, puesto que el período de 1961 no alcanza a computarse de acuerdo con las voces del artículo 306. De acuerdo con los respectivos promedios semestrales deducidos por el experto, corresponde por este concepto al primer semestre de 1959, la suma

de un mil ciento treinta y tres pesos con sesenta centavos (\$ 1.133.60). Al segundo semestre, la cantidad de quinientos diez y ocho pesos con veinte centavos (\$ 518.20). Al primer semestre del año de 1960, setecientos treinta y siete pesos con siete centavos (\$ 737.07). Y finalmente al segundo semestre del año indicado antes, seiscientos quince pesos con setenta y nueve centavos (\$ 615.79). De manera que la condena total por concepto de primas de servicio será la suma de tres mil cuatro pesos con sesenta y seis centavos (\$ 3.004.66), por la que se proferirá la condena.

De la extra-petita.

En la providencia de primera instancia se decretó una condena, que no fue propuesta entre las peticiones del libelo inicial, con el siguiente rubro: "Saldo a favor del Sr. Ramírez, por comisiones por cobrar... \$ 81.61". Es a ella, como pronunciamiento extra-petita, a la que se refiere, como se dijo antes, el fallo de esta Sala que se complementa. De aquí que la condena pertinente con respecto a este acápite, se hará por la cantidad que se deja relacionada.

Fallo.

En consecuencia 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, y obrando como Tribunal de Instancia, condena a la Sociedad "J. Gómez & Cía. Limitada" a pagar a Simón Ramírez Ramírez, de las generalidades que le aparecen en este juicio, la cantidad de siete mil ciento setenta y cinco pesos con veinticinco centavos (\$ 7.175.25), por concepto de vacaciones, cesantía definitiva y prima de servicios, y la suma de ochenta y un pesos con sesenta y un centavos (\$ 81.61) por concepto de condena extra-petita, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

Las costas de las instancias en un 50% a cargo de la parte demandada.

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.

INDEMNIZACION MORATORIA.

Siendo la equidad la norma suprema de aplicación de las normas laborales, no puede pasarse inadvertida la desproporción existente entre una condena por prestaciones correspondientes a un mes y siete días de actividad de un trabajador interino y que alcanza a la suma de \$ 403.28, y la relacionada con la indemnización moratoria y que sobrepasa los \$ 50.000.00, especialmente si se tiene en cuenta que el actor solo formuló el reclamo gubernativo, casi a los tres años de su retiro del servicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., treinta de julio de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 28).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Jairo Almanza Latorre contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 21 de febrero del año en curso, mediante la cual revocó la condenatoria dictada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá y absolvió de todos los cargos formulados en la demanda inicial del juicio al Departamento de Cundinamarca y al Instituto de Seguridad Social del mismo, entidades de quienes se impetraba pago de auxilio de cesantía, prima de navidad, lucro cesante e indemnización moratoria, con base en el hecho de que Almanza Latorre sirvió a dicho Departamento en la Secretaría de Salud Pública con el cargo de Inspector de Obras, interinamente, desde el 1º de agosto hasta el 7 de septiembre de 1966, o sea, un mes y siete días.

El tema de la discrepancia entre el casacionista y el Tribunal radica en que éste juzgó que el actor no demostró que se encontraba dentro de la excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 para aceptar que estuvo ligado a la entidad demandada por contrato de trabajo, como aparece de las siguientes consideraciones de la sentencia acusada:

“Se ha sostenido por el demandante la existencia de un ‘contrato verbal de trabajo como inspector de obras públicas’, dentro de la dependencia departamental calificada como Secretaría de Salud Pública, apoyándose en derecho en la Ley 6º de 1945 y en los supuestos del artículo 4º del Decreto 2127 del mismo año. Al respecto conviene hacer un análisis juicioso, de manera que pueda concluirse realmente en la existencia de un contrato de trabajo ficcionado entre la administración departamental y el demandante.

“El artículo 4º del Decreto antes citado, que es la columna vertebral sobre que descansa la legitimidad de los derechos reclamados, dice lo siguiente: ‘Artículo 4º—No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Depar-

tamental 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. De donde se deduce que la conclusión general, y de lógica político-administrativa, que entre aquella —la administración pública— y éstos —los empleados públicos— no existe en principio, contrato de trabajo. Empero, el mismo artículo, como se ve, establece un número de salvedades dentro de las cuales puede suceder el caso de la existencia de un contrato de esta índole, de tipo ficcionado como es obvio. Entre ellas figura en primer orden “la construcción o sostenimiento de las obras públicas”. Es obvio que cualquiera de los supuestos a que se refiere la norma en cita, constituye un caso de excepción al principio general, de aquí que corresponda a quien los impetra, llevar al proceso la prueba correspondiente.

“En este orden de ideas, en el caso sub-lite, es claro que no se encuentra demostrada la circunstancia exceptiva que indique sin lugar a duda la situación del actor frente a la demandada, traducida aquella en un vínculo contractual laboral. Mientras no se halle demostrada la excepción que puede colocar al actor dentro de la anterior circunstancia, debe tenerse que su relación con la administración Departamental se rige, no por un contrato ficto de trabajo ni las disposiciones que lo regulan, sino por un simple vínculo administrativo con la entidad demandada”.

Afirma el recurrente, en cambio, la existencia del vínculo laboral y pide, por eso, la casación de la antedicha sentencia y la confirmación por la Corte, como Tribunal de instancia, de la de primer grado. Para conseguir este fin formula un cargo del siguiente tenor:

“La sentencia acusada viola indirectamente los arts. 1º, 11, 17, literal a), y 22 de la ley 6ª de 1945 y 1º y 2º de la ley 65 de 1946, como también el art. 11 de la ley 4ª de 1966, en relación con los artículos 4º y

52 del Decreto 2127 de 1945 y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, a consecuencia de error de hecho evidente por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otra, que más adelante se singularizarán.

“Las pruebas erróneamente apreciadas, agrega el impugnante, son las documentales visibles a folios 21, 22 y 23 del expediente y la diligencia de inspección ocular que se practicó en el juicio (fs. 24 y 25), y la prueba dejada de apreciar es la confesión contenida en el escrito de contestación de la demanda.”

En sustentación de este cargo el casacionista asienta:

“Las documentales de folios 21, 22 y 23, que son todas documentos públicos y por tanto se presumen auténticos, demuestran sin lugar a duda que el demandante Jairo Almanza Latorre prestó servicios al Departamento de Cundinamarca como Inspector de Obras”, desde el 1º de agosto de 1966 hasta el 7 de septiembre del mismo año, con un salario mensual de \$ 2.200.00. También en la diligencia de inspección ocular que practicó el Juzgado se verificó que los servicios prestados por el actor fueron como Inspector de Obras. (fls. 24 y 25). Finalmente la documental de folio 26 —que también apreció erróneamente el Tribunal— corrobora que la relación que existió entre el demandante y la administración departamental de Cundinamarca fue para prestar servicios como Inspector de Obras. Todas estas probanzas fueron equivocadamente apreciadas porque el juzgador de segunda instancia no quiso aceptar la evidencia de que si el empleado demandante prestó sus servicios como Inspector de Obras de la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, lo hizo como Inspector de Obras Públicas de esta entidad de derecho público, ya que ésta no ejecuta ni ejecutar puede obras particulares. Y si prestó servicios inspeccionando Obras del Departamento, que no pueden ser sino públicas y relativas a su construcción o sostenimiento o conservación, precisamente debe concluirse que sus relaciones de empleado con la Entidad de Derecho Público estuvieron regidas por un contrato fic-

cionado de trabajo. Debido a la errónea apreciación de dichas pruebas, el Tribunal incurrió en el error evidente de hecho consistente en no dar por establecido que entre las partes existió un contrato ficto de trabajo, por encontrarse la relación jurídica del empleado demandante con la Administración Departamental dentro de uno de los eventos de excepción previstos en el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945.

“A ese mismo error evidente de hecho lo llevó la falta de apreciación de la confesión contenida en la contestación de la demanda. (Art. 607 del C. J.). En efecto, al contestar el hecho tercero del libelo demandatorio, si bien se niega el despido por parte de la demandada, se confiesa la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes. No se dice que el contrato no existió, como que se lo acepta por lo menos implícitamente; lo que se niega es su terminación unilateral por parte del Departamento. Si esta prueba de confesión hubiera sido apreciada por el Tribunal —que no lo fue— habría llegado también a la conclusión de que entre el demandante y la entidad de derecho público demandada existió un contrato ficcionado de trabajo. Así, pues, debido a la falta de apreciación de esta prueba y a la equivocada de aquéllas, incurrió el juzgador de segunda instancia en el error de hecho evidente que se deja demostrado”.

La Sala, para resolver, considera:

Es indudable que todos los documentos relacionados por el recurrente y por el Tribunal en su sentencia muestran de modo explícito que el señor Almanza Latorre desempeñó el cargo de “Inspector de Obras” de la Secretaría de Salud Pública del Departamento de Cundinamarca. En estas condiciones, erró el Tribunal de manera manifiesta al apreciar que esas pruebas no establecían vínculo laboral de aquél con este Departamento, pues sobran largas argumentaciones para concluir que el que tiene por oficio inspeccionar obras de una entidad oficial se halla situado dentro de la excepción del artículo 4º del Decreto 2127, en cuanto se refiere a “la construcción o sostenimiento de las obras públicas”.

Deberá, pues, la Sala casar la sentencia acusada y, para proferir de instancia, hace las siguientes consideraciones:

El alcance de la impugnación fijó el objeto del recurso a la confirmación del fallo de primer grado, que trae tres condenaciones: una por auxilio de cesantía, otra por prima de navidad y la tercera por indemnización moratoria. En lo demás, fue absuelta la entidad demandada.

Las dos primeras condenas son muy claras, pues el demandante tenía derecho a la parte proporcional al tiempo servido por concepto de auxilio de cesantía y prima de navidad, sin que aparezca yerro en la liquidación que de ellas hizo el a-quo y que comporta: \$ 219.94 por el primer aspecto y \$ 183.34 por el segundo.

No ocurre lo mismo con relación a la indemnización moratoria, ya que es bien conocida la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la aplicación del Decreto 797 de 1949 o del art. 65 del C.S. del T. tiene como base la mala fe de la empresa o de la entidad condenada, pues cuando median motivos de error razonables o excusables para el retardo o para la negativa de pago de salarios o prestaciones sociales no es procedente la condena por tal indemnización.

El Juzgador de primera instancia dio incidencia automática al citado Decreto, al traer como única razón de la condena dicha, la siguiente: “De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 797 de 1949, si después de transcurridos 90 días de gracia, no se cancela la totalidad de las obligaciones laborales, el trabajador adquiere el derecho a que se le pague un día de salario por cada día de retardo”; pero sin tener en cuenta la reiterada jurisprudencia arriba invocada.

Y si se examina a espacio el mismo haz probatorio que sirvió de fundamento para proferir las condenaciones anotadas, resulta que el actor aparece vinculándose al servicio del Departamento de Cundinamarca por actos de los que corresponden a los empleados públicos y no a los trabajadores oficiales, como son: un decreto de nombramiento para desempeñar un cargo en interi-

nidad, y una acta de posesión, bien distinta de contrato de trabajo, lo que indujo a error, que no puede calificarse de mala fe, respecto de la posición jurídica del actor en la entidad empleadora, sobre todo si se mira que la regla general es la de la situación legal y reglamentaria y la excepción la del contrato de trabajo.

De otro lado, siendo la equidad norma suprema de aplicación de las normas laborales, no puede pasarse inadvertida la desproporción existente entre una condena por prestaciones correspondientes a un mes y siete días de actividad de un trabajador interino y que alcanza a la suma de \$ 403.28, y la relacionada con la indemnización aludida y que sobrepasa los \$ 50.000.00, especialmente si se tiene en cuenta que el actor solo formuló el reclamo gubernativo en julio de 1969, casi a los tres años de su retiro del servicio.

No apareciendo, pues, que el no pago de las prestaciones sociales del actor se hubiese debido a mala fe del Departamento de

Cundinamarca, debe revocarse la condena por indemnización moratoria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa totalmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio, y, obrando en función de instancia, revoca el literal b) del punto Segundo de la parte resolutive del fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, relacionado con indemnización moratoria, y lo confirma en todo lo demás.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Crótatas Londoño, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

A P O D E R A D O

La jurisprudencia ha dicho que por apoderado debe entenderse “la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarla en juicio, y no al curador ad-litem”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda — Bogotá, D. E., agosto cinco de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta N° 29).

Por medio de apoderado, el señor Alwin J. Morris demandó ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín a los señores Bernardo, Israel y Alberto Londoño Marín, en su calidad de herederos exclusivos del señor Israel de J. Londoño, para que se les condene al pago de las sumas que le adeudan por concepto de comisión contractual en la venta hecha por éstos a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., del lote de minas relacionado en el libelo y al cual se contrae la escritura pública N° 72 de 11 de enero de 1961, de la Notaría 7ª del Circuito de Medellín, a los intereses moratorios a partir de la exigibilidad de las obligaciones y a las costas judiciales.

Relatan los hechos que el señor Israel de J. Londoño fue adjudicatario y poseedor inscrito y material del grupo de minas de oro en veta, ubicadas en el municipio antioqueño de Remedios y de cuyos nombres da cuenta el hecho primero del libelo; que el señor Londoño utilizó los servicios del demandante para que lo representara como comisionista en las gestiones relacionadas con la venta de estas minas a la Compañía

Minera Chocó Pacífico S. A.; que para estos efectos le hizo entrega de los títulos correspondientes y convino con él reconocerle, como honorarios, el cinco por ciento (5%) sobre el precio de la venta; que así lo dejó consignado el señor Londoño en carta de fecha 19 de mayo de 1957; que Londoño, en razón de las gestiones adelantadas por el demandante Morris celebró con la citada Compañía un contrato por el cual ésta gozaría de un plazo para estudiar y decidir sobre la adquisición de las minas; que poco después de celebrado este contrato de opción falleció el señor Israel de J. Londoño, dejando como sus herederos a los demandados Bernardo, Israel y Alberto Londoño Marín; que como la Compañía decidió comprar las minas, siempre con mediación de Morris, los herederos de Londoño celebraron con ella un contrato de promesa de venta, mientras terminaba el juicio de sucesión de su padre Israel de J. Londoño y tales minas ingresaban a sus respectivos patrimonios; que en dicho contrato la Compañía se comprometió a comprar el lote de minas por la suma de setenta y cinco mil dólares (\$ U. S. \$ 75.000.00); que los herederos percibieron de ella las cantidades a que dice relación el hecho 8º; que cuando terminó el juicio sucesorio en el cual les fueron adjudicadas a los herederos las minas en cuestión, procedieron con la Compañía a legalizar la promesa celebrada, lo que se hizo por medio de la escritura pública N° 72 de 11 de enero de 1961, pasada ante la Notaría 7ª del Circuito de Medellín, fecha en la cual recibieron el segundo abono; que en esa épo-

ca habían pagado a Morris algunas cantidades, quedando a deberle el equivalente al 5% del segundo contado percibido por ellos el día del otorgamiento de la escritura, así como el valor de los porcentajes restantes.

En el libelo dice el apoderado: "Como desconozco el domicilio actual de los demandados, lo que afirmaré bajo juramento al presentar esta demanda, solicito que para éstos, conforme al artículo 29 del C. de P. L., se les designe curador ad-litem y se proceda a su emplazamiento".

Cumplidos los trámites de rigor el Juzgado del conocimiento nombró al doctor Jairo Uribe Arango como curador ad-litem de los demandados señores Bernardo, Israel y Alberto Londoño Marín, se le discernió el cargo y se le dio posesión, y en tal carácter se le corrió traslado de la demanda la que contestó remitiendo al actor la prueba de los hechos que manifestó ignorar.

Agotados los trámites procesales el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia, en sentencia fechada el 5 de marzo de 1963, por medio de la cual absolvió a los demandados de todos los cargos que les fueron formulados.

Esta providencia fue apelada por el demandante, razón por la cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Medellín, cuya Sala Laboral con fecha 19 de noviembre de 1963 la confirmó en todas sus partes, absteniéndose como lo hizo el a-quo de condenar en costas.

La sentencia del Tribunal ha llegado a esta Corporación en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado del señor Alwin J. Morris, el que actualmente se halla para recibir decisión. El demandante, en la demanda respectiva presenta en estos términos el alcance de la impugnación:

"Pretendo que la sentencia sea casada y sustituida por un nuevo fallo en que se acojan las peticiones del demandante señor Morris, por estar ajustada a la ley". Y acto seguido formula contra la sentencia acusada tres cargos, concebido el primero en los siguientes términos:

"La sentencia infringe en el numeral 3 del artículo 2184 del Código Civil y el inciso primero del art. 379 del Código de Comercio a consecuencia de error evidente de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas: a) Las cartas de mayo 19 y agosto 12 de 1957, dirigidas por Israel de J. Londoño a Alwin J. Morris (fs. 2 y 3 cuaderno principal). b) La declaración del doctor Mario Moreno Fernández (fs. 39 del cuaderno principal)".

Y en la demostración del cargo expresa el impugnador: "El error que imputó la sentencia consistió en no apreciar como pruebas las mencionadas cartas autógrafas, por considerar que no fueron reconocidas ni expresa ni tácitamente, cuando la verdad es que al haber obrado dentro del juicio sin objeción de la contraparte en cuanto a su autenticidad, debieron tenerse como reconocidas tácitamente; o, a lo menos, debieron tomarse en consideración como indicios que se complementaban con la declaración del testigo doctor Moreno Fernández.

"Las cartas no se apreciaron de conformidad con el art. 1761 del Código Civil y 637 y 645 del Código de Procedimiento Civil; o subsidiariamente, según el art. 1763 del Código Civil".

Cita el recurrente a continuación un aparte de la sentencia acusada en el que se dice que los citados documentos no fueron tácitamente reconocidos puesto que cuando se acompañaron a la demanda, el otorgante había fallecido y sus herederos no estuvieron presentes en el juicio, siendo lo primero cierto, agrega, mas no lo segundo "desde que el juicio se adelantó con representación idónea de la parte demandada". Y a continuación el casacionista se extiende en una serie de consideraciones para demostrar el evidente error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas que relacionó.

Se estudia.

El cargo en la forma en que ha sido formulado debe ser desestimado por la Sala porque los hechos que se pretenden demostrar no requieren de prueba solemne. El

artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral enseña que solo habrá lugar a error de derecho en la casación de 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, caso en el cual no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo. Esto quiere significar que el error de derecho, como medio de impugnación de una sentencia en la casación del trabajo, tiene un campo de aplicación muy limitado, como quiera que representa una restricción a la amplia autonomía del juzgador. No abarcando el cargo ninguno de los eventos contemplados en la disposición en referencia, no puede tener prosperidad.

Los dos cargos restantes los expresa el recurrente en los siguientes términos, en su orden:

“Acuso la sentencia por infracción de los arts. 2184, numeral 3º del C. de C. (sic) y 379 inciso 1º del Código de Comercio a consecuencia de errores evidentes de hecho provenientes de la apreciación indebida o falta de apreciación de las siguientes pruebas: a) Las cartas dirigidas por Israel de J. Londoño a Alwin J. Morris (fs. 2 y 3 Cuaderno Principal); b) La declaración del doctor Mario Moreno Fernández (fs. 39); c) Escritura N° 6683 de 28 de octubre de 1957 de la Notaría Cuarta de Medellín. d) Escritura No. 72 de 11 de enero de 1961 de la Notaría 7ª de Medellín. e) Acta de defunción de Israel de J. Londoño (fs. 4)”.

“Acuso la sentencia por infracción del art. 61 del Código Procesal del Trabajo, a consecuencia de la cual se violaron los artículos 2184 del Código Civil y 379 del Código del Comercio”.

En la demostración del cargo segundo dice el impugnador: Que el conjunto de las pruebas establece una intervención como comisionista del señor Morris para la venta de las minas del señor Londoño a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. Pero que, como el fallo acusado considera

como no probada una “intervención decisiva del comisionista” en las etapas finales de la negociación, encuentra que esta apreciación es evidentemente errónea “desde que tales etapas no fueron sino una consecuencia del contrato de opción de venta que Israel de J. Londoño celebró con la Compañía a consecuencia de la intermediación de Morris”.

Que al reconocer la intervención inicial de Morris en la gestión de la venta, la comisión por él reclamada es exigible desde que no aparece prueba de que se le hubiera revocado el mandato durante el curso del negocio, o desde que no se ha probado que el mandato terminó legalmente en circunstancias que habrían privado de su remuneración al comisionista, o, agrega el recurrente, desde que no se demostró que la venta de las minas fue el resultado de una gestión exclusiva de los vendedores o de una persona tercera distinta del demandante Morris.

Y refiriéndose más concretamente a los medios de prueba incorporados a los autos expresa el impugnador que ellos evidencian que la opción de compra dada por Israel de J. Londoño a la Compañía, fue obra de Morris. “El contexto de la segunda carta, agrega el recurrente refiriéndose a la de f. 3, es muy claro en el sentido de que con la celebración de ese contrato Morris ha adquirido ya la participación prometida, bajo la sola restricción de que la compraventa se realice definitivamente, como ocurrió después. Esa carta dice que Morris, cuando se vendan las minas, recibirá un 5% del precio, “como mi agente autorizado que fue”, O sea: por la gestión del contrato de opción de venta, ya Morris había ganado su comisión que se hacía exigible cuando quedara en firme la venta”.

Como la opción implicaba, dice el impugnador, la entrega material de las minas para que, durante su vigencia de dos años, la Compañía verificara mediante las exploraciones la riqueza de los minerales, de ser el examen para ella satisfactorio, la compraventa era cuestión segura. En consecuencia, fue la opción la que hizo posible el contrato de compra-venta y por ésto Londoño

se obligó desde entonces a pagar a Morris la participación convenida.

Debido a que el señor Israel Londoño murió dentro del término de vigencia de la opción, fue por lo que la promesa de venta se celebró entre sus herederos, —demandados—, y la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., la que apenas si tenía como finalidad asegurar la posición del futuro comprador para el evento de que el término de dos años se cumpliera antes de finalizar el juicio de sucesión de Israel de J. Londoño. Desde luego tenía también por objeto señalar el precio y las condiciones a que quedara sometido el pago. Cabe, pues, indicar, continúa el recurrente, que convenidas estas estipulaciones, al celebrar el contrato definitivo de compraventa, quedó en firme el derecho del señor Morris a percibir la participación que había convenido con Israel de J. Londoño, bajo una condición suspensiva.

Considera el impugnador que la declaración del doctor Mario Moreno Fernández fue ignorada en la sentencia, al no encontrar el Tribunal demostrada la intervención del señor Morris a lo largo del proceso de las negociaciones. La intervención del comisionista Morris, agrega el casacionista, la establece de modo fidedigno el mencionado testigo tanto en la etapa inicial de las negociaciones como en las últimas, intervención que fue decisiva como se desprende de su declaración.

Y para concluir sus argumentos en relación en este segundo cargo, expresa que en el supuesto de que la afirmación que se hace en el fallo fuera correcta, haciendo a un lado los documentos que obran en el juicio, que muestran claramente que la fase final del negocio era consecuencia del contrato inicial de opción, es errónea la exigencia de una prueba específica sobre este particular, porque si la opción fue convenida con la intervención de Morris, no hay razón ninguna para que éste se hubiese desinteresado del negocio, desde que su participación dependía de que se realizara de manera de-

finitiva y porque no hay prueba de que el mandato le hubiese sido revocado.

En relación con el tercer cargo dice el recurrente que la infracción consistió en no aplicar al caso del pleito el art. 61 citado, “a consecuencia de lo cual no se aplicaron en beneficio del mandatario y comisionista señor Morris los preceptos que le conceden una retribución por su labor”. Y aclara, que “aunque el texto primeramente mencionado está dentro de las disposiciones procesales no hay duda de que es una disposición sustantiva, de la más alta categoría y de orden público”.

Y concretamente expresa: “según el citado artículo 61, en materia laboral —y a tal materia pertenece el trabajo no asalariado de los comisionistas, por extensión legal— no se aplica la tarifa legal de pruebas, que rige para la jurisdicción común, sino el sistema del libre convencimiento. Si se analiza cuidadosamente el fallo acusado se observará que el Tribunal no aplicó el sistema del libre convencimiento sino que se acogió al de la tarifa legal”. Agrega el casacionista que el art. 637 del C. J. determina cual es la fuerza probatoria del documento privado, cuando éste ha sido reconocido o registrado, y es una disposición típica de la tarifa legal. Y dice a continuación: “El Juez común, ante un documento registrado o reconocido, no puede asumir sino una actitud: debe tenerlo como una **confesión judicial** acerca de su contenido, es decir, como prueba plena o completa. Cuando no ha sido expresa o tácitamente reconocido tiene apenas un valor relativo que puede complementarse con otras pruebas. El juez común no podría tenerlo como **prueba completa** porque si lo hiciera estaría quebrantando el sistema de la tarifa legal”. Y con apoyo en tal premisa dice el recurrente que dentro del sistema del libre convencimiento, las cartas y las demás pruebas allegadas al expediente, tales como las escrituras, la declaración del doctor Moreno Fernández, la certificación del Gerente de la Compañía Chocó Pacífico S. A. deben ser analizadas de conformidad con los principios generales sobre crítica de prueba. Y

que, agrega, en la sentencia acusada se procedió de manera distinta como quiera que se aplicó la tarifa legal, en cambio de los principios generales que se han expuesto. Y concluye el recurrente su argumentación: "Resulta así, que la sentencia no aplicó al pleito el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, debiendo haberlo aplicado, por consiguiente no aplicó los textos que confirman el derecho del recurrente al pago de la comisión". Y por ello solicita que se case la sentencia y que en su lugar se acojan en el fallo que la sustituya, las peticiones de la demanda.

Se estudian.

Conviene precisar previamente, en opinión de la Sala, que el Tribunal da por establecido que el señor Israel de J. Londoño inició gestiones de venta de las minas a que se contrae el hecho primero de la demanda, valiéndose de los servicios del demandante señor Morris, con la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., lo que encuentra establecido en los autos con la declaración del doctor Mario Moreno Fernández y con la constancia expedida por el Gerente de la citada compañía. Que el mismo señor Londoño celebró con la Compañía mencionada un contrato en virtud del cual le otorgó derecho de opción para la compra de tales minas, acto que fue protocolizado por escritura pública 6683 de fecha 28 de octubre de 1957, pasada ante la Notaría 4ª del Circuito de Medellín. Y que el 11 de enero de 1961, muerto ya el señor Israel Londoño, sus herederos Bernardo, Israel y Alberto Londoño, por escritura pública número 72, pasada ante la Notaría 7ª de Medellín, obrando ya como dueños de las minas en referencia, traditaron sus derechos sobre las mismas a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A.

Y en la sentencia acusada y en lo preferente a las cartas que el recurrente señala como indebidamente apreciadas, dice el sentenciador: "En los autos se leen las notas de folios 2 y 3, suscritas por el señor Israel de J. Londoño Acevedo y según las cuales éste confirió al señor Alwin J. Morris el encargo de la venta de los derechos sobre las minas, a la vez que le prometió una comisión del 5% del valor de las cuotas que la

Compañía Minera Chocó Pacífico le fuera abonando como valor de la venta. Dichas constancias fueron presentadas con la demanda que originó este juicio, sin que la firma del señor Israel de J. Londoño A. hubiese sido reconocida expresa o tácitamente por su firmante o por sus causahabientes. Como acertadamente lo señala el fallador de instancia, dichos documentos no pueden tenerse como fictamente reconocidos por haber obrado en autos sin objeción de la parte a quien perjudican por cuanto que ni su firmante ni sus causahabientes han tenido oportunidad de conocerlos en juicio. Entonces, no tiene aplicación en el evento a estudio el artículo 645 del C.J...." Y acto seguido procede el Tribunal a transcribir jurisprudencia de la Corte de 15 de febrero de 1940.

Aspira el recurrente a que se case la sentencia acusada interpretando las pruebas que relaciona en el cargo, en la forma prevenida por el art. 61 del C. de P. L., a diferencia de como lo hizo el ad-quem, apoyándose para su estudio en la tarifa legal que rige en materia civil.

El Decreto 456 de 1956 regula lo relativo a la jurisdicción, a la competencia y al trámite de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cuando atribuye a la justicia laboral su conocimiento. En otras palabras, este Decreto simplemente sustrae del conocimiento de la justicia ordinaria civil el de los negocios de la naturaleza expresada, para atribuirlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo, señala la vía ordinaria laboral para la decisión de estos procesos y el procedimiento del juicio ejecutivo laboral para su cumplimiento.

Con apoyo en lo anterior, procede la Sala a examinar los cargos segundo y tercero, formulados contra la sentencia del ad-quem, ya que por cobijar las mismas disposiciones y por referirse el último al art. 61 del C. de P. L., como infracción medio, pueden analizarse conjuntamente.

Con la demanda inicial el actor presentó los documentos que corren a los folios 2 y 3, el último de los cuales es del tenor siguien-

te: "Señor don A. J. Morris. La ciudad. Distinguido señor: Reciba mi cordial saludo. Esta carta para manifestarle que he entrado en la fase definitiva del negocio del grupo de minas de "San Francisco", de mi propiedad, con la Compañía "Chocó-Pacífico". Dicha Empresa ha resuelto tomar en "opción", por dos años, el mencionado grupo de minas. En estas condiciones, si la negociación de compraventa de los bienes se realiza definitivamente por parte de dicha empresa minera, Ud. recibirá, como mi agente autorizado que fue, el cinco por ciento (5%) del valor de las cuotas que la mencionada compañía me vaya abonando al valor de la deuda, hasta cancelarla. Es entendido que dicho 5% es la comisión que yo le pago por la agencia que realizó y siempre que la negociación de compraventa de las aludidas minas se efectúe, Doy a Ud. los más sinceros agradecimientos por sus invaluable servicios y, en todo caso, estoy profundamente agradecido de su oportuna intervención en este caso. Soy de Ud. atto. y seguro servidor y amigo, Medellín, agosto 12 de 1957 (Fdo.) Israel de J. Londoño Acevedo".

Estos dos documentos, en el primero de los cuales le dice Londoño Acevedo a Morris, con fecha 19 de mayo de 1957, "le adjunto a la presente la lista de los títulos de las minas que componen el grupo de San Francisco ubicadas todas en esta población (Remedios)", no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador porque dice, "no pueden tenerse como fictamente reconocidos por haber obrado en autos sin objeción de la parte a quien perjudica por cuanto que ni su firmante ni sus causahabientes han tenido oportunidad de conocerlos en juicio", de donde concluye que no puede darse aplicación al artículo 645 del C. J., que dispone que "un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado, o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad".

Ocurre que el actor en el libelo inicial expresó desconocer el domicilio actual de los demandados y cumplidos sobre el particular los requisitos de ley, se produjo el corres-

pondiente emplazamiento y fue designado curador ad-litem a quien se le discernió el cargo. Pero sucede que si bien éste procedió a dar contestación a la demanda remitiendo a la parte actora a la prueba de los hechos, por ignorarlos, guardó silencio en relación con las cartas misivas. Está por saber si el silencio del curador conduce a tener como tácitamente reconocidas tales cartas, o si por el contrario, la tesis del ad-quem sobre este particular por exacta, debe ser confirmada o acogida. Siguiendo el tenor literal del artículo 645 del C. J., se tiene por reconocido el documento privado que habiendo obrado en autos, ha sido conocido por la parte obligada o por su apoderado, sin que haya sido objetado o redargüido de falso, dando oportunidad así a la parte que lo presenta de probar su legitimidad. Y si por parte obligada se entiende la persona que suscribe el documento o sus herederos o causahabientes, es obvio que ella no tuvo conocimiento de tales documentos, porque para entonces el señor Israel de J. Londoño había fallecido, y sus herederos, como se sabe, no han comparecido en juicio, como quiera que por ignorar su domicilio actual, les fue designado curador ad-litem, de donde fácil es concluir que la parte obligada no ha contado con apoderado, y por lo tanto que no se ha producido objeción a los documentos en referencia ni tacha de falsedad, por lo cual no se dió ocasión para que su legitimidad fuera probada por la parte que los presentó, y menos se puede decir que el silencio de la parte obligada, forzoso por lo que se ha expresado, permita inferir su reconocimiento tácito. Y no se diga que cuando la norma habla además del apoderado, pueda comprenderse al curador para la litis porque la jurisprudencia ha dicho que por apoderado debe entenderse "la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarla en juicio, y no al curador ad-litem". (Sent., 2 junio de 1958, LXXX VIII, 79).

De otro lado los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, —dice el artículo 637 del C. J.,— tienen la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o re-

conocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas. Los documentos de los folios 2 y 3 de este expediente no tienen tal carácter por carecer de los requisitos que señala la norma anterior. Cabe anotar además, que el artículo 621 de la obra citada, sobre el tema de posiciones, indica o señala el procedimiento que debe seguirse cuando habiendo juicio en curso no se encuentra la persona a quien se piden, y el inciso final de la norma, reza: "Lo dispuesto en este artículo no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador ad-litem", lo que quiere decir, por analogía, que el curador no puede obligar con su confesión a la parte por la que actúa y menos, por consiguiente, que su silencio permita considerar como reconocido tácitamente un documento privado, como se pretende.

Así ha entendido el ad-quem el problema puesto a su conocimiento, y pese a lo preceptuado por el artículo 61 del C. de P. L., no puede decirse que haya apreciado mal o equivocadamente las pruebas en cuestión, porque si en verdad el Juez del Trabajo no se halla sujeto a la tarifa legal, su convencimiento lo forma inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba "y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito", de donde el error que le imputa el recurrente no aparece de manifiesto, o en otras palabras, no tiene el carácter de ostensible, requisito exigido por el art. 87 del C. de P. L. Para mayor claridad, en otros términos, quiere decir lo anterior, que al lado del principio del libre convencimiento se erige el de la persuasión racional, al exigirse al fallador que haga la evaluación de la prueba inspirándose en los fundamentos universales de la crítica probatoria para la formación del criterio que debe llevarlo a establecer la verdad legal, y de ahí por qué pueda decirse que la tarifa legal no es estrictamente obligatoria, pero bien puede el Juez acudir a ella para formar su convencimiento, en virtud, precisamente, de los principios científicos que informan la crítica probatoria, al tenor de lo indicado en la norma inicialmente citada. Es, pues, principalmente la libertad que la

ley procesal otorga al juez para apreciar las pruebas y formar su convencimiento, el obstáculo que se opone a la prosperidad de los cargos formulados contra la sentencia acusada.

Pero cabe anotar, además, de que no hubo indebida apreciación de los documentos de folios 2 y 3, que el sentenciador sí tuvo en mientes las demás pruebas señaladas por el casacionista unas como no apreciadas y otras como indebidamente estimadas, como quiera que en el fallo, como atrás se dijo, expresa el sentenciador: "Está demostrado en el expediente que el señor Israel de J. Londoño Acevedo inició gestiones tendientes a la venta de las minas a que se contrae el hecho primero de la demanda a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., valiéndose de los servicios del señor Alwin J. Morris, tal como aparece evidenciado de la declaración del doctor Mario Moreno Fernández y de la constancia expedida por el Gerente de la Compañía mencionada y que obra a fs. 64 vto.". Asimismo, tuvo en cuenta las escrituras públicas acompañadas a los autos, que fueron precisamente los medios de prueba que le sirvieron para concluir que la gestión del demandante Morris, que por otro aspecto considera llevada a cabo por los herederos de Israel de J. Londoño Acevedo, no fue completa. Estas son sus palabras: "... la prueba no es clara ni contundente en cuanto hace relación a la culminación del negocio por la actuación del interviniente Morris...". Y por último dice el Tribunal que las pruebas, con excepción desde luego, de los documentos de los folios 2 y 3, a los que no dio, por las razones expuestas, mérito probatorio ninguno, además de no demostrar la intervención completa de Morris, no indican la remuneración pactada por dicha gestión, lo que es evidente y juega papel importante para la improsperidad del cargo o cargos formulados.

Para concluir basta observar que el tantas veces citado art. 61 del C. de P. L., no es norma sustantiva, como lo afirma el recurrente y que por no serlo, ya que no es creativa de derechos, es por lo que la Sala ha entendido que el propósito del recurrente al invocarla, fue el de indicar que como conse-

cuencia de su violación en su carácter de disposición procedimental, lo fueron igualmente las sustantivas del orden civil y comercial, es decir, que se trata de una violación medio.

Los cargos no prosperan.

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.

Cópiese, publíquese, 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 Osorio, Secretario.

SALARIO EN ESPECIE

A falta de convenio entre las partes, el salario en especie puede valorarse por cualquier otro medio probatorio distinto a la prueba pericial, lo que le quita a éste el carácter de solemne.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., Agosto seis de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 28).

Héctor E. Mercado, mayor y vecino de Santa Marta, demandó por medio de apoderado a la Compañía Frutera de Sevilla, sociedad anónima domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, con funcionamiento legal y negocios permanentes en Colombia, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral se la condene a pagarle lo siguiente: Pensión especial de jubilación mensual vitalicia de trescientos cuarenta y un pesos con veinticinco centavos (\$341.25) moneda legal colombiana a partir del 18 de enero de 1959 o del día 13 de enero del año de 1962, liquidándola con base en el salario en dinero y el salario en especie; el complemento del valor de todos los días domingos y demás feriados o festivos, reajustándolo, inclusive el salario en especie; el complemento del valor de las primas de servicio semestrales, de las vacaciones anuales y de las horas extras o suplementarias reajustándolo con base también en el salario devengado en dinero y el salario en especie; el lucro cesante equivalente al valor de los días que faltaron para cumplirse el contrato de trabajo; en subsidio de la súplica so-

bre pensión especial de jubilación ordinal a), el reajuste del auxilio de cesantía, teniendo en cuenta también el salario en dinero y el salario en especie, o los beneficios resultantes de la venta semanal a bajo costo que la Compañía demandada hacía semanalmente a Héctor Mercado de artículos alimenticios; las costas del juicio y además: "los salarios caídos".

Según los hechos de la demanda, Héctor E. Mercado prestó servicios a la Magdalena Fruit Company y después a la Compañía Frutera de Sevilla, desde el 1º de junio de 1934, hasta el 13 de enero de 1962, fecha en que fue despedido por la Compañía Frutera de Sevilla sin justa causa, aún cuando devengó sueldo hasta el 10 de febrero por encontrarse enfermo. La Compañía Frutera de Sevilla es sustituta de la Magdalena Fruit Company y ambas tenían un capital de \$ 800.000.00 durante el tiempo en que Mercado prestó sus servicios. El salario en dinero durante el último año fue de \$ 255.00 mensuales, y en especie de \$ 200.00, consistente este último en el beneficio recibido con el suministro que le hacía la Compañía Frutera de Sevilla todas las semanas de diez artículos Alimenticios a bajo costo, inferior al corriente en el mercado de Santa Marta. Estos precios fueron congelados por la cláusula 16 de la Convención Colectiva, vigente desde el 2 de marzo de 1960 hasta el 2 de marzo de 1962, Mercado recibió sus prestaciones sociales liquidadas sin incluir "el salario en especie o el beneficio que para él reportaba o implicaba los artículos a bajo

costo" a que anteriormente se hizo referencia.

Como fundamentos de derecho citó los artículos 8º de la ley 171 de 1961, inciso 2º, en armonía con el artículo 267 del C. S. del T., y los artículos 249, 306, 186, 64, 65 ibídem.

Al contestar la demanda, el apoderado de la Compañía Frutera de Sevilla aceptó la prestación de servicios del demandante, su duración y que la Compañía por él representada era patrono sustituto del actor. También aceptó como cierto el salario en dinero, pero negó que hubiese existido salario en especie. Se opuso al derecho invocado sobre pensión de jubilación especial, por ser ésta procedente únicamente cuando el trabajador no ha completado veinte años de servicio. Propuso excepción de pago respecto al auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicios liquidadas conforme al sueldo básico de \$ 255.00 mensuales y la de prescripción de las acciones por salarios, auxilio de cesantía, vacaciones y primas, reajustes y demás prestaciones sociales causadas con anterioridad al 8 de septiembre de 1959.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Único del Trabajo de Santa Marta, dictó el siguiente fallo: "1º—Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla, a pagarle al señor Héctor E. Mercado, lo que a continuación se expresa: a) Por pensión general de jubilación, la suma de cuatrocientos treinta pesos con treinta y ocho centavos (\$ 430.38) m. l. a partir del dieciocho (18) de enero del presente año de mil novecientos sesenta y cuatro (1964). b) Por reajuste de primas, la suma de cuatrocientos treinta y siete pesos con diez centavos (\$ 437.10) m.l. c) Por reajuste de vacaciones, la suma de doscientos sesenta y dos pesos con veintiséis centavos (\$ 262.26) m.l. d) Por reajuste de preaviso, la suma de quinientos veinticuatro pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 524.52) m.l. 2º—No se accede a la pensión especial de jubilación. 3º— Decláranse prescritas todas las acciones tendientes a reclamar los derechos y prestaciones que se hicieron exigibles con anterioridad al ocho (8) de septiembre de

mil novecientos cincuenta y nueve (1959). 4º—Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda. 5º—Declárase que de cada mesada mensual de su pensión de jubilación, a Héctor Mercado, se le descontará el cinco por ciento (5%) hasta completar la suma de cuatro mil doscientos treinta y cinco pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 4.235.45), recibidos por auxilio definitivo de cesantía. Con costas a cargo de la parte demandada".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, al decidir la alzada reformó al fallo de primer grado así: "a) La pensión de jubilación general señalada en \$ 430.38 se reforma en el sentido de que en vez de condenar a la Compañía Frutera de Sevilla a pagarle al demandante señor Héctor E. Mercado dicha suma por tal concepto, se le condena a pagarle trescientos tres pesos con setenta y cinco centavos (\$ 303.75) mensuales desde el 18 de enero de 1964. b) El reajuste de primas en vez de ser \$ 437.10 es de trescientos setenta y cinco pesos (\$ 375.00). c) El reajuste de vacaciones en vez de ser \$ 262.26 es de doscientos veinticinco pesos (\$ 225.00). d) El reajuste de preaviso en vez de ser \$ 524.52 es de doscientos veinticinco pesos (\$ 225.00). e) Se confirma la negativa de pensión especial. f) De la pensión de jubilación decretada se tomará mensualmente el 5% para atender el pago de los \$ 4.235.45 recibidos por el demandante por concepto de cesantías parciales. g) Se confirma la sentencia con relación a las costas". Salvó el voto el Magistrado doctor Juan Manuel Gutiérrez L.

Demandante y demandado recurrieron en casación. El doble recurso se decidirá examinando en primer lugar el del patrono demandado, por pretender la casación total del fallo de segunda instancia.

Recurso del patrón demandado.

Pretende se case totalmente la sentencia acusada y que en función de instancia se revoque el fallo de primer grado y se absuelva de todos los cargos a la Compañía Frutera de Sevilla, con condena en costas para la parte demandante.

Con base en la causal primera de casación formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo.—Violación directa, por interpretación errónea del artículo 194 del C.S.T., e infracción consecuencial de los artículos 259, 260 y 273 ibídem y por falta de aplicación del artículo 16 en conexidad con el artículo 490 de la misma obra.

Se refiere el impugnador a la definición positiva de empresa que trae el artículo 194 del C. S. del T., y dice que cuando el legislador dá una definición, la libertad del intérprete experimenta una restricción imperativa, porque tal definición constituye la llamada interpretación con autoridad (art. 25 del C. C.) y que las palabras que el legislador haya definido para ciertas materias, se les dará en éstas el significado legal (art. 28 del C.C.). Luego agrega: "Expresa y nítidamente se exige, en la referida definición, que en la unidad o unidades de explotación económica haya dependencia de varias no, sino de "una misma persona natural o jurídica". Por qué? Porque dentro del ordenamiento jurídico, solamente las personas naturales o jurídicas adquieren responsabilidad obligacional. Una unidad de explotación económica, por sí sola, rigurosamente considerada en el plano legal, no puede adquirir derechos ni obligarse. Solo podrá hacerlo, la persona a quien tal bien pertenezca. El Tribunal Superior de Santa Marta, en el fallo acusado, sin embargo de admitir que el demandante Mercado primeramente sirvió a la Magdalena Fruit Company y posteriormente a la Compañía Frutera de Sevilla, incurrió en el nombrado error hermenéutico, al prescindir de si la unidad o unidades de explotación económica pertenecen a una misma persona natural o jurídica. (fols. 178 y 188). La violatoria interpretación que se comenta, implica que, contrariamente a lo establecido en el ordenamiento laboral, el régimen de prestaciones debe aplicarse, sin sujeción a la responsabilidad patronal individualizada, y solo en función de la índole de la explotación donde labora el trabajador, sin consideración a la persona propietaria de tal explotación. Bastaría, por ejemplo, demostrar que un trabajador

labora en el ramo de transportes, para que la empresa a la cual sirve estuviese obligada a pagar pensión jubilatoria por el tiempo servido a otras empresas".

Luego alude el casacionista a la violación de las demás normas señaladas en la formulación del cargo como consecuencia de la interpretación errónea del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el opositor, desde un ángulo rigurosamente técnico, el enfoque del cargo es incorrecto, pues de ser ciertas las afirmaciones del recurrente, en lo que podría pensarse sería en una violación directa del artículo 194, mas no en una interpretación suya. Agrega que el impugnador pierde de vista que la unidad a que se refiere dicha norma es la resultante de actividades relacionadas entre sí y a cuyo frente se halla un mismo sujeto de derecho, no susceptible de fraccionamiento para deducción de prestaciones o limitaciones de otros derechos del trabajador, y que junto a la unidad de empresa por labores simultáneas, el mismo ordenamiento contempla la unidad que resulta del tránsito de una explotación de unas manos a otras, y que el cargo se desvanece al recordar los artículos 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre sustitución de patronos, subsistencia de los contratos en curso y responsabilidad del nuevo patrono.

Se considera:

El Tribunal condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la pensión de jubilación de acuerdo con el artículo 260 del C.S. del T. y por haber prestado servicios a una misma empresa de capital de \$ 800.000.00 o superior, desde el 1º de junio de 1934 hasta el 13 de enero de 1962. Estas consideraciones las reafirma cuando al liquidarla dice: "Se reconoció al actor el derecho a la pensión general u ordinaria de jubilación al tenor del art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo ya que entró a servir el 1º de junio de 1934 y el 1º de junio de 1959 había cumplido 20 años de servicios; y como nació el 18 de enero de 1909, el 18 de enero cumplió 55 años de edad. Desde esta fecha nació su derecho a la pensión general".

De lo anterior se deduce que el ad-quem no tuvo en cuenta, para tomar su decisión, el art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, y por lo tanto no pudo interpretarlo erróneamente, como lo afirma el recurrente. Si dió por demostrado que el trabajador prestó sus servicios a "una misma empresa", a dicha conclusión no llegó por una defectuosa interpretación del artículo 194, y en consecuencia, en el supuesto de que se violó esta norma, tal violación no pudo producirse por interpretación errónea de la misma. Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, "La acusación por interpretación errónea solo cabe afirmarla cuando la sentencia no consulta el verdadero entendimiento de un precepto en que se ha informado la misma", o sea que si el fallador de segunda instancia no se pronunció sobre el pensamiento de la norma, ni inquirió su sentido, el cargo por este concepto de violación de la ley es improcedente. Al no interpretarse erróneamente el artículo 194, no pudo producirse la violación consecucional de las otras normas a que se refiere el cargo. Se rechaza, por lo tanto, la acusación.

Segundo Cargo.—Violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 127, 128, 129 y 194 del C.S. del T., e infracción consecucional de los artículos 137, 142 y 144 del mismo Código y 1849 del C. C., por falta de aplicación; y de los artículos 48, 189, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo por indebida aplicación.

En relación con la interpretación errónea del artículo 194, el casacionista se remite a la motivación expuesta en el cargo primero. Refiriéndose a los artículos 127, 128 y 129, dice que de ellos sobresale, como norma estructural del salario, la retribución de la actividad realizada por el trabajador, estableciéndose así una relación directa y de tipo conmutativo entre la labor ejecutada y la remuneración de la misma; en consecuencia todo beneficio para el trabajador y oneroso para el patrono, en que no existía una correspondencia directa y equivalente entre la labor, individualmente considerada, y el beneficio recibido, a más de una periodicidad, permanencia y regularidad, no puede considerarse con validez jurídica como

salario. Por esta razón, anota el recurrente, el Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que no constituyen salario las sumas recibidas por el trabajador por mera liberalidad y ocasionalmente, o para desempeñar cabalmente sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los viáticos destinados a transporte, así como el suministro de calzado y overoles, el subsidio familiar, el servicio de sala-cunas, las escuelas primarias, los estudios de especialización técnica, las escuelas de alfabetización, los hospitales y todo derecho similar, no obstante ser susceptibles de una traducción monetaria para el trabajador. Insiste en que este criterio está nítidamente expuesto en el artículo 144 del C. S. del T., que dispone que a falta de salario estipulado se deberá el que ordinariamente se paga, y falta de éste, el que se fijare por peritos, teniendo en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.

Para el recurrente entre los diversos beneficios que el empleador puede establecer como incentivo para sus trabajadores figura el de los economatos o almacenes de venta, a bajo precio, de artículos de consumo operativo, beneficio previsto en el artículo 137 del C. S. del T., y que no puede calificarse como salario en especie, porque no tiene una índole retributiva de la labor realizada, sino que se otorga en atención a la mera calidad de comprador-trabajador y aún sin que guarde proporcionalidad con los diversos salarios devengados por los beneficiarios. Sin embargo de lo anterior, continúa el impugnador, el ad-quem estimó como salario el beneficio obtenido por los trabajadores de la compañía demandada, consistente en comprar con el producto de su salario en dinero diez artículos alimenticios en el economato de la empresa, teniendo libertad para hacerlo o no, violando así el artículo 137. Además —agrega— si el trabajador se abstenía de comprar, estaba renunciando al beneficio de la venta, contra la prohibición contenida en el artículo 142 del C. S. T., que se viola por falta de aplicación. Señala también como violación consecucional la del artículo 1849 del Código Civil que califica como precio el dinero que el comprador dá por la cosa vendida, precio que según el fallo acusado se convierte en sala-

rio. Por último, el casacionista señala cómo la interpretación errónea de los artículos 127, 128 y 129 del C. S. del T. condujo a su juicio a la violación de los artículos 48, 189 y 192, 260 y 306 de la misma obra.

Para el opositor, el Tribunal consideró que lo concedido por la Convención Colectiva era salario, por cuanto implica una carga patrimonial para el empleador y una ventaja para el subordinado, consagrada para la exclusiva utilidad de éste en cuanto a la economía familiar y como trabajador. En relación a la posible renuncia del salario en caso en que el trabajador no comprara los diez artículos en el almacén de la Compañía, dice que debe distinguirse entre el no ejercicio ocasional o repetido de un derecho, y su abandono o renuncia. Por último, estima como deficiente la presentación del cargo, pues el juzgador para tomar como salario la ventaja permanente en los artículos de consumo, no solamente se basó en las disposiciones legales pertinentes sino en la Convención Colectiva, pieza ésta cuya interpretación no ha sido materia de cargo alguno.

Se considera:

El Tribunal, al calificar como salario el beneficio obtenido por el trabajador con el suministro a precios congelados de diez artículos básicos para la alimentación mediante el denominado "Cartón de Racionamiento", dijo lo siguiente: "Los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo resuelven si el "cartón alimenticio" o "Cartón de Racionamiento" o "Prima de Alimentación" es salario. Salario es la remuneración fija u ordinaria que recibe el obrero por sus servicios, ya en dinero o en especie, dice el art. 127 del citado Código. El salario en especie puede ser alimentación, habitación o vestuario, contiene el 129 de la misma obra. Por consiguiente, el salario puede ser todo en dinero o combinado o sea parte en dinero y parte en especie; y en el presente caso el salario ha sido combinado: en dinero y en especie. El "Cartón de Racionamiento" contenía los diez (10) artículos alimenticios que la empresa le suministraba mensualmente al demandante, por convenio entre ellos, convenio que aunque no

estaba escrito, tenía todos los caracteres de un contrato verdadero y de perfecto valor legal entre ellos. Sobre los diez (10) artículos alimenticios que recibía semanalmente el actor hablan los testigos señores Enrique García, Ricardo Manjarrés Soto, Orlando Avendaño y Gustavo Sumoza, artículos que le suministraba a bajo costo y los cuales no se vendían sino a sus trabajadores exclusivamente. Todo esto es aceptado por la demandada. Como se dijo, "Los artículos alimenticios" era una remuneración fija u ordinaria, semanalmente, y es de suponer que era como retribución de sus servicios, porque ellos se daban únicamente a los trabajadores y aumentaba naturalmente el valor del salario, lo cual constituía un verdadero beneficio para el trabajador, ya que el salario metálico se aumentaba con el precio de los mencionados artículos alimenticios. Esto se confirma con lo pactado el 3 de marzo de 1960 por el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Frutera de Sevilla y la Empresa, con vigencia del 2 de marzo de 1960 (fs. 78 a 90). Allí se obligó la Compañía a mantener congelados, en las cantidades y precios que actualmente rigen, durante el término de la vigencia de esta Convención Colectiva, los diez artículos alimenticios que se expenden a bajo costo en las distintas tiendas de la empresa. Así venía entregando semanalmente artículos alimenticios la demandada al demandante, y claro es que ellos tienen un valor en dinero que representa un aumento de salario en metálico, porque esos artículos no se daban generosamente y a cualquiera sino a los trabajadores que prestaban servicios únicamente".

Claramente se observa que el sentenciador no desentrañó el sentido de las normas que el acusador señala como violadas, sino que calificó como salario un hecho, a cuya demostración llegó mediante el examen de unos medios probatorios. Si esa calificación jurídica no es correcta, la pretendida violación de los artículos que definen lo que constituyen o no salario, no pudo producirse por errónea interpretación, sino acaso por otro concepto. El ad-quem no hizo sino transcribir lo pertinente de los artículos 127 y 129, sin que para ello hubiese realizado un esfuerzo interpretativo. Respecto al artículo

128, el Tribunal no lo tuvo en cuenta, no se refirió a él para motivar su decisión, por lo cual no puede afirmarse que lo interpretó equivocadamente. Por último, en relación con el artículo 194 del C. S. del T., ya se vió al estudiar el primer cargo como el fallador de segunda instancia no hizo ninguna interpretación sobre el contenido de la norma.

No habiéndose interpretado erróneamente los artículos 127, 128, 129 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco se produjo la violación consecuencial de las demás disposiciones citadas en la formulación del cargo. Por lo tanto no prospera la acusación.

Tercer Cargo.—Violación de los artículos 137, 142 y 467 del C. S. del T. y 1849 del C. C. por falta de aplicación y de los artículos 127, 128, 129, 194, 48, 189, 260 y 306 del C. S. del T., por aplicación indebida, a consecuencia de ostensibles errores de hecho y de derecho.

Señala como errores del sentenciador los siguientes: "a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la convención colectiva de fecha seis (6) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962), celebrada entre el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Frutera de Sevilla y dicha empresa tuvo vigencia durante la ejecución del contrato individual de Héctor E. Mercado. b) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla constituyen una misma empresa y, por consiguiente son una misma persona. c) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la venta que hacía la demandada a sus trabajadores, de diez (10) artículos alimenticios implicó una retribución del servicio. d) No haber dado por demostrado, estándolo, que la compañía demandada reconoció y pagó al actor, en legal forma, su auxilio de cesantía, el preaviso por ejercicio de cláusula de reserva, vacaciones y prima de servicio".

Dice que a los anteriores errores llegó el sentenciador por falta de apreciación de las siguientes pruebas: el escrito de demanda

(folio 2); el acta de inspección ocular (fl. 39); convención de tres de marzo de 1960 (fl. 81).

El casacionista sustenta la acusación así: "Al primer error fue inducido el fallador por la equivocada apreciación de la copia, debidamente autenticada de la convención colectiva, que obra a folios 71 a 73. El Tribunal de Santa Marta apoyándose en la aludida convención colectiva, celebrada "a los seis (6) días del mes de abril de 1962" (fol. 73) y que tiene "una vigencia de dos años que comenzará a contarse el lunes próximo nueve de los corrientes" (fol. ib.) la aplica al contrato celebrado con el actor que expresamente el Tribunal afirma que ocurrió "el 13 de enero de 1962" (fol. 189 y 179). Aplica la convención, el sentenciador a un contrato expirado tres (3) meses cuatro (4) días antes y con base en la cláusula cuarta de tal acto convencional concluye en que debe ser reajustado el salario que sirvió de base al reconocimiento y pago de los derechos del demandante. Contrariando lo dispuesto en los artículos 469, 465, 470 del C. Co. 40 y 41 de la Ley 28 de 1931 y 1º y 2º del Decreto 2 de 1906, el sentenciador dio por demostrada la existencia de la persona jurídica Magdalena Fruit Company con un medio probatorio distinto del solemne, ya que se basó en testimonios y en la inspección ocular. La citada sociedad no fue demandada en juicio y para llegar a la conclusión de que forma una sola persona jurídica con la demandada, conclusión irreal, habría sido necesaria la demostración legal de la existencia de tal persona jurídica. Este error de derecho precipitó al Tribunal ad-quem a infringir las normas que se singularizaron anteriormente.

La valoración correcta del escrito de demanda, del acta de inspección ocular y de la convención colectiva de fecha 3 de marzo de 1960 habría conducido a la conclusión de que el actor prestó sus servicios a dos personas jurídicas distintas; y a que; la compañía demandada, en ejercicio de una facultad, muy usual en las empresas, vendía, mediante precio en dinero, diez artículos alimenticios a sus trabajadores, quienes tenían plena libertad para comprar; a que las ventas se hacían sin consideración a la can-

tividad o calidad del trabajo y en condiciones de publicidad; y a que el actor le fueron reconocidos y pagados los derechos originados en su contrato de trabajo”.

Por último, dice que ante tales hechos el sentenciador se hubiese visto obligado a aplicar las normas siguientes: 137, 142 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo y 1849 del Código Civil, y dejado de aplicar estas otras: 127, 128, 129, 48, 189, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El opositor está de acuerdo con el recurrente en cuanto al ámbito temporal de la Convención Colectiva de 1962, pero no en la finalidad que persigue la acusación, pues estima que en el expediente obra un experticio suficiente para demostrar el valor del salario en forma de precios inferiores para alimentos. Dice que a la Frutera de Sevilla no se la ha demandado como Magdalena Fruit Company, pues desde un principio se advirtió que la primera era continuadora integral de las relaciones jurídicas de la segunda, habiéndola ambas mantenido la misma actividad, y que el Tribunal no sostuvo que ambas compañías fuesen la misma, sino que la Compañía Frutera de Sevilla sustituyó como patrono a la Magdalena Fruit Company. Y en lo relativo al pago de prestaciones, dice que el Tribunal no niega que hubo un pago, sino que entiende que fue deficiente, pues el reconocimiento se hizo con un salario inferior al que evidentemente devengaba el trabajador.

Se considera:

a) Refiriéndose a la naturaleza del beneficio recibido por el demandante con la congelación de diez artículos, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones: “Como se dijo, “los artículos alimenticios” era una remuneración fija u ordinaria, semanalmente, y es de suponer que era como retribución de sus servicios, porque ellos se daban únicamente a los trabajadores y aumentaba naturalmente el valor del salario, lo cual constituía un verdadero beneficio para el trabajador, ya que el salario metálico se aumentaba con el precio de los mencionados artículos alimenticios. Esto se confirma

con lo pactado el 3 de marzo de 1960 por el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Frutera de Sevilla y la Empresa, con vigencia del 2 de marzo de 1960 (fs. 78 a 90). Allí se obligó la Compañía a mantener congelados, en las cantidades y precios que actualmente rigen, durante el término de la vigencia de esta Convención Colectiva, los diez artículos alimenticios que se expenden a bajo costo en las distintas tiendas de la empresa. Así venía entregando semanalmente artículos alimenticios la demandada al demandante, y claro es que ellos tienen un valor en dinero que representa un aumento de salario en metálico, porque esos artículos no se daban generosamente y a cualquiera sino a los trabajadores que prestaban servicio únicamente. Esos artículos alimenticios se suprimieron y se les dio el valor de cinco pesos (\$ 5.00) por medio de la Convención Colectiva celebrada entre el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Frutera de Sevilla y dicha empresa cuando dijo en la cláusula Cuarta: “Queda expresamente estipulado que el llamado “Cartón de Racionamiento” o “Primas de Alimentación”, que la empresa viene concediendo a sus trabajadores desde hace varios años, consistente en varios artículos comestibles a bajo costo, queda eliminada, y en su sustitución de ella la Empresa reconoce al Sindicato la suma diaria de cinco pesos (\$ 5.00) que queda excluida como salario de los \$ 12.72, que se ha estipulado como salario básico”. En este convenio “la Prima de Alimentación” queda excluida como salario en los \$ 12.72, que se ha estipulado como salario básico”. Se ve bien claro que en esta Convención se consideró que los artículos alimenticios quedaban eliminados y se sustituyeron por la suma diaria de cinco pesos (\$ 5.00); y si esto se dijo, fue porque se estimaban como salario o parte del salario. De ahí que no se tenga en cuenta el dictamen pericial porque él rebasa la realidad del acuerdo de las voluntades, que fijan el monto del salario en especie en la suma de cinco pesos (\$ 5.00) diarios”.

De la anterior transcripción se deduce que el Tribunal no llegó a la conclusión de que el beneficio que representaba para los trabajadores el suministro por parte de la compañía demandada de diez artículos ali-

menticios a precios notoriamente inferiores a los del mercado constituía salario, únicamente con base en la Convención Colectiva que entró en vigencia el 9 de abril de 1962 (fl. 71 a 73) con posterioridad al retiro del demandante, sino que estimó, independientemente de lo que dicha convención había estipulado, que el beneficio era como retribución de servicios que aumentaba el valor del salario como se confirma en lo pactado el 3 de marzo de 1960, y porque los artículos "no se daban generosamente y a cualesquiera sino a los trabajadores que prestaban servicios únicamente". Luego agrega, como un argumento más, que si en la convención posterior se cambió el beneficio por una prima de alimentación, fue porque dicho beneficio se estimaba por el Sindicato y la empresa como salario o parte del salario.

De manera que aún siendo cierta la censura del acusador, no se demostraría con ella el error de hecho, pues el ad-quem para llegar a esa conclusión tuvo además otros fundamentos, que no han sido desquiciados a través del recurso.

b) El Tribunal, para obtener del tiempo de servicios del demandante, tuvo en cuenta los prestados por éste tanto a la Magdalena Fruit Company como a la Compañía Frutera de Sevilla, demandada en el juicio. No hizo consideraciones para llegar a esta conclusión, pero al aplicar el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, tácitamente aceptó que Mercado trabajó durante más de veinte años para una misma empresa, sin que por ello hubiese incurrido en error de hecho, pues la misma demandada reconoció al contestar el hecho 2º de la demanda, que sustituyó como patrono a la Magdalena Fruit Company. Y respecto a esta última sociedad, no es cierto que el ad-quem dijo que con la Compañía Frutera de Sevilla constituía una misma persona jurídica. Tal afirmación no se encuentra en ninguna parte del expediente. De manera que no pudo incurrir en el error de derecho imputado por el casacionista.

c) No señala el recurrente en qué consistió la equivocada apreciación de las prue-

bas, ni el error de juicio en que pudo incurrir el sentenciador al calificar como salario el beneficio obtenido por el trabajador al vendersele artículos alimenticios a bajo costo, pues se limita a afirmar que la valoración correcta de las pruebas habría conducido a determinada conclusión, contraria a la que encontró demostrada el fallador. Para la prosperidad de la acusación por error de hecho, no es suficiente alegar su existencia, sino que es necesario demostrarlo.

d) Tampoco, en relación con el error consistente en no haber dado por demostrado que la compañía demandada reconoció y pagó al actor en legal forma su auxilio de cesantía, preaviso, vacaciones y primas de servicio, señaló el impugnador la forma como fueron apreciadas erróneamente las pruebas. Por otra parte, habiendo encontrado el ad-quem que además del salario en dinero el demandante recibió un salario en especie que no se tuvo en cuenta por el patrono para liquidar las prestaciones, era lógico que procediera a efectuar el correspondiente reajuste de las prestaciones.

No habiéndose demostrado el error de derecho y los errores de hecho que se le imputan al Tribunal, el cargo no prospera.

Recurso del trabajador.

Pretende la casación parcial del fallo recurrido, y que en función de instancia se tomen las siguientes decisiones: "a) Reconocimiento y condena al pago de pensión especial de jubilación de enero 13 de 1962 a enero 18 de 1964: 56% del último sueldo (dinero y especie por tasación pericial), de enero 13 de 1962 a diciembre 31 del mismo año, más el aumento de la ley 1ª de 1963 a partir del 1º de enero de tal período. b) reconocimiento y condena al pago de pensión ordinaria del 18 de enero de 1964 en adelante (75% del salario total (dinero y especie según la regulación pericial), junto con el alza de la ley 1ª de 1963. c) Reajuste de cesantía, primas, vacaciones y preaviso al valor proveniente de la estimación del salario base con el cómputo de la retribución específica en la

cuantía establecida por peritación. d) Fijación de la suma que ha de reintegrar al trabajador, tomada de la renta mensual, por exceso de pago en la cesantía, previo al reconocimiento de su derecho al auxilio por el tiempo de servicios superior a 20 años y el reajuste de la prestación, conforme a la operación anterior”.

Con fundamento en la causal primera de Casación formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo. — Errónea interpretación de los artículos 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

Luego de hacer algunas consideraciones sobre como deben interpretarse las leyes laborales, el casacionista se refiere a las pensiones ordinarias y especiales de jubilación, y dice que la primera se establece sobre un tiempo de servicios no inferior a 20 años, una edad mínima de 50 o 55 años, según el sexo, y la terminación del contrato, y la segunda sobre 15 años de labor y 50 de edad, y en el despido sin justa causa, régimen este último que fue modificado por la ley 171 de 1961 en la siguiente forma: un servicio que haya durado más de diez años, acompañado de edad de 60 años y despido sin justa causa; servicio por más de 15 años, retiro voluntario y 60 años.

Para el recurrente la versión jurisprudencial que el fallador de segunda instancia prohija, divide las situaciones de pensión en dos casos inasimilables: “O el trabajador cuenta con una antigüedad mayor de 15 años y menor de 20, y entonces su despido injustificado se sanciona otorgándole renta de un 75% de la que habría conseguido de completar la veintena, de inmediato si tiene 50 años o más, o a partir del día en que cumpla aquella edad; o ya completó los 20 de servicio y entonces su retiro, cualquiera que sea la forma en que se produce, le da derecho a la pensión total u ordinaria, a partir de los 55 años de edad. De suerte que en vez de subsanarse una eventual deficiencia del ordenamiento o de colmarse una laguna de la ley, deber ineludible de intérprete

juzgador, se le ahonda, o mejor, se le crea: El trabajador mayor de 50 años y menor de 55, despedido sin justa causa no está protegido por la ley; ésta respalda, según tal versión, apenas a quienes se encuentren entre los 15 y 20 de antigüedad para la época del despido, y practica una discriminación lamentable pero cierta”.

Considera, además, que la norma que consagra la pensión especial procura imposibilitar el fraude de la ley evitando que el patrono eluda el surgimiento de la obligación jubilatoria en ciernes en un despido, aún cuando estima que la pensión no puede asimilarse jamás a una pena o una sanción indemnizatoria, pues el fundamento de la pensión especial puede encontrarse en el artículo 1538 del Código Civil, según el cual si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, se tendrá por cumplida.

Termina así el casacionista la sustentación del cargo: “lógico, formal y equitativamente, es concebir la pensión de jubilación como una unidad: Requisitos semejantes de edad, de tiempo y de modo, entrelazables con armonía. Después de diez años, el trabajador de 60 de edad, al ser despedido sin justa causa, cuenta con pensión, en donde el factor predominante es su vejez: de los 15 años de servicio en adelante, el trabajador que pase de los 50 de edad y sea despedido injustificadamente, adquiere derecho a pensión; por último, el trabajador que alcanzó una antigüedad de 20 años, está favorecido con pensión ordinaria a partir del día en que alcance los 55, pudiéndose presentar con el cambio de edad otro de pensión, pues bien podía para entonces estar gozando de la especial. A lo que se agrega, dentro de los términos de la citada ley 171 de 1961, el caso del retiro voluntario del trabajador de más de 15 años, respondido con pensión especial cuando llegue a los 60. En esta forma, los reatos para la aceptación de jubilación especial en el evento de más de 20 años de servicio, quedan disipados, tanto por la imposibilidad de coincidencia actual de las varias clases de pensión, y más todavía, de que se cobren dos o más al mismo tiempo, como por la solidez y la ar-

monía de la institución en términos de absolver las distintas circunstancias con un mismo criterio, sin tergiversaciones ni discriminaciones. De suerte que el trabajador de más de quince años en la empresa puede retirarse voluntariamente y devengar pensión; puede ser despedido sin justa causa y exigir pensión especial; puede devengar la pensión especial desde cuando reuna las condiciones previstas para ella y hasta cuando haya completado las de la ordinaria que vendría a sustituirlas”.

Se considera:

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que la pensión especial consagrada en el art. 267 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituido por el art. 8º de la ley 171 de 1961, no se concede a los trabajadores que han prestado 20 años de servicios, cuyo derecho a jubilación se regula exclusivamente por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta Corporación en sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, estudió ampliamente los diferentes aspectos de la cuestión y fijó la correcta interpretación de las normas acusadas en el cargo. Dijo así la Sala: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, y después la de la Corte Suprema de Justicia definieron, respecto del artículo 267 del estatuto laboral, que tal precepto “fue dictado con objeto de impedir que los patronos burlaran la ley al despedir a los trabajadores antes de cumplir los veinte años de servicios”; que él “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” del dicho código y que, por esas razones, no puede pensarse en que la norma opere para el despido después de veinte años de servicios, es decir, que ella “nada tiene que ver con quienes ya cumplieron el tiempo de servicio necesario para tener derecho a la pensión”. “El artículo 267 CST fue derogado por el ordenamiento 14 de la ley 171 de 1961, ley cuyo texto 8º, por otra parte, creó una pensión jubilaria, directamente proporcional a la plena, para servicios por más

de diez años y menos de quince, en caso de despido injusto, e instituyó otra especial por más de quince años de servicios, en la misma forma proporcional, y una más para el retiro voluntario del trabajador, después de los dichos 15 años, pero solo al cumplir sesenta años de edad. Entiende la Sala, y así lo ha expresado ya su otra Sección en varias providencias, que la ley 171 de 1961 mantuvo, respecto del carácter de las pensiones por despido injusto, el criterio fijado por la referida jurisprudencia de que ellas solo proceden respecto de servicios por tiempo menor de 20 años y no para el que lo supere, porque su razón fundamental —fuera del caso de retiro voluntario, a los 60 años de edad— es la de procurar la estabilidad en el empleo e impedir que el acto patronal del despido injusto haga imposible para el trabajador el completar el necesario para la jubilación plena. Tal previsión carece de objeto respecto del que ha cumplido los veinte años de servicios, ya que el dicho acto injusto no logrará impedirle ese cumplimiento, que generará el derecho a la jubilación en reuniéndose las demás condiciones de ley. Por otra parte, como se ha dicho, la pensión especial no es sancionadora solamente del despido injusto, el cual tiene otras reglas para su indemnización, por lo que, en presencia de un acto de esa clase, respecto de trabajador al que ya no se le puede impedir el requisito de los veinte años de servicios por haberlo cumplido, faltará el supuesto específico de dicha prestación. “Esta finalidad de la pensión de jubilación en estudio es incuestionable en el texto de 1961, respecto de su primera creación, por cuanto expresamente lo reguló para el tiempo servido entre más de diez años y menos de quince años; y se exhibe también “después de quince años de dichos servicios” y menos de veinte años, aunque el legislador no hubiese agregado materialmente esta expresión, como lo reclama la exégesis opuesta, porque ese es el espíritu de la institución especial y su alcance propio, desde su concepción, y aún en su regulación del caso inmediatamente anterior, y porque tal es el entendimiento que se debe a la proporcionalidad que se estableció, respecto de todas las especiales, con la pensión plena. La referencia del artículo 8º de la ley 171 de

1961, así como la que contenía el artículo 267 CST indican claramente que se trata de prestación especial para tiempo menor de los 20 años que causan el derecho general jubilatorio. De otra suerte, con el alcance que la Corte estima equivocado, se disfrutaría de la plena con edad inferior a la requerida para ella, y hasta por valor superior a la misma, en nuevas figuras de jubilación que no consagran las regulaciones vigentes, ni pueden armonizarse con sus propósitos. "Se objeta, sin embargo, y el fallo recurrido acepta estas razones, que el artículo 8º de la dicha ley de 1961 no contiene la limitación indicada, como si lo hizo al regular la pensión por despido sin justa causa después de 10 años y menos de 15 de labor; que al instituir sobre la de más de 15 años lo hizo expresando tan solo "después de 15 años de servicios", y donde el legislador no distingue no es lícito que lo haga el intérprete; que lo que se sanciona es el despido sin justa causa; que la ley hay que interpretarla en el sentido en que produzca efecto y este no se logra al no aplicarla en los casos de 20 años o más de servicios; que esta implicación conduce a tener como causa justa el despido injusto en los dichos casos de 20 años o más de servicios, pues no lo sanciona; y que es ilógico favorecer a quien ha trabajado menos de 20 años y no al que igualó o superó ese tiempo de servicios, volviéndose la norma contra el que ha laborado más. Se invoca, además, la sentencia de 2 de junio de 1965 de la Corte, en el caso de Jorge Enrique Burgos contra Tía Ltda. "Estas objeciones carecen de validez. Pues si la ley no empleó la expresión "y menos de 20 años" que se exige, no fue para suprimir ese límite, correspondiente a la concepción jubilatoria especial y necesario en su finalidad y en su regulación explicadas; ni con solo no haberla empleado creó una prestación de condiciones distintas a la de la pensión plena, propósito que no se encuentra ni en su texto ni en su espíritu; ni se trata de distinguir donde el legislador no ha distinguido, pues es el ordenamiento el que carece del alcance que se le pretende y nunca se le estableció para comprenderlo; ni lo que se sanciona es simplemente el despido injusto, acto que cuenta con otras normas reparadoras, sino al impedir el cumplimiento

de los 20 años de servicio; y esto destruye toda otra interpretación que extienda la norma al que no puede evitar ya aquel requisito de ley; ni se entiende por qué ello convierte en justa causa lo que no lo es; ni cabe afirmar que con la inaplicación explicada no se producen efectos, pues ellos deben contenerse siempre, en toda ley, en su campo propio, según los supuestos fácticos que generan el derecho y no en el de los que no recogen la voluntad del legislador; ni resulta perjuicio para el que trabaja más, pues de lo que se trata es de proteger al que no logrará servir los 20 años por el despido injusto, que precisamente quiere impedir el cumplimiento de ese requisito legal y no de crear una nueva prestación para el que ya lo satisfizo; ni ello, finalmente, favorece de modo ilógico a quien ha servido menos, pues el beneficio legal es para éste disfrute de una pensión proporcional a la plena que le habría correspondido, si no fuera por el acto injusto, y el que ya cumplió con esa condición de ley no necesita de tal previsión, pues tendrá la prestación plena, por tiempo servido, en cumpliendo la edad pensionable. Que por ello puedan unos trabajadores —los que han servido más de 15 y menos de 20 años disfrutar de la pensión especial, desde los 50 años de edad, mientras que otros de la misma edad tienen que esperar a los 55, y aún que la situación sea distinta respecto de un trabajador en razón de si alcanzó o no los 20 a los de servicios, son consecuencias del régimen de causación por los requisitos establecidos, más ello no autoriza el entendimiento opuesto a la finalidad de la ley y a sus regulaciones específicas. "Para la Corte, por todo lo expuesto, el artículo 8º de la ley 171 de 1961 instituyó un régimen especial de jubilaciones restringidas, respecto de la pensión plena que no se logrará por el despido injusto —o por el retiro voluntario, en su caso— régimen que por su propósito y por sus regulaciones literales no es aplicable al trabajador que ha cumplido más de veinte años de servicios". (Juicio de Carlos Vilegas Echeverry contra Distribuidora de Bavaria S. A.).

Habiendo interpretado correctamente el Tribunal Superior los artículos 260, 267 del

Código Sustantivo del Trabajo al concluir que el trabajador demandante no tiene derecho a la pensión especial a que se refiere la segunda de las normas citadas por haber prestado sus servicios durante más de veinte años, situación regulada por el artículo 260, el cargo no prospera.

Segundo Cargo. — “Violación indirecta, defecto de aplicación, de los arts. 19, 21, 127, 129, 186, 260, 262, 267, 253, 306 del C.S.T., 1602 del C. Civ. del Dto. 18 de 1958, 1º del Dto. 616 de 1954 y 8º del Dto. 617 del mismo año, resultante de error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y evidente de hecho en la violación de la Convención Colectiva de Trabajo”.

Considera el casacionista que es palpable el error de derecho cometido por el ad-quem al omitir la apreciación del experticio para fijar el valor del salario en especie consistente en el suministro al trabajador de diez artículos alimenticios a precios congelados; error en la violación de la prueba, toda vez que obrando en el proceso, legalmente producida, no se le tuvo en cuenta contra expresa disposición del inciso 2º del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, y de derecho, porque ésta la consagra como medio único apropiado en defecto de la estipulación contractual.

En relación con el error de hecho, dice que en él se incurrió al tener en cuenta la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de abril 6 de 1962, folios 55 a 77, y darle valor vinculante para el actor, cayendo así en un despropósito: Ignorancia de la fecha en que se firmó la convención y a partir de la cual es eficaz, sin retroactividad, muy posterior al día en que el trabajador se desvinculó de empresa y sindicato, por lo cual la expresión acuerdo de voluntades que sirve para desechar el peritaje carece de sentido, presentándose así una aplicación indebida del artículo 129 del CST., dado que se supuso una regulación convencional compromisoria para el demandante, cuando él es extraño a ella; un olvido del mismo precepto cuando orienta hacia el dictamen a falta de regulación contractual; así como también del art. 467 íbidem, que señala el alcance

de las convenciones colectivas sobre los contratos individuales, circunscrito a su vigencia; del 477 (artículo 2º del Dto. 18 de 1958), cuando expresa que la Convención Colectiva que se celebró con un Sindicato solo se aplica a sus afiliados, del artículo 21 del citado código, en cuanto consagra la prevalencia de la norma más favorable al trabajador y del artículo 1602 del C. C. que circunscribe la eficacia contractual a las partes, de recibo en desarrollo de la analogía admitida por el art. 19 del CST.

Se refiere luego el recurrente a la violación consecencial de las demás normas sustanciales enunciadas en la formulación del cargo.

Se considera:

El inciso 2º del art. 129 del CST. dice que “El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo, y a falta de esta valoración se estimará pericialmente”.

Para el recurrente la prueba pericial, a falta de estipulación entre las partes, es una prueba solemne para demostrar el valor del salario en especie. Mas no ha sido éste el criterio de la jurisprudencia. Así esta Corporación en sentencia de 19 de septiembre de 1958, dijo lo siguiente, refiriéndose al inciso 2º del art. 129 del CST. “Esta disposición, calcada en el art. 2054 del C. C., tiende a evitar, que a falta de estipulación expresa acerca del monto del salario en especie, se deje de reconocer al trabajador el que en equidad le corresponde. Supuesto un litigio, el dictamen pericial es, sin duda, la prueba más adecuada acerca del salario en especie no estipulado en el contrato. Pero en manera alguna, y menos dentro del sistema de la libre formación del convencimiento que consagra el art. 61 del C.P.T. es admisible la tesis de que la opinión del perito haya de prevalecer sobre el criterio del juzgador, excluyendo los otros medios probatorios establecidos en la ley. Por lo tanto, si el dictamen pericial en lo relativo a este punto, por cualquier circunstancia no se estima fehaciente, bien puede el fallador atenerse a los otros elementos de juicio, que

obren al respecto" (Sent. 19 de septiembre de 1958, Ignacia Isabel Ruiz Contreras vda. de Cardozo y otros contra Milad Barguil).

O sea que a falta de convenio entre las partes, el salario en especie puede valorarse por cualquier otro medio probatorio distinto a la prueba pericial, lo que le quita a éste el carácter de solemne. De manera que en el caso en estudio, ante el calificativo que le dio el Tribunal al beneficio obtenido por el trabajador con la venta a bajo costo de diez artículos alimenticios, bien podía estimar su valor por cualquier medio de prueba, sin que por ello incurriese en error de derecho.

Respecto a lo acordado en la Convención Colectiva para sustituir el beneficio referido por una prima de alimentación con valor de ciento cincuenta pesos, es obvio que no podía aplicarse a situaciones definidas con anterioridad, salvo que así se hubiese pactado expresamente. Esta Convención Colectiva comenzó a regir el 9 de abril de 1962, cláusula decimacuarta, folio 77, y el trabajador demandante se retiró de la empresa demandada el 13 de enero del mismo año, por lo cual no le era aplicable lo pactado entre la compañía Frutera de Sevilla y su Sindicato de Trabajadores. Al estimar el ad-quem el salario en especie con base en una convención que no rigió las relaciones individuales de trabajo entre demandante y demandado, incurrió en error evidente de hecho. En consecuencia, y por este aspecto, prospera el cargo. La decisión de instancia, previa casación parcial del fallo acusado, se tomará de acuerdo con las consideraciones que se harán más adelante.

Tercer Cargo.—"Violación directa de los arts. 1º y 3º de la ley 1ª de 1963. Si la pensión decretable a favor de Mercado es la especial, su derecho se hizo efectivo desde el día del despido (enero 13 de 1962) y hubo de aumentarse por el alza general, en la medida que la norma señala (art. 1º), a partir del 1º de enero de 1963 (3º). Si la pensión pertinente fuera la ordinaria, iniciada su exigibilidad el 18 de enero de 1964 (día en que cumplió los 55 años), su cuantía no puede ser otra que la resultante del

juego del último salario completo con el aumento legal indicado. Y si se acepta el derecho a la pensión especial desde el retiro hasta el cumplimiento de los 55 años, para de allí en adelante afirmar el tránsito a la pensión ordinaria, aquella hubo de aumentarse desde el comienzo del año de 1963 y ésta se inició ya incrementada. En todas las tres hipótesis que agotan el campo de las posibilidades en punto a jubilación, el Tribunal olvidó la vigencia de la citada ley 1ª de 1963 y fijó a la pensión una cuantía inferior a la dispuesta por el ordenamiento. Típica violación directa, causal de casación".

Se considera:

En el fallo de segunda instancia se condenó a la empresa demandada a pagar a Héctor Enrique Mercado la pensión ordinaria de jubilación desde el 18 de enero de 1964. Este aspecto del fallo, en cuanto a la pensión ordinaria y la fecha desde la cual se debe, no ha sido quebrantado a través del recurso extraordinario que se estudia.

Ahora bien: el artículo 3º de la ley 1ª de 1963, en relación con el artículo 1º ibidem, ordenó el aumento de las pensiones de jubilación desde el 1º de enero de 1963. Es claro que si en esa fecha el demandante no estaba gozando de la pensión ordinaria por no haber cumplido la edad, no podía producirse el aumento de la ley 1ª de 1963, que se refirió a las pensiones existentes el 1º de enero del mismo año. De manera que al no hacer el aumento a que se ha venido haciendo referencia, el ad-quem no ignoró la ley 1ª de 1963, artículos 1º y 3º ni se rebeló contra sus ordenamientos, pues sus normas no eran aplicables a la pensión que se reconoció a favor del demandante con posterioridad a su vigencia. En consecuencia no prospera el cargo.

Cuarto Cargo.—"Violación directa de los arts. 266 y 249 del C.S.T. La pensión de jubilación es compatible con el auxilio de cesantía en lo que se refiere al tiempo servido luego de cumplidos los 20 años básicos para ella; si hubo anticipos y estos exceden de lo que en fin de cuentas haya de corres-

ponder por concepto de cesantía, es procedente el descuento paulatino y tarifado hasta extinguir las deudas por compensación. A Héctor Mercado, según la cuenta de la compañía, le correspondieron \$ 4.235.45 por cesantía total (27 años, 7 meses, 12 días), a la que se imputaron los anticipos, quedándole un remanente de \$ 1.719.44 (\$ 4.235.45 \$ 2.000.00 y \$ 1.516.01, inspección ocular, fs. 37 a 40). El Tribunal en su declaración "f" prescribe que "de la jubilación decretada se tomará mensualmente el 5% para atender el pago de los \$ 4.235.45 recibidos por el demandante por concepto de cesantías parciales (sic)". Esta conclusión, además de la deficiencia ya anotada en el segundo cargo, consistente en la omisión del reajuste al compás del salario total establecido en este juicio, contiene un quebrantamiento directo, falta de aplicación, del precepto que manifiestamente acepta la coexistencia de las dos prestaciones (cesantía y jubilación) y del que indica contenido y proyecciones de aquel auxilio. Violación directa, dado que no se trata de desacerto en la manipulación de la prueba, sino en distracción acerca del dicho escueto del art. 266 C.S.T. que fue perdido de vista por la sentencia".

Se considera:

El artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo estableció la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía en aquella parte correspondiente al período que excediere de los veinte años de servicio. O sea que el trabajador que hubiese recibido la cesantía por todo el tiempo de servicios antes de serle concedida la pensión de jubilación, no quedaba obligado a reembolsar sino la suma que corresponde a los 20 años de servicio, pues únicamente se estableció la incompatibilidad entre las dos prestaciones para ese período.

En el fallo acusado el Tribunal dispuso la devolución de la suma total recibida por el demandante por concepto del auxilio de cesantía correspondiente a los 27 años, 7 meses y 13 días de servicio, incluyendo la parte que correspondía a los 7 años, 7 meses y 13 días que excedieron los 20 años de servi-

cio, infringiendo así, por ignorancia de la norma, el art. 266 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia prospera el cargo.

Consideraciones de Instancia.

Habiendo prosperado el cargo segundo del trabajador demandante por haber tomado el Tribunal como valor del salario en especie consistente en la venta al trabajador de diez artículos alimenticios a bajo costo el fijado para la prima de alimentación que sustituyó aquél beneficio y que fue pactada con posterioridad al retiro del trabajador de la empresa demandada, la Sala estudiará si el dictamen pericial rendido en la primera instancia, (fls. 105 a 109) prueba la más adecuada, pero no ad substantiam actus, tiene la fuerza probatoria suficiente para demostrar el valor de lo que los falladores de instancia consideraron como salario en especie.

El perito llegó a sus conclusiones sobre el valor del salario en especie, luego de haber consultado facturas y libros referentes a compras y ventas de artículos alimenticios durante el período a que se limitó el experimento. Estas circunstancias, unidas a su calidad de comerciante y al hecho de haber vendido como tal los artículos enumerados en el "Cartón de Racionamiento", sirven de fundamento a su dictamen, como lo apreció el fallador de primera instancia.

Con base en los valores obtenidos por el perito se procederá a fijar la cuantía de la pensión de jubilación, y a reajustar las primas de servicio, vacaciones y preaviso. No se hará el reajuste del auxilio de cesantía, por cuanto el a-quo estimó que esta petición era subsidiaria a la de la pensión especial de jubilación, y habiéndose sustituido ésta por la general u ordinaria, no era procedente acceder a la subsidiaria. Expresamente el ad-quem no se refirió a este aspecto del fallo de primer grado, pero al no hacer el reajuste del auxilio de cesantía y confirmar la decisión de primera instancia en todo lo que no fue modificado, implícitamente acogió los argumentos del inferior. Como este punto no fue atacado en el

recurso de casación, no se ha quebrantado en este aspecto lo resuelto por el Tribunal Superior.

Reajuste de Primas de Servicio.—Como la sociedad demandada propuso la excepción de prescripción, el reajuste debe hacerse en relación con las primas causadas durante los tres años anteriores a la notificación de la demanda, o sea entre el 15 de septiembre de 1959 y el 15 de septiembre de 1962. En consecuencia son susceptibles de aumento las correspondientes al segundo semestre de 1959, dos semestres de 1960 y dos semestres de 1961. Para el período comprendido entre el 1º de enero de 1958 y el 13 de enero de 1962, el perito fijó como valor del beneficio obtenido por el demandante en virtud de la congelación de los diez artículos alimenticios la suma de \$ 172.84. Haciendo las operaciones aritméticas se obtiene un reajuste de \$ 86.42 por cada prima semestral, lo que representa \$ 432.10 para las cinco primas. Se modificará así la condena del a-quo, que fijó una cuantía por este concepto de \$ 437.10.

Reajuste de Vacaciones. — Por concepto del reajuste de la compensación por tres vacaciones causadas y no disfrutadas, cuarenta y cinco días en total, tiene el trabajador derecho a un reajuste de \$ 259.26, con base en un salario adicional de \$ 172.84. Se modificará la decisión del a-quo, que condenó por este concepto a pagar la cantidad de \$ 262.26.

Reajuste del Preaviso en dinero.—La sociedad demandada pagó por preaviso la suma de \$ 775.00, correspondiente a noventa días, liquidados con base en el salario en dinero. El reajuste, computando el denominado salario en especie, asciende, por los noventa días, a \$ 518.52, suma en que se fijará esta condena, modificando así la de primer grado, que se hizo por \$ 524.52.

Cuantía de la pensión. — El salario mensual en dinero en el último año de servicios, fue de \$ 255.00 (fl. 17). Agregándole los \$ 172.84, obtenidos como valor del salario mensual en especie, el salario base para liquidar la pensión de jubilación asciende a

\$ 427.84. El setenta y cinco por ciento (75%) de esta cantidad es de \$ 320.88, cuantía en que se fijará el valor de la mesada pensional, modificando la señalada por el a-quo, que fue de \$ 437.10.

Es de observar que el perito incurrió en un error al determinar el salario mensual, pues multiplicó por cuatro el obtenido semanalmente, siendo así que el mes tiene treinta días y no veintiocho. Pero como en el alcance de la impugnación se pide que los reajustes se hagan con base en el salario en especie fijado pericialmente, no puede la Corte dentro de las exigencias del recurso de casación, acceder a más de lo que se ha pedido.

Como consecuencia de la prosperidad del cuarto cargo del recurso del trabajador, se procederá a liquidar el auxilio de cesantía que corresponde al período que excedió los veinte años de servicio, o sean siete años, siete meses y 13 días hechos 1º y 2º de la demanda y su contestación, e inspección ocular y certificado de separación). Los veinte años de servicios los cumplió el trabajador de acuerdo con las mismas pruebas, el 1º de junio de 1954.

Según el certificado que obra a folios 16 y 17 y la inspección ocular (fl. 38), el trabajador demandante devengó en el período excedente los siguientes sueldos mensuales: del 1º de junio de 1954 al 30 de septiembre de 1955, \$ 147.00; del 1º de octubre de 1955 al 30 de septiembre de 1956, \$ 159.00; del 1º de octubre de 1956 al 30 de junio de 1957 \$ 164.00; del 1º de julio de 1957 a 8 de diciembre de 1957, \$ 189.00; del 9 de diciembre de 1957 al 29 de febrero de 1960, \$ 219.00; y del 1º de marzo de 1960 al 13 de enero de 1962, \$ 255.00.

Con base en los salarios anteriores, el auxilio de cesantía por los siete años, siete meses y trece días se liquida así:

Primer período, desde el 13 de enero de 1962 al 1º de marzo de 1960, fecha del retiro hasta la del último aumento o sea un año 10 meses 13 días, a \$ 255.00 mensuales \$ 474.70

Segundo período, del 29 de febrero de 1960 al 1º de julio de 1957, retrospectividad del último aumento hasta la fecha en que se congeló el auxilio de cesantía, art. 6º del Dto. 118 de 1957, o sean dos años, ocho meses, a \$ 255.00 mensuales.. \$ 680.00

Tercer período, de 30 de junio de 1957 al 1º de octubre de 1956, desde la congelación de cesantías, hasta la fecha en que se hizo el aumento, o sean nueve meses, a \$ 164.00 mensuales \$ 123.00

Cuarto período, del 30 de septiembre de 1956, fecha del aumento anterior al 1º de junio de 1954, fecha en que cumplió los veinte años de servicios, o sean dos años cuatro meses, a \$ 164.00 mensuales 382.67

Total del auxilio de cesantía correspondiente a los siete años, siete meses y trece días de exceso \$ 1.660.37

De acuerdo con la prosperidad del cargo, el demandante no está obligado a reintegrar la cantidad de un mil seiscientos sesenta pesos con 37/100, pues por el período ya anotado no opera la incompatibilidad del auxilio de cesantía con la pensión de jubilación. En consecuencia la suma a reintegrar se obtiene de deducir la cantidad anterior del total correspondiente a todo el tiempo de servicios, que según liquidación de la empresa, no objetada en el cargo, ascendió a \$ 4.235.45. El resultado, haciendo la respectiva operación aritmética, es de \$ 2.575.12, suma en que se fijará el valor de lo que debe reintegrar el trabajador en cuotas mensuales equivalentes al 5% de la mesada pensional, modificando en este sentido el ordinal 5º de la parte resolutive 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 dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta, en cuanto en los literales a), b), c), d), y f) reforma la sentencia de primer grado y en función de instancia Modifica los ordinales 1º y 5º de la sentencia de primer grado, los cuales quedarán así: "1º Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla a pagarle al señor Héctor E. Mercado, lo siguiente: a) Por pensión general u ordinaria vitalicia de jubilación, la suma de trescientos veinte pesos con 88/100 (\$ 320.88) mensuales, desde el dieciocho (18) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964). b) Por reajuste de primas, la suma de cuatrocientos treinta y dos pesos con 10/100 (\$ 432.10); c) Por reajuste de vacaciones, la suma de doscientos cincuenta y nueve pesos con 26/100 (\$ 259.26); d) Por reajuste de preaviso en dinero, la suma de quinientos dieciocho pesos con 52/100 (\$ 518.52)". "5º La Compañía Frutera de Sevilla podrá deducir del monto de la pensión de jubilación la suma de dos mil quinientos setenta y cinco pesos con 12/100 (\$ 2.575.12), en cuotas hasta del 5% de cada mensualidad". No se casa en lo demás.

Costas del recurso a cargo de la Compañía Frutera de Sevilla.

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

Los magistrados.

José Enrique Arboleda V., Crótatas Londoño C.
Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESTIPULACION DEL PLAZO EN UN CONTRATO DE TRABAJO

Si la celebración de un contrato laboral por tiempo menor del de mandato establecido en los estatutos, implica violación de éstos, lo que podría haber sería una responsabilidad del representante de la entidad ante los correspondientes órganos superiores de la misma, pero en ningún caso nulidad de la respectiva cláusula contractual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diez de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 30).

Jaime Cabrera Constaín instauró demanda repartida al juzgado segundo laboral de Bogotá con el fin de que la Federación Nacional de Cacaoteros fuese condenada a pagarle “indemnización por despido injusto e ilegal; reajuste de la cesantía liquidada y la indemnización por el despido pagada; indemnización moratoria por el no pago total de las prestaciones e indemnizaciones... y las costas del juicio”.

Sostuvo como hechos básicos de la acción que fue nombrado subgerente de la Federación demandada en la reunión del 28 de julio de 1967, nombramiento que le fue comunicado en oficio de 31 del mismo mes por el Gerente General de la entidad, entrando a desempeñar el cargo el 1° de agosto siguiente; pero el 29 de septiembre de tal año fue despedido por la misma junta Directiva. Y agrega estos dos hechos, fundamentales para la mejor inteligencia del recurso de casación que deberá decidir la Sala.

“3°) Los estatutos de la federación establecen en uno de sus artículos, un período de un año para el subgerente, y en el artículo 26, que es posterior y más benéfico para el trabajador, un período de dos años para el gerente y el subgerente, y al haber sido despedido injustamente el trabajador, tiene derecho a que se le pague el tiempo faltante para completar el tiempo fijo establecido en los estatutos”.

“4°) Al trabajador, después de habersele comunicado el nombramiento hecho por la Junta Directiva, se le hizo firmar un contrato de trabajo que no tiene validez, por ser violatorio lo resuelto por la Junta Directiva (sic), y por ir en contra de lo establecido en los estatutos de la Federación que fijan el período del subgerente”.

La Federación se opuso a las pretensiones del actor en la contestación de la demanda, sosteniendo que éste suscribió con ella un contrato de trabajo el 1° de agosto de 1967, cuya cláusula 5ª le fijó un término indefinido o indeterminado. Y que basado en esta estipulación la Junta Directiva de la demandada lo dió por terminado, mediante el pago de la indemnización de 45 días establecida por el Decreto 2351 de 1965, en su artículo 8°, numeral 4°, ordinal a).

Tramitado el juicio en legal forma, el a quo le dió fin mediante sentencia de 29

de abril de 1969, cuya parte resolutive es de este tenor:

“Falla. — Primero. — Condénase a la entidad denominada “Federación Nacional de Cacaoteros” representada por su gerente, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, señor Jaime Cabrera Constain, las siguientes cantidades de dinero:

“a) La suma de \$ 138.403.00 ciento treinta y ocho mil cuatrocientos tres pesos moneda corriente, por concepto de indemnización por terminación del contrato, sin justa causa; y

“b) La cantidad de \$ 129.76 ciento veintinueve pesos con setenta y seis centavos moneda corriente, por concepto de reajuste de cesantía.

“Segundo. — Declárase probada, de oficio, parcialmente la excepción de pago respecto de la petición, indemnización por despido injusto.

“Tercero. — Absuélvese a la Federación Nacional de Cacaoteros de las demás peticiones impetradas por el actor, señor Jaime Cabrera Constain; y

“Cuarto. — Costas a cargo de la demandada en cuantía del 80%. Tásense”.

Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el suyo de 5 de marzo de 1970 decidió la alzada de esta manera:

1º) Revocar el punto tercero del fallo apelado y en su lugar condenar a la demandada “Federación Nacional de Cacaoteros”, representada por su gerente, a pagar al demandante Jaime Cabrera Constain, la cantidad de cuatro mil doscientos treinta y siete pesos (\$ 4.237.00) por concepto de indemnización moratoria.

2º) Modificar el punto cuarto del mismo fallo revisado, en el sentido de elevar las costas de primer grado a un noventa por ciento (90%) a cargo del demandado.

3º) Confirmar las demás súplicas de la demanda (sic).

4º) Costas en la alzada a cargo de la demandada”.

La Federación de Cacaoteros interpuso el recurso de casación y fundó la consiguiente demanda, replicada por la parte actora, demanda que procede a estudiarse y decidirse, de acuerdo con las consideraciones que siguen:

Aspira con ella a que casada la sentencia de segundo grado se absuelva a la entidad demandada del pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria y para conseguir este fin formula varios cargos, el primero de los cuales, por ser el punto clave del litigio, lo transcribe la Sala. Dice así:

Primer Cargo.

“Acuso la sentencia por ser indirectamente violatoria de los artículos 7º numeral 3º del Decreto de carácter legislativo Nº 2351 de 1965; 13 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y a causa de errores, de hecho manifiestos en los autos y ocasionados en apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas, así como también por haber violado, consecuencialmente y por falta de aplicación, los artículos 8º numeral a) literal a) del mismo Decreto 2351 de 1965 y el artículo 45 del mismo Código, en relación con el 5º del citado Decreto 2351, según precisaré en el desarrollo de este cargo.

“El sentenciador de la segunda instancia, incurrió en los siguientes errores de hecho, manifiestos y patentes en los autos, a saber:

“a) Dar por demostrado, contra la evidencia de los autos, que entre el demandante y la Federación Nacional de Cacaoteros existió un contrato de trabajo, a término fijo de dos años.

“b) Dar por demostrado contra lo que se desprende de los autos, que al ponerse fin a la relación laboral con el señor Jaime Cabrera Constain faltaban 22 meses y 1

día para la terminación del supuesto contrato a término fijo a que se hace referencia en el literal anterior;

“(c) No dar por demostrado, estándolo plenamente en los autos, que entre el demandante y la entidad demandada existió por voluntad expresa y explícita de las partes un contrato escrito, a término indefinido.

“En los errores de hecho que acaban de anotarse incurrió el ad quem tanto por apreciación errónea como por completa falta de apreciación de pruebas relevantes del proceso, así:

“Pruebas mal apreciadas.

“1º—El documento auténtico constituido por la carta que con fecha 31 de julio de 1967 dirigió el Gerente General de la Federación al señor Jaime Cabrera Constaín (folio 2 del primer cuaderno) para comunicarle que había designado Sub-Gerente Encargado de las funciones de Dirección Técnica y que por eso se le señalaba una asignación de seis mil pesos mensuales (\$ 6.000.00) a partir del 1º de agosto siguiente.

“El sentenciador analiza en su sentencia esa carta haciéndola aparecer como si ella sirviera de elemento para corroborar la suposición de que el contrato fue celebrado por el término de dos años, sin parar mientes en que no se hace ninguna afirmación al respecto en dicha comunicación, ni se mencionan los Estatutos de la Federación. Muy al contrario, se advierte al destinatario que estará encargado de las funciones del cargo de Director Técnico, puesto que había sido suprimido, y que por ello devengaría un sueldo de seis mil pesos (\$6.000.00) mensuales. Por donde se observa lo desatinada que resulta la apreciación que hizo el ad quem de ese documento auténtico, que ha figurado en los autos sin objeción de las partes y que fue traído al proceso por el propio demandante.

“2º).— El documento auténtico constituido por la copia de los Estatutos de la Federación (Folio 51 a 71 del primer cuaderno). Al apreciar el artículo 26 de dichos Es-

tatutos el sentenciador lo considera incorporado de hecho a la relación laboral surgida entre el demandante y la entidad demandada, sin tener en cuenta que se trata de un acto unilateral que por si solo no puede prevalecer sobre un acuerdo expreso y explícito de voluntades en cuanto a la modalidad temporal de la relación pactada entre las partes. Incurrió el Tribunal en el desatino de implicar a los efectos probatorios de ese documento una tesis sostenida por la jurisprudencia laboral que no tiene cabida en este caso. Porque lo que ha dicho la Sala Laboral de la Corte en la sentencia cuyo pasaje se inserta inapropiadamente en el texto del fallo, y en otras decisiones similares, es que la exigencia de que la estipulación referente al término fijo de un contrato de trabajo no debe entenderse en el sentido de que solo valga cuando tal estipulación este materialmente contenida en el contrato formal, sino que también tiene validez si consta en otro escrito separado del contrato formal, que así viene a complementarlo. Cosa muy distinta es que en el mismo texto de un contrato escrito de trabajo conste que su duración se pactó explícitamente a término indefinido. Jamás ha pretendido la Corte que pueda yuxtaponerse lo que conste expresamente en un contrato escrito sobre la modalidad de la duración con lo que se diga, en abstracto, en un documento distinto.

“De manera que para apreciar esa prueba se ha deformado el pensamiento de esa Superioridad, pues se aplica la tesis mencionada tomándola como pretexto para una situación totalmente distinta.

“Se apreció absurdamente al documento auténtico a que me refiero pues si esa estimación hubiera sido correcta, la conclusión del sentenciador hubiera tenido que ser la de que un acto unilateral no puede prevalecer sobre un contrato bilateral, escrito y expreso, en otro sentido.

“La tesis de la Corte hubiera encontrado cabal aplicación si no hubiera existido contrato escrito en contrario.

“De paso cabe advertir que no es cierto que lo de el término fijo de un contrato sea

una de aquellas prerrogativas, garantías o derechos irrenunciables para el trabajador, conforme al art. 14 del C.S.T. Al contrario, interpretarlo así implica un intento de coartar su voluntad en un terreno que no puede ser invadido por la ley según se desprende de los arts. 39 y 45. Pero esto es, tal vez, una cuestión de derecho que deberá ser analizada en su debida oportunidad.

“En todo caso, creo haber demostrado que el Tribunal hizo una estimación aberrante de la prueba suministrada por el texto del artículo 26 de los Estatutos de la Federación y, lo que es más, tomó como pretexto para ello una tesis jurisprudencial que es correcta, pero que aquí no era aplicable, por lo que acabo de exponer.

“3º) El documento auténtico consiste en el contrato escrito de trabajo (folios 12 a 14 del primer cuaderno).

“En su análisis probatorio el sentenciador no le concedió la importancia que tiene el documento a que ahora me refiero. Enfrascado como estaba en el texto del artículo 26 de los Estatutos, sentó en el fallo la conclusión de que poco valía, en presencia de ese acto unilateral, el pacto bilateral, escrito y expreso que sobre la duración indefinida del contrato fue realmente convenido por las partes.

“Esa conducta del sentenciador del segundo grado lo condujo a restarle importancia a una prueba tan concluyente como la que ahora estoy señalando.

“Si el sentenciador hubiera hecho un examen acertado de ese precioso elemento probatorio hubiera tenido que encontrar cómo de sus cláusulas Quinta se desprende inequívocamente que las partes convinieron expresamente que la relación sería “a término indefinido” y hubiera fallado en consecuencia.

“También hubiera tenido que concluir el ad quem que para la terminación del contrato de trabajo no faltaban, como lo supuso, 22 meses y un día, puesto, que se trataba,

como tantas veces se ha dicho, de contrato de duración indefinida cuya terminación solo puede acarrearle a la parte patronal la indemnización prevista en el artículo 8º del Decreto de carácter legislativo 2351 de 1965.

“Pruebas dejadas de apreciar.

“Por otra parte, el Tribunal no tuvo para nada en cuenta lo dispuesto por el art. 27 literal f) de los Estatutos de la Federación según el cual el Gerente está facultado para celebrar por sí solo toda suerte de contratos, ni tampoco el resultado de la inspección ocular (folio 45 del primer cuaderno). Del primero de estos documentos se desprende que en uso de esa facultad el Gerente sí podía celebrar válidamente un contrato de trabajo, y de la inspección resulta incontestable que el señor Jaime Cabrera Constaín no fue elegido por dos años, pues allí se lee claramente: “En el acta varias veces mencionada no aparece constancia alguna respecto al término de duración del nombramiento del Dr. Jaime Cabrera C. como observó en la transcripción anterior”.

Las consideraciones del Tribunal de Bogotá contra las cuales se endereza el ataque transcrito son de este tenor:

“Indemnización por despido.

“Para decidir sobre este pedimento, se hace necesario en primer término examinar la duración del contrato de trabajo, ya que de este factor depende el valor de la indemnización a que hubiere lugar, pues en cuanto a la causa de la terminación del contrato de trabajo está meridianamente establecido que su autor fue la demandada Federación Nacional de Cacaoteros y que tal rescisión se hizo sin invocar causal alguna, solamente aparece evidenciado con la inspección ocular, que le pagaron 45 días de salario a título de indemnización y por lo manifestado por el procurador judicial de la demandada en la contestación de la demanda se estableció que invoca terminación legal del contrato con el pago de los 45 días, por cuanto estima que se trataba en este caso de un contrato de trabajo a término indefinido.

“La Federación Nacional de Cacaoteros con la contestación de la demanda acompañó una foto-copia de un contrato de trabajo celebrado entre Octavio Pastrana Sierra actuando como Gerente de la entidad mencionada y Jaime Cabrera Constaín, obrante a folios 12 a 14 del informativo según el cual se pactó por “Duración indefinida”. Cabe destacar que este documento carece de autenticación para darle el valor a que se contrae el art. 648 del C. J., sin embargo no habiendo sido discutida su autenticidad por amplitud, en uso de la facultad implícita en el art. 61 del C. de P. L. y que estableció la racional formación del convencimiento en el sentenciador laboral, la Sala le concede mérito probatorio para efectos de analizar con el conjunto de probanzas allegadas a los autos a fin de buscar la verdad real acerca de la duración del contrato de trabajo.

“Obra igualmente en autos, una copia auténtica de los estatutos de la “Federación Nacional de Cacaoteros” allegada a los autos por el Juez Segundo Laboral Municipal (hoy del Circuito) de Bogotá al Ministerio de Justicia. Esta pieza probatoria obra en el plenario de folios 49 a 71.

“Consta en autos que Jaime Cabrera Constaín fue nombrado por la Junta Directiva de la Federación Nacional de Cacaoteros como Sub-Gerente y la misma Junta Directiva lo destituyó. Conforme a los estatutos según el artículo 25 en el literal m). Se dispone la facultad de “Aprobar o improbar los nombramientos de empleados y mandatarios que haga el Gerente de la Federación”, y según el ordinal v), “Elegir Gerente y Sub-Gerente de la Federación, para el término de un (1) año pero podrán ser reelegidos indefinidamente. Si el Gerente faltare, será reemplazado por los Sub-Gerentes en su orden de numeración y si la falta fuere absoluta el Sub-Gerente lo suplirá hasta la terminación del período”.

“El mismo reglamento en su artículo 26 dispone: “La Federación Nacional de Cacaoteros tendrá un Gerente y un Sub-Gerente, que serán nombrados por la Junta Directiva para el período de dos (2) años.

Podrán ser reelegidos indefinidamente. Los nombramientos recaerán necesariamente en ciudadanos colombianos”.

“Como quiera que en el presente caso aparecen dos formas de contratación por escrito entre la entidad demandada y Jaime Cabrera Constaín, correspondiente la primera a un contrato escrito a término indefinido y cuyo análisis probatorio se hizo anteriormente, y la segunda que es la estatutaria, que deriva de este acto formal toda vez que el aludido documento en su cláusula primera dispone que: “El patrono deja constancia de que el Trabajador fue elegido Sub-Gerente de la Federación Nacional de Cacaoteros por la Junta Directiva de la misma... etc.”, y más adelante se establece que el trabajador se obliga: “a) A poner al servicio del Patrono toda su capacidad normal de trabajo en forma exclusiva, para el desempeño de las funciones que los estatutos de la Federación señalan al Sub-Gerente y todas aquellas que corresponden a la Dirección Técnica... etc.”, se hace necesario para los efectos legales pertinentes dejar establecido, cuál a juicio de la Sala es la que verdaderamente determina la duración de la relación contractual de trabajo que existió entre la Federación Nacional de Cacaoteros y Jaime Cabrera Constaín.

“Aunque ab initio se presenta a los ojos del intérprete una situación equívoca con respecto a la duración del contrato laboral, estima la Sala siguiendo en esto a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, también citada por el a-quo, de que “no puede deducirse que la estipulación sobre término fijo solo tenga validez cuando obre precisamente en una de las cláusulas de un contrato formal de trabajo, extendido por escrito, puesto que si está contenida en otra fuente escrita conocida y aceptada por las partes, no hay razón para negarle efecto en la relación laboral, independientemente del que la estipulación produzca en otra u otras relaciones jurídicas concurrentes”. De donde, trasladando estos conceptos al caso sub-lite, no encuentra el Tribunal que estando estipulado en los estatutos de la Federación Nacional de Cacaoteros, que el período de duración del sub-gerente es de dos (2)

años (art. 26 de los estatutos) no hay razón para pensar y deducir que por aparecer "formalmente escrito" en un documento privado como el de folio 12, que la duración del contrato es por tiempo indeterminado, cuando en el mismo instrumento se remite a las partes el cuerpo estatutario de la entidad empleadora, puede válidamente y con argumentos lógicos y jurídicos decirse que se trata de un contrato por tiempo indefinido y no de término fijo de duración como se infiere del citado artículo 26 de los estatutos de la federación, que forman parte del contrato laboral.

"Además, por virtud de la aplicación del principio universal de derecho del trabajo de indubio pro-operario, la más sana interpretación acorde con tal postulado es el de que el trabajador demandante contrató con la entidad demandada por un plazo fijo de dos (2) años. Esto no es más que la aplicación del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo cuando establece que cualquiera estipulación que afecte al mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores por dicho Código, no produce efecto y en verdad si bien es cierto que podría pensarse inicialmente que la voluntad de las partes en el presente caso fue la de celebrar un contrato a término indefinido y que por ello no se estipuló expresamente por escrito en el aludido contrato la duración a plazo fijo, no es menos evidente que por la teoría de la inescindibilidad cuando surja una duda acerca del valor de una cláusula contractual confrontada con otra estipulación normativa como lo es la estatutaria, la disposición más favorable debe excluir a la otra pero tomada, no parcialmente —por parte— sino en su integridad, de ahí el por qué al aparecer como un precepto aislado la duración indeterminada, el contrato laboral dentro de un conjunto normativo de estipulaciones contractuales que remiten a las partes a conformarse para todos sus efectos con los Estatutos de la entidad empleadora y encontrándose por otra parte, como se encuentra, en el aludido reglamento o cuerpo normativo estatutario, que la duración del convenio individual de trabajo para quien desempeñe el cargo de Sub-Gerente a que se contrae el

contrato individual específico es de dos (2) años, en beneficio de la estabilidad y la seguridad jurídico-contractual del trabajador, deberá aplicarse de preferencia esta disposición en su totalidad para ser consecuente con el mandato del Art. 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El razonamiento anterior viene en coadyuvancia de la tesis exitosamente ilustrada con acertado pasaje jurisprudencial por el a-quo.

"Ahora bien, como aparece demostrado el hecho del despido del trabajador, a quien se le pagaron por la demandada cuarenta y cinco (45) días de salario a título de indemnización por tal acto, esta Corporación estima que dicho valor deberá imputarse al monto que le corresponda por el mismo concepto de indemnización por despido que asciende a \$ 147.403.00, tomando el salario demostrado y al cual se hizo alusión en esta misma providencia, remuneración promedio mensual que dio la suma de \$ 6.690.00. Y como el despido, se produjo el 29 de septiembre de 1967 para completar el plazo estatutario de los dos años contados a partir del 1º de agosto de 1967, fecha de la iniciación de labores faltaron veintidós (22) meses y un (1) día, el valor de esta acreencia es el antes mencionado, pero como deberá descontarse lo recibido por el mismo concepto indemnizatorio que arroja la cantidad de \$ 9.000.00, se deduce que la demandada deberá ser condenada a pagar al demandante la suma de ciento treinta y ocho mil cuatrocientos tres pesos (\$ 138.403.00), por el concepto en referencia. Por tanto, se confirma el pronunciamiento del Juzgado sobre este pedimento".

La Sala, para resolver, considera:

Lo primero que debe observarse es que la duda o perplejidad que surge en este asunto frente a tres posibles situaciones en la duración del contrato de trabajo del actor, es a saber: la de uno o la de dos años, según los estatutos de la demandada, o la del término indefinido del convenio laboral, no existe ante la realidad probatoria del proceso, como pasa a mostrarse:

Al folio 2 del cuaderno principal aparece la siguiente comunicación original, acom-

pañada por el actor a su demanda:

“Señor doctor Jaime Cabrera Constain.— Ciudad.— Apreciado doctor: Tengo el agrado de comunicarle que la Junta Directiva de la Federación, durante la reunión verificada el 28 del mes en curso, lo designó como Sub-Gerente de la entidad y le adscribió todas las funciones de la Dirección Técnica, cargo éste que fue suprimido.

“Dentro de la decisión de la Directiva, se fija a la Subgerencia, con las funciones anotadas, una asignación de seis mil pesos mensuales (\$ 6.000.00), a partir del 1º de agosto próximo.

“Mucho le sabría agradecer conocer a la brevedad posible su determinación, para contar con sus valiosos servicios dentro del menor término.

“Sin más por el momento, me es grato suscribirme como su atento seguro servidor, (fdo.) Octavio Pastrana Sierra. Gerente General”.

A los folios 12, 13 y 14 del mismo cuaderno se encuentra glosada una fotocopia del contrato de trabajo suscrito por el demandante y el gerente de la demandada y cuya autenticidad no fue puesta en duda por ninguna de las partes, y del cual se transcriben las siguientes cláusulas:

“Primera.—El patrono deja constancia de que el trabajador fue elegido subgerente de la Federación Nacional de Cacaoteros por la Junta Directiva de la misma, en reunión verificada el veintiocho (28) de julio del año en curso, según consta del Acta N° 63 correspondiente a la misma, y que por decisión de la directiva se le adscribieron todas las funciones correspondientes al cargo de Director Técnico de la entidad. En estas condiciones, el patrono contrata los servicios personales y profesionales del trabajador y éste se obliga” (aquí constan sus funciones)... Tercera.—El patrono pagará al trabajador por la prestación de sus servicios la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00) m. cte., mensualmente, por quincenas vendidas, entregadas en el lugar donde preste sus servicios, quedando incluídas dentro de

ésta suma las remuneraciones del descanso dominical y de los demás días de fiesta legal... Quinta.— Este contrato es a término indefinido, es decir que tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo reemplace. En caso de no dar aviso oportunamente o de cumplirlo parcialmente, deberá al patrono una indemnización equivalente a treinta días de salario, deducible de las prestaciones sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, numeral 7º del Decreto 2351 de 1965... Séptima.— En caso de terminación unilateral del contrato sin justa causa, se dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965... Décima.—Las partes manifiestan que no reconocerán validez a estipulaciones verbales relacionadas con el presente contrato, el cual constituye el acuerdo completo y total acerca de su objeto, y dejan expresa constancia de que el trabajador comienza a prestar sus servicios al patrono a partir del primero de agosto de mil novecientos sesenta y siete, fecha en la cual, para constancia, ante testigos y por duplicado, se firma el presente contrato en la ciudad de Bogotá, Distrito Especial. El Patrono (fdo.) Octavio Pastrana Sierra C. C. 12090503 de Neiva. El trabajador, (fdo.) Jaime Cabrera Constain C. C. 5355810 de Tumaco”. Testigos (firmas ilegibles).

Nótese cómo entre la carta de comunicación del nombramiento y el contrato existe una relación indiscutible, de tal modo que éste resulta el desarrollo normal y lógico de aquella, sin que sea necesario relacionar dicha carta con los estatutos de la sociedad para saber cuáles eran las obligaciones del trabajador, el término de duración de sus funciones, la fecha inicial de la prestación del servicio etc. etc.

De dónde surge entonces la perplejidad o duda que llevaron a los sentenciadores de instancia a dar prevalencia al artículo 26 de los estatutos de la demandada, que fija un período de dos años al gerente y subgerente de ella, contra el literal v) del artículo

25 de los mismos, que lo determina en solo un año, y contra la duración indefinida del contrato de trabajo aludido?

De una consideración manifiestamente errada, cual es la de que "la cláusula 5ª del contrato escrito... no tiene validez y de consiguiente no produce ningún efecto... porque las partes contratantes no podían por convenio entre las mismas desconocer los estatutos de la Federación...", según asienta el Juzgado, o la de que dar tal prevalencia a la cláusula 26 de los citados estatutos, "no es más que la aplicación del artículo 13 del C. S. del T. cuando establece que cualquier estipulación que afecte el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores por dicho Código, no produce efecto...", de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal, pues con esos argumentos se ha dado a los estatutos de la entidad gremial un carácter legal de que carecen, siendo, como son, un mero contrato de sociedad.

Es cierto que las disposiciones constitutivas de una persona moral son las que rigen sus actos jurídicos y a ellas deben acomodarse sus directivos y que lo determinado en algunas de sus normas, como las de facultades a sus representantes, puedan dar lugar a nulidades cuando se sobrepasan, por falta de capacidad para contratar. Pero de aquí no se sigue que si los estatutos establecen un período para ciertos empleados, éstos no puedan celebrar válidamente contrato para desempeñar las respectivas funciones por un término menor del estatutario.

La estipulación del plazo de un contrato de trabajo la ha dejado el Código de la materia a la voluntad de las partes al regular los efectos jurídicos tanto del que se convenga a término fijo, como del que se pacte por tiempo indefinido y si ambas modalidades son legales, mal puede sostenerse que es inválida la segunda por no avenirse con la norma estatutaria de una sociedad o empresa que fija período para el mandato de determinados cargos. Y si la celebración de un contrato laboral por tiempo menor del de mandato establecido en los estatutos implica violación de éstos lo que podría haber sería una responsabilidad del representante

de la entidad ante los correspondientes órganos superiores de la misma; pero en ningún caso nulidad de la respectiva cláusula contractual.

Basta al respecto la siguiente reflexión: si no obstante los estatutos de una persona moral que fija a algún empleo período de dos años, el que entra a desempeñarlo celebra contrato por solo uno, esa entidad podría alegar invalidez de la cláusula contractual con apoyo en la respectiva norma de aquellos, para exigir del trabajador que permaneciera a su servicio el tiempo estatutario y no el pactado? La respuesta es negativa, ya que es evidente la primacía (en cuanto al término de duración) del contrato sobre los estatutos, acto unilateral respecto del trabajador, que no puede prevalecer sobre el bilateral celebrado con arreglo a las facultades conferidas a las partes por el Código S. del T.

Son dos situaciones distintas el que el trabajador contratado para servir a una entidad jurídica en cargo al igual los estatutos le han determinado un período, se acja a éste, y el que, no obstante la norma estatutaria, pacte por un término menor la prestación de sus servicios. Si así lo hace, no es inválida la cláusula contractual respectiva.

Por último, el período que suelen indicar las normas orgánicas de las personas morales dice relación a aquellos empleos que conllevan la representación de la entidad, como los de gerentes, subgerentes, administradores etc., y su objeto y alcance jurídico no es el de fijar un término para los servicios contractuales del trabajador, sino el del mandato que el ejercicio de esos cargos implica, por lo cual no puede hacerse prevalecer el precepto estatutario sobre lo pactado expresamente entre aquella y éste respecto de la duración del contrato de trabajo, como si tal precepto fuese norma de superior jerarquía, a estilo de una disposición legal de carácter social, determinante de un mínimo de derechos o garantías laborales.

Es manifiesto, por tanto, el error en que incurrió el Tribunal en la apreciación de

las pruebas señaladas por el impugnante, principalmente la carta de comunicación del nombramiento, los estatutos de la entidad demandada y el contrato de trabajo, según lo que se ha dejado expuesto, error que lo condujo a infringir las normas referentes a indemnización por lucro cesante al condenar a su pago por la supuesta existencia de un período fijo del contrato de trabajo del actor con la demandada.

Prospera, pues, este cargo.

En los tres restantes acusa el casacionista la violación, por vía directa o por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T., por haber condenado el Tribunal a cubrir la suma de \$ 4.237.00 por concepto de indemnización moratoria, con base en el siguiente razonamiento:

"Indemnización Moratoria.

"Está plenamente demostrado en autos que el contrato de trabajo que existió entre las partes terminó el 29 de septiembre de 1967 por voluntad de la parte patronal. Asimismo está acreditado con la inspección ocular y el documento de folio 43, que fue constatado en su original por medio de esta diligencia, que la entidad demandada canceló lo que creía deber por cesantía a Jaime Cabrera Constán el 19 de octubre de 1967, es decir diecinueve (19) días después de la aludida terminación de la relación laboral.

"A este respecto el fallador de primera instancia consideró un "plazo prudencial", el tiempo que medió entre la terminación del contrato y el día en que se efectuó el pago. Igualmente declaró sin efecto la cláusula 8ª del contrato de trabajo por medio de la cual se dispuso lo siguiente: "El Patrono se reserva un plazo no superior a un mes, que se considera plazo razonable por las partes, contado a partir de la fecha de terminación del contrato, para efectos de liquidar y pagar los salarios, prestaciones, indemnizaciones y prestaciones debidos, sin que por ello el Patrono incurra en mora ni quede obligado a la indemnización de salarios caídos, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

"En cuanto a la primera consideración del Juzgado, la Sala no comparte el criterio ya que diecinueve (19) días es un término superior a un período común de pago del salario que conforme a la costumbre del lugar es de una quincena, además el concepto de prudencial es muy subjetivo y ha de entenderse siempre en beneficio del trabajador que es quien se afecta con el no pago de sus salarios y prestaciones, cuanto más si se tiene en cuenta que la terminación del contrato laboral fue intempestiva y por voluntad del patrono, lo que hace más gravosa la situación del trabajador que además de ser despedido tiene que permanecer por espacio de diecinueve (19) días esperando la cancelación de sus acreencias laborales cuando de otra parte no se justifica por la demandada la mora con la demostración de hechos que lleven al convencimiento del juzgador que sí efectivamente era prudencial tomarse ese plazo.

"Y en punto a la cláusula de "reserva" insertada en el documento de folio 12 arriba transcrita, la Sala comparte el pensamiento del a-quo de considerarla ineficaz, ya que la facultad de reservarse el patrono el cumplimiento de una obligación tan sagrada como lo es la de cancelar las acreencias laborales al trabajador hasta por un (1) mes, es contraria al espíritu y contenido de la bilateralidad en los contratos de trabajo, toda vez que esa "reserva" constituye una facultad omnímoda del empleador que riñe con el ordenamiento permisivo de el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando acepta que pueda establecerse un acuerdo, es decir: un mutuo consentimiento de las partes para cancelar las prestaciones y salarios debidos, con posterioridad a la terminación del contrato laboral.

"Finalmente, puede decirse que una estipulación contractual de "reserva" como la que se comenta, carece de eficacia jurídica más aún si se tiene en cuenta que el contrato laboral como un verdadero contrato realidad por fuerza de las circunstancias económicas en que se celebra para una de las partes, el trabajador, no está en condiciones de equilibrio social para discutir las distin-

tas cláusulas contenidas en un contrato de trabajo.

“Por lo expuesto la Sala no comparte el criterio del a-quo en cuanto consideró “plazo prudencial” el transcurrido en el caso de autos desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la de la liquidación pago de las prestaciones, por tanto, se revoca el pronunciamiento absolutorio del Juzgado y en su lugar se dispone condenar a la demandada a pagar por este concepto al demandante la cantidad de cuatro mil doscientos treinta y siete pesos (\$ 4.237.00), con fundamento en su salario diario de doscientos veintitrés pesos (\$ 223.00)”.

De lo que acaba de trasladarse surge muy claro que el sentenciador motiva su condena especialmente en la invalidez de la cláusula octava del contrato de trabajo del actor y en estas condiciones el ataque por vía directa o por interpretación errónea era impropio, ya que el punto por decidir es una cuestión de hecho, de saber si la citada cláusula octava tenía o no valor jurídico. Cuando una sentencia se funda en la negación de la validez de todo o parte de un contrato de trabajo, la posible infracción de la ley surge de un error de hecho en la apreciación de ese documento, pues obviamente la Sala deberá decidir sobre el valor jurídico de tal contrato para saber si casa o no la sentencia.

Es, pues, visible la equivocación en que incurre el casacionista al afirmar en la sustentación de estos cargos: “se trata de una violación del género directo, porque no se discutió sobre la existencia de la cláusula Octava”, sin parar mientes en que no solo hay error de hecho cuando se niega la existencia material de la cláusula de un contrato, sino también cuando se la interpreta

equivocadamente o cuando no se le reconocen sus efectos en derecho, que fue lo sucedido en el presente asunto al tener el juzgador como “jurídicamente ineficaz” la mencionada estipulación.

En consecuencia, no prosperan estos cargos.

Dedúcese de lo expuesto que por haber prosperado el primer ataque debe casarse la sentencia del Tribunal en lo que hace a la condenación por lucro cesante y, en función de instancia, revocarse la del a-quo por ese mismo aspecto, confirmándose en lo demás, siendo para este fin suficientes como consideraciones de instancia, las razones expresadas al estudiar el primer cargo.

Por razón de lo manifestado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley casa parcialmente la sentencia acusada y, obrando como tribunal de instancia, revoca el literal a) del punto Primero de la sentencia dictada el 29 de abril de 1969 por el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá en este asunto y absuelve a la Federación Nacional de Cacaoteros del pago del lucro cesante a que dicho literal se refiere. No se casa en lo demás el fallo recurrido.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

AGENTES COLOCADORES DE POLIZAS DE SEGUROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda — Bogotá, D. E., diez y siete de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta Nº 31).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las dos partes contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que decidió en segunda instancia el juicio ordinario de Ignacio García Sánchez contra la “Compañía Colombiana de Seguros S. A.”, La “Compañía Colombiana de Seguros de Vida S. A.” y “Cédulas Colón de Capitalización S. A.”, sentencia fechada el veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

Antecedentes.

Ignacio García Sánchez demandó a las sociedades nombradas para que se las condenase al pago de auxilio de cesantía por un tiempo de servicio de veinticuatro (24) años y quince (15) días, compensación de vacaciones y primas de servicios por el mismo lapso, pensión de jubilación, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, indemnización por mora y costas del juicio. Tales pretensiones las apoyó en los siguientes hechos, en síntesis; 1).— Que el actor sirvió a las compañías demandadas entre el 1º de abril de 1941 y el 15 de octubre de 1965, fecha en la cual estas dieron por terminada la relación laboral, cuando el primero se encontraba hospitalizado e incapacitado para trabajar; 2º).— Que el demandante tiene una edad superior

a cincuenta y cinco (55) años y más de veinte (20) de servicios; 3).— Que el último salario devengado fue de tres mil pesos (3.000.00) mensuales, 4).—Que las Sociedades no han pagado al actor la pensión jubilatoria ni las demás prestaciones e indemnizaciones que demanda.

Las demandadas se opusieron a las peticiones de García Sánchez, negaron los hechos en que éstas se apoyaron y propusieron las excepciones de pago, prescripción, cobro de lo no debido y falta de título y de causa en el demandante.

Mediante fallo de tres de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, el Juez Tercero Laboral Municipal de Bogotá desató la litis en primera instancia con condena para las compañías demandadas por los conceptos de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria y ochenta por ciento de las costas de la instancia, declaró probada la excepción de pago en cuantía de cinco mil ochocientos sesenta y dos pesos con ochenta y cuatro centavos (\$ 5.862.84) y absolvió a las demandadas de los restantes cargos de la demanda.

Las dos partes apelaron de la decisión del a-quo y al resolver el recurso de alzada el Tribunal, en la sentencia objeto del extraordinario, revocó la condena por compensación de vacaciones, aumentó la correspondiente a primas de servicios, declaró probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía, redujo la condena por costas al sesenta por ciento (60%) de las de primera instancia, confirmó en lo demás la resolución de primer grado y no condenó en costas de la segunda instancia.

El Recurso de Casación.

Las dos partes sustentaron en oportunidad el recurso extraordinario, con demandas ajustadas a los requisitos formales de ley y formularon en tiempo las recíprocas oposiciones.

Demanda del demandante recurrente.

Pretende la casación parcial de la sentencia impugnada en cuanto absolvió por concepto de pensión de jubilación y confirmó la decisión del a-quo en lo relativo a auxilio de cesantía, para que la Corte, como tribunal de instancia, modifique la resolución de primer grado en lo relativo a dicho auxilio y condene al pago del que corresponde al tiempo de servicios comprendido entre el 1º de abril de 1941 y el 15 de octubre de 1945 y revoque la absolución por pensión jubilatoria para condenar al pago correspondiente. Tal petitum lo respalda con un cargo, basado en la causal primera de casación, que plantea en los siguientes términos:

“Acuso la sentencia recurrida por violación indirecta, y aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 249, 253 y 260 del C. S. del T., del art. 3º del Decreto 3129 de 1956, de los arts. 6º y 14 de la Ley 171 de 1961, de los arts. 17 y 20 del Decreto 2351 de 1965 y art. 3º de la Ley 48 de 1968, violación en que incurrió el Tribunal a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de pruebas documentales, de la confesión originada en posiciones y de la diligencia de inspección ocular”.

Concreta como errores de hecho “no haber dado por demostrado estándolo, que existió un contrato de trabajo entre las partes desde el primero (1º) de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941), hasta el veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963) y que, Ignacio García prestó sus servicios personales a las empresas de seguros demandadas, desde el primero (1º) de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941), hasta el veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), o sea un total de veinticuatro años, siete meses y quince días”.

Singulariza como pruebas mal apreciadas los documentos de folios 35 a 38, 8 a 12 y 13 y 39 a 40 de los autos, las posiciones absueltas por Ignacio García Sánchez, fls. 44 a 48, y la inspección ocular, fls. 74 a 76. Esta equivocada apreciación la deduce el acusador de la circunstancia de que el Tribunal dijo apoyarse para su decisión “en los elementos de convicción que las partes aportaron al juicio”.

En el desarrollo de la censura, el recurrente considera errada la conclusión del ad-quem sobre la inexistencia de subordinación de García Sánchez respecto de las Compañías, por apreciación del contrato de folios 35 a 38 y la absolución de posición del actor, y respecto del tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1941 y el 20 de octubre de 1963, cuando ejerció, mediante pago por comisión, las funciones de agente local de las Compañías en Zipaquirá. Tal consideración la deduce del examen del contrato, en donde encuentra el elemento subordinación en el sometimiento a las instrucciones y a los reglamentos de las Compañías, lo que no se desvirtúa con la confesión del actor sobre dedicación simultánea a otras actividades distintas a la agencia de seguros, pues no existía el pacto de exclusividad. Observa, además, que la representación legal de las sociedades demandadas, que se descarta en el contrato, se halla consagrada en el documento de folios 8 a 12. Anota que no se apreció el documento de folio 13, en donde las Compañías dejan constancia del servicio personal prestado por García Sánchez entre el 1º de abril de 1941 y el 15 de octubre de 1965 y por ello dejó de aplicarse la presunción del artículo 24 del C. S. del T. Y, también, que se apreciaron erradamente el documento de fls. 39 a 40 y la inspección ocular, en donde aparece establecido que el actor fue para las Sociedades un empleado.

Finalmente, el impugnador se extiende en la demostración del concepto de la violación, que reitera como aplicación indebida de la disposiciones que cita en la parte inicial de la acusación.

El opositor estima que el cargo tiene como fallas la del planteamiento equivocado

del concepto de la violación, pues si el fallador dejó de aplicar los preceptos señalados, tal concepto no corresponde a la indebida aplicación sino a la falta de aplicación, y en segundo término, la formulación de la proposición jurídica incompleta, pues tratándose de presuntos derechos correspondientes a un agente de seguros, han debido citarse como violados los artículos 1º y 2º del Decreto 3129 de 1956. Se refiere luego a la cuestión de fondo para hacer notar que la no exclusividad de los agentes de seguros, elimina la posibilidad de vinculación por contrato de trabajo con la respectiva compañía, por disponerlo así el Decreto 3129 citado.

Se Estudia el Cargo.

El casacionista aspira al reconocimiento de algunos derechos del actor en el juicio, derivados de su condición de agente de las compañías aseguradoras demandadas, vinculado por contrato de trabajo. La situación jurídica de los agentes colocadores de pólizas de seguros y de los apoderados, representantes, gerentes distritales, directores, agentes y sub-gerentes generales o locales, está definida en los artículos 1º y 2º del Decreto 3129 de 1956, normas en las cuales se establecen las condiciones para la existencia o inexistencia de contrato de trabajo entre tales personas y las respectivas compañías, así como en relación con los agentes colocadores de títulos de ahorro o cédulas de capitalización. En el desarrollo de la censura se encuentra cómo todo el fundamento de la misma se deriva de la no aceptación por parte del Tribunal de la existencia de contrato de trabajo entre las Compañías e Ignacio García Sánchez durante el lapso comprendido entre el 1º de abril de 1941 y el 20 de octubre de 1963, en que actuó como agente local en Zipaquirá, juicio del fallador que el impugnante estima equivocado, pues además del servicio personal demostrado, se deduce también de los medios probatorios que analiza, el elemento subordinación, configurante del contrato laboral. Al establecerse la vigencia del contrato de trabajo por el tiempo citado, los derechos de auxilio de cesantía y pensión de jubilación a que se refiere el petitum

deberían derivarse como una consecuencia legal necesaria.

De demostrarse, por consiguiente, que el Tribunal desconoció elementos esenciales del contrato de trabajo por equivocada apreciación de algunas pruebas y por ello negó la existencia del mismo, forzosamente se demostraría el quebrantamiento de los preceptos, legales que definen esta relación jurídica entre las partes, por falta de aplicación de los mismos, así como los creadores de los derechos o prestaciones e indemnizaciones originados en tal contrato. Por consiguiente, en el planteamiento del ataque en casación, la proposición jurídica ha debido comprender todos los mandatos pertinentes, los relativos a la definición del contrato de trabajo y los creadores de los derechos laborales originados en él y desconocidos por el juzgador al declarar la inexistencia del vínculo jurídico laboral. Pero además, como dentro de las normas del derecho colombiano del trabajo las hay para reglar por vía general el contrato en sus elementos tipificantes y en sus modalidades como plazo, terminación, exclusividad, etc., y las hay para configurar jurídicamente situaciones especiales, las primeras no tienen aplicación sino en cuanto no deban regir los preceptos específicos, o rigen complementados por éstos. Es así como en tratándose de agentes colocadores de pólizas de seguros, representantes, gerentes distritales, directores, agentes y sub-agentes generales o locales, agentes colocadores de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, agentes viajeros y agentes vendedores, entre otros, hay un cuerpo de disposiciones que definen su situación laboral y las características de la relación de servicios que determinan o no la vinculación por contrato de trabajo para enmarcar tal situación. Actualmente, en cuanto a agentes colocadores de pólizas de seguro, o agentes o sub-agentes generales o locales o agentes colocadores de títulos de ahorro o cédulas de capitalización y otros servidores de las empresas que adelantan actividades relativas a seguros y ahorro o capitalización, tiene vigencia el Decreto 3129 de 1956, concretamente en sus artículos 1º y 2º, subrogatorios de los artículos 94 y 95 del C. S. del

T., que a su vez habían sustituido a otros mandatos especiales anteriores.

El artículo 1º del Decreto 3129 determina las características que debe reunir la labor de los agentes colocadores de pólizas de seguros así como de títulos de ahorros o cédulas de capitalización para que se acople jurídicamente al contrato de trabajo (inciso 1º y 3º), y descarta la posibilidad de este contrato respecto de los apoderados, representantes, gerentes distritales, directores, agentes o sub-agentes generales o locales de seguros que desempeñen su tarea con las modalidades que allí se contemplan. El artículo 2º del mismo decreto señala algunos elementos configurantes de la presunción legal de contrato de trabajo con los agentes de seguros o de títulos de ahorros o cédulas de capitalización.

Pues bien. En el caso definido por la sentencia que se acusa, se trata de persona —el actor en el juicio— que desempeñó una actividad laboral como agente asegurador local en Zipaquirá por el tiempo al que se concreta la controversia sobre existencia de contrato de trabajo con las compañías demandadas. De manera que a más de las normas generales que definen en el C. S. del T. el contrato laboral, a ese caso eran aplicables las disposiciones especiales de los artículos 1º y 2º del Decreto 3129 de 1956, con el régimen característico de que se ha tratado antes. En la acusación que contiene el cargo examinado, el impugnador señala como presuntamente quebrantados por el Tribunal los artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T., aplicables por vía general, en cuanto a la definición y presunción del contrato laboral, pero no los mandatos específicos del citado Decreto 3129 a que se ha hecho alusión. Por ello, aunque luego se indiquen como violados los preceptos que crean los derechos que se consideran ilegalmente desconocidos por la sentencia, la proposición jurídica planteada en el ataque es incompleta, por no comprender la totalidad de las disposiciones legales que enmarcan la situación jurídica debatida. Y ha sido constante jurisprudencia de la Corte en todas sus Salas de Casación que para que pueda prosperar una acusación debe apo-

yarse en una proposición de derecho completa, es decir, que comprenda la totalidad de los preceptos legales que habrían sido violados con la sentencia al desconocer los derechos cuya prevalencia se pretende.

Por este aspecto, pues, el cargo es ineficaz. Pero por otro lado, como lo reconoce el mismo casacionista, el recurrente García Sánchez no solo tuvo formalmente libertad para dedicarse a actividades distintas de las de asegurador local de las sociedades demandadas, sino que gozó efectivamente de esa libertad y desempeñó otros trabajos lucrativos, y esta circunstancia excluye la existencia del contrato de trabajo conforme al mandato claro y expreso del artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, sin que sea dable argüir la posibilidad de concurrencia de contratos de trabajo o la inaplicabilidad de la exclusión no pactada de que tratan las disposiciones generales. De manera que esta otra razón de fondo hace que el cargo no tenga fundamento.

La Demanda de la parte demandada recurrente.

Aspira a la casación parcial de la resolución del ad-quem, en cuanto condenó al pago de primas de servicios e indemnización moratoria para que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque las condenas proferidas por el a-quo en estas materias. Y para lograr su pretensión formula tres cargos, basados en la causal primera, cargos que se estudian y deciden en su orden.

Primer Cargo.

Con él se acusa la sentencia de violar, por vía directa, los artículos 65, 488 y 306 del C. S. del T. y 32 y 151 del C. del P. L., al no aplicar al caso de autos los tres últimos.

En el desarrollo del ataque el casacionista censura la condena al pago de primas de servicios por los dos semestres de 1964 y el primero de 1965, como quiera que tomando como punto de referencia las fechas en que tales primas se hicieron exigibles y la de la notificación de la demanda, los co-

respondientes derechos por el año de 1964 había prescrito, no obstante lo cual el Fallador declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las compañías demandadas. Hace notar que el término prescriptivo para las primas de 1964 se cumplió el 1º de julio y el 20 de diciembre de 1967 y que la demanda fue notificada el 2 de abril de 1968. De otra parte, se detiene en el examen del acta levantada en la Oficina Regional del Trabajo de Cundinamarca (fl. 20 del C. P.), para negarle todo valor como prueba de reclamación de las primas de servicios por parte del actor en el juicio.

Apunta que el quebrantamiento originado en la falta de aplicación de los artículos 32 y 151 del C. de P. L. y 488 del C. S. del T., llevó al Tribunal a violar, por aplicación indebida, los artículos 65 y 306 del mismo Código, pues quedando en pie solo la prima correspondiente al primer semestre de 1965, la condena por ésta "no es suficiente para fulminar contra la demandada una condena tan cuantiosa, que asciende a muchos miles de pesos, por concepto de indemnización moratoria".

Se Estudia el Cargo.

La efectividad de la prescripción está sujeta, dentro de la sustentación del cargo, a que el acta de la audiencia celebrada en la Inspección Regional del Trabajo de Cundinamarca (fls. 20 del C. P.) no tenga valor para establecer la reclamación, por parte del actor en juicio de las primas de servicios antes de que transcurriera el término legal para la extinción del derecho. Ya que si no se encontrase fundamento a las razones expuestas por el casacionista para descartar la eficacia de dicho documento, los restantes planteamientos encaminados a mostrar que transcurrió el plazo prescriptivo sin que se hubiese efectuado reclamación ni notificándose la demanda respecto de las primas por el año de 1964, quedarían sin fundamento alguno. Ello determina que la presentación de la censura por vía directa resulta contradictoria con el desarrollo de la acusación, pues no cabe tal vía cuando en alguna forma el quebrantamiento de la ley se hace derivar de un error de hecho originado en una falla de apreciación probatoria por el Sentenciador.

El cargo, en consecuencia, debe desecharse por razón del yerro de técnica anotado.

Segundo Cargo.

Contiene la acusación de que la sentencia del Tribunal es violatoria por vía indirecta, de los artículos 65 y 306 del C. S. del T., como consecuencia de errores evidentes de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, originados en falta de apreciación de algunas pruebas y en equivocada estimación de otras.

Los errores de hecho consistieron, según el casacionista, en no dar por demostrado, estándolo, que las entidades demandadas cubrieron oportunamente todas las prestaciones adeudadas al actor, inclusive sus primas de servicios, y que las compañías actuaron de buena fe a la terminación del contrato de trabajo, de tal suerte que no había fundamento para imponer condena por indemnización moratoria.

Como pruebas en relación con las cuales el Tribunal cometió las presuntas fallas de apreciación, singulariza el recurrente; a) El documento auténtico suscrito por el demandante, que obra a fls. 19 y 43 del expediente; b) Los documentos de folios 70, 71, 72 y 73; c) Las posiciones absueltas por el demandante (fls. 44 a 48); d) La diligencia de inspección ocular (fls. 74 a 76) y e) La demanda del proceso (fls. 1 a 5).

Con miras a la sustentación del ataque, el acusador plantea el siguiente análisis probatorio:

"El primer documento en comento, o sea el de fls. 19 y 43 del expediente, reconocido por el actor el responder la pregunta 16ª del pliego de posiciones (fl. 48), fue objeto de un doble error por parte del sentenciador de segunda instancia ya que una parte del mismo se dejó de apreciar y otra se entendió en forma equivocada. En las consideraciones de la sentencia impugnada el Tribunal liquidó las primas de servicio que, en su concepto, no fueron pagadas al actor, resultando una cantidad insoluble de \$ 4.427.88

m/cte. Para ello tomó como base"... la remuneración promedio que figura en el documento del folio 19 que entregó la parte demandada para su valoración..." (fls. 114 y 115).

"Sucedee —sin embargo— que dicho sueldo no podía tomarse como base para liquidar las primas de servicio, prestaciones completamente diferentes a la cesantía, que se calcula con fundamento en el promedio de lo devengado en el último año de servicios cuando se trata de salarios que tengan elementos variables.

"En consecuencia, el sueldo de \$ 2.951.92 M/cte. que figura con "Base Anual" en el documento de fls. 19 y 43 corresponde al promedio del último año de servicios, del 16 de octubre de 1964, y hasta el 15 de octubre de 1965, sirvió acertadamente para liquidar la cesantía al Sr. García Sánchez, pero no puede considerarse en el cálculo de las primas a cuyo pago se condenó a las demandadas".

En respaldo de su argumentación cita una jurisprudencia de la Corte, Sala de Casación Laboral, de fecha 16 de septiembre de 1958, según la cual, cuando el salario es variable, para liquidar la prima de servicios debe tenerse en cuenta "el salario promedio del respectivo período semestral o del lapso de tiempo mayor de tres meses conforme al artículo 306 del C. S. del T., más no el de otros períodos anteriores, porque la prima no se causa a la terminación del contrato, de trabajo sino durante su desarrollo, conforme lo observado por la misma corporación según otra cita del impugnante.

Luego añade: Pero el anterior error no fue el único en que incurrió el sentenciador en la valoración del comprobante de pago en comento. En efecto, en otra parte del mismo se puede leer lo siguiente:

"... Asimismo, declaro a las Compañía Colombiana de Seguros y Colombiana de Seguros de Vida, en paz y a salvo para conmigo por concepto de sueldos, sobresueldos, vacaciones remuneradas, horas extras de trabajo, auxilio por enfermedad, descanso

dominical, cesantía y en general por toda clase de prestaciones sociales y obligaciones contractuales a que hubiere lugar de acuerdo con la ley desde la fecha de mi ingreso hasta el día 15 de octubre de 1965..." (el subrayado es nuestro).

"El anterior finiquito está suscrito por el señor García Sánchez, quien ni siquiera se reservó el derecho a reclamar con posterioridad ni manifestó su inconformidad con el paz y salvo allí contenido.

"Tanto el a-quo como el Tribunal omitieron toda referencia a esa parte de la documental. De haberla tomado en cuenta, la sentencia debería haber reconocido que las demandadas pagaron cumplidamente al actor todas sus acreencias laborales, inclusive las primas de servicio, pues allí no se hace reserva de ninguna naturaleza, absolviéndolas como consecuencia de tal petición de demanda.

"Pero, aún aceptando en gracia de discusión que el comprobante no lo hubiera encontrado suficiente para acreditar el pago de las primas durante el tiempo en el cual García Sánchez fue empleado de las sociedades recurrentes, no podía negar, sin incurrir en manifiesto error de hecho, que el certificado en cuestión acreditaba plenamente la buena fe de observada por aquellas a la terminación del contrato de trabajo.

"En efecto, el recto entendimiento del aparte que hemos subrayado permite ver que a la finalización del vínculo laboral ambas partes entendieron dejar definida cualesquiera diferencia laboral, con el pago que consta en el recibo que se ha venido analizando, máxime si se tiene en cuenta que el demandante manifestó su conformidad al contenido del mismo al haberlo firmado sin dejar constancia alguna de su desacuerdo con los términos de su redacción.

"Como consecuencia de lo anterior, el sentenciador no dio por establecida la buena fe patronal que se infiere del contenido del documento estudiado, y aplicó indebida-

mente el artículo 65 del C. S. del T., imponiendo una desproporcionada condena a las demandadas.

“Lo que el expediente deja entrever más bien es la mala fe del demandante, quien no hizo reclamo alguno al momento de su retiro y se esperó casi tres años para presentar su demanda”.

Las anteriores argumentaciones las complementa el casacionista con transcripción de varias jurisprudencias de esta Sala sobre el elemento buena fe patronal en la exclusión de la indemnización moratoria.

Continúa en seguida el recurrente su análisis probatorio en estos términos:

“El segundo documento que ignoró el Tribunal fue el visible al fl. 72, correspondiente a la Orden de Pago N° 541567, en concordancia con la diligencia de inspección ocular en la cual se constataron los pagos que aparecen en dicha orden; dice así la inspección ocular:

“En cuanto al punto 3° se constató (sic) los pagos que acreditan los documentos presentados en esta diligencia y los cuales se ordena agregar al expediente, estos documentos son las órdenes de pago Nos. 548686 y 541567, y el comprobante de egreso N° 127316” (fl. 75).

“Ahora bien, la concatenación de las dos pruebas nos permiten dar por establecido el pago “proporcional de la Prima de Servicios del Sr. Ignacio García en un tiempo de servicios del 1° de julio de 1965 al 15 de octubre de 1965”, por valor de \$ 729.17 m/cte.

“Y si se relacionan estos dos elementos de juicio con el recibo ya analizado (fls. 19 y 43) es fácil concluir lo siguiente: Que el señor Ignacio García recibió la prima proporcional de servicios correspondientes al segundo semestre de 1965, a pesar de no tener derecho a ella por haber sido despedido con justa causa, en materia que, ya no es objeto de este recurso pues quedó definida en las instancias.

“Valoradas correctamente todas esas probanzas debieron conducir al Tribunal a dar por probado el pago de las primas del servicio anteriores y, en especial, la del primer semestre de 1965, pues no puede tener explicación diferente el hecho de que las sociedades demandadas hubieran pagado una prima proporcional a que no estaban obligadas, estando insolutas las anteriores, y que García Sánchez hubiera firmado un comprobante de paz y salvo por todo concepto sin protesta alguna, en caso de tener a su favor acreencias laborales causadas anteriormente.

“Pero si tales elementos de juicio no condujeran a demostrar los pagos de las primas de servicio, no puede negarse en forma alguna sin pecar contra la evidencia procesal, que aquellos acreditan la buena fe observada por las Compañías demandadas al momento de la terminación del contrato, desde que procedieron a efectuar la cancelación de una acreencia a que no estaban obligadas y obtuvieron un comprobante en el cual el actor manifestó su conformidad con la liquidación final y las declaró en paz y a salvo por todo concepto”.

Después agrega, para complementar lo anterior: “Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal otros pagos que también se efectuaron al demandante por concepto de prestaciones asistenciales causadas con motivo de su enfermedad no profesional (fls. 70, 71, 73, y 84) y por concepto de compensación en dinero de vacaciones (fl. 72), cuya cancelación se constató en la diligencia de inspección ocular (fl. 75), ascendieron a más de \$ 25.000.00 m/cte. y se efectuaron cuando el actor terminó su hospitalización.

“La apreciación de tales pruebas había llevado al sentenciador a dar por demostrado que las demandadas pagaron todo lo que de buena fe creyeron deber al actor en cantidades que en ningún momento pueden considerarse írritas o desproporcionadas, por lo cual no procedía la aplicación del artículo 65 del C. S. del T. frente al recibo de paz y salvo suscrito por García Sánchez, estudiado con anterioridad”.

Pasa a continuación el acusador a referirse a la absolución de posiciones por el demandante en juicio, prueba respecto de la cual apunta que el absolvente reconoce la verdad de los pagos a que se refieren los documentos antes citados y solo anota que las primas no las recibió en su totalidad, de donde ha de colegirse, según el impugnante, que lo que el absolvente consideraba no pagado era lo relativo al tiempo en el cual se discutía la existencia del contrato de trabajo. Dice que esta prueba no se apreció por el Sentenciador. Afirma, finalmente, que tampoco apreció el Tribunal la demanda, en cuanto éste pide, en relación con las primas de servicios, las correspondientes al mismo lapso, es decir, 24 años y 15 días, de donde "resulta a primera vista la mala fe observada por la parte demandante al reclamar primas de servicios desde el 1º de abril de 1941, cuando es bien sabido que dicha prestación no existía para esa época y solo se creó mucho tiempo después", que produjo que de las primas solicitadas por 24 años 15 días solo hubiese condena por "tres de tales prestaciones". La omisión del ad-quem —dice— "lo llevó a no apreciar el libelo introductorio del proceso y por ello no concluyó, como debía hacerlo, a dar por demostrada la mala fe del actor y la buena fe de las demandadas, aspecto de especial importancia para que el fallo fuera absoluto al menos en lo relativo a la petición de salarios caídos".

El opositor se extiende, a su vez, en el examen de los elementos probatorios que analiza el recurrente, para llegar a conclusiones contrarias, sobre el fundamento principal de que el documento suscrito por el actor en el cual da un finiquito a las Compañías, no puede tener valor en cuanto encierre renuncia de derechos del trabajador.

Se estudia el Cargo.

El ataque se encamina a la demostración de la falta de apoyo probatorio para producir la condena por prima de servicios en los dos semestres de 1964 y el primero de 1965, indemnización moratoria resultante del no pago oportuno de éstas. Para profe-

rir la decisión al respecto el Tribunal hizo las siguientes escuetas consideraciones:

"Prima de Servicios. — Las Compañías demandadas no demostraron el pago de las primas de servicio que se causaron durante el desarrollo del contrato, es decir, las de los dos semestres de 1964 y la del primer semestre de 1965, ya que el actor no tenía derecho a la correspondiente al tiempo proporcional trabajado en 1963 por no haber laborado la mitad del semestre respectivo, ni a la proporcional al segundo semestre de 1965 por haber sido despedido con justa causa, como más adelante se dirá. Y como estas prestaciones especiales le representan al trabajador la suma de \$4.427.88 liquidada con base en remuneración promedio que figura en el documento del folio 19 que entregó la parte demandada para su valoración, la condena se hará por esa cantidad, modificándose así la determinación del a-quo" (fls. 114 y 115 del C. P.).

"Indemnización Moratoria. — Como las compañías demandadas no acreditaron haber cancelado ni consignado lo debido al actor por primas de servicio, la condena de \$ 98.40 diarios, a partir del 16 de octubre de 1965 y hasta cuando se efectúe su pago, decretada por el Juzgado, es legal y debe confirmarse".

La iniciación de la censura parte de la equivocada estimación del documento que obra a folios 19 y 43 del cuaderno principal, consistente en la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente a Ignacio García Sánchez por los servicios prestados a las compañías demandadas en el juicio, en el lapso comprendido entre el 21 de octubre de 1963 y el 15 de octubre de 1965, así como la declaración de recibo de la suma correspondiente por parte del ex-trabajador y la manifestación sobre paz y salvo en cuanto se refiere a "sueldos, sobresueldos, vacaciones, remuneradas, horas extras de trabajo, auxilio por enfermedad, descanso dominical, cesantías y en general por toda clase de prestaciones sociales" desde el ingreso hasta el 15 de octubre de 1965. El documento se halla firmado por García Sánchez y fue reconocido por el signatario al contestar la

pregunta primera del pliego de posiciones (fl. 44). La estimación equivocada se origina, según el censor, en haber aplicado a la liquidación de primas de servicios el promedio de lo devengado en el último año, que se tomó como base para liquidar el auxilio de cesantía.

En el documento ciertamente se halla el promedio de lo devengado en el año para determinar el valor del auxilio de cesantía por los servicios entre el 21 de octubre de 1963 y el 15 de octubre de 1965. Las primas de servicios se refieren a los prestados en 1964 y en el primer semestre de 1965, y el Tribunal, como se ve en la motivación de su fallo, aplica el promedio que figura en la liquidación del auxilio de cesantía. Pero allí no están establecidos los salarios correspondientes a cada semestre de 1964 y al primero de 1965, que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala ha debido tenerse como base para fijar el valor de las primas de servicios correspondiente a los tres semestres considerados como insolutos por el Tribunal. Lo que quiere decir que el salario adoptado por el ad-quem no es el que legalmente puede considerarse para liquidar las primas de los años anotados y en consecuencia resulta mal apreciado el documento singularizado por el impugnador, incurso el Fallador en el error de hecho de dar por establecido el salario para liquidar las primas de servicios y quebrantado, en consecuencia, por aplicación indebida, el artículo 306 del C. S. del T.

Pero, además, no solo el contenido del documento, de una claridad indudable en cuanto al cumplimiento de las obligaciones por parte de las Compañías, muy distinto de un simple finiquito general de los que la jurisprudencia ha rechazado si, por otro lado, hay bases para establecer que las obligaciones laborales no se cumplieron por el patrono, sino las pruebas complementarias que indica el recurrente, como no apreciadas por el Tribunal, tales como la constancia de pago de la prima por la parte proporcional del segundo semestre de 1965, reconocida por las Compañías aunque no estaban legalmente obligadas a hacerlo y la amplitud con que fueron cancelados los cos-

tos de la enfermedad del trabajador, sin obligación de ley para el efecto por cuanto éste era afiliado a los seguros sociales, han debido dar la clara convicción al Sentenciador de que las primas de servicios de 1964 y el primer semestre de 1965 habían sido cubiertas y que, en todo caso, aparecía evidente la buena fe del proceder de las compañías en la liquidación final. Ello aparece más sobresaliente cuando el mismo Tribunal desecha, como lo hizo el a-quo, la solicitud vertebral de la demanda del reconocimiento de prestaciones por el lapso comprendido entre el 1º de abril de 1941 y el 20 de octubre de 1963, período durante el cual no rigió contrato de trabajo, y todo queda reducido a las aludidas primas de servicios de tres semestres, sobre cuyo pago apenas podría haber alguna duda.

Si se quebrantó el precepto legal sustantivo sobre primas de servicios por aplicar a su liquidación un salario que no corresponde y si es manifiesta la buena fe con que las compañías demandadas procedieron en la liquidación y pago de lo debido a Ignacio García Sánchez a la terminación de su contrato de trabajo, no podía aplicarse la sanción prevista en el artículo 65 del C. S. del T. y aparece fundada la censura del recurrente, por lo cual el cargo debe prosperar, como prospera. La sentencia, entonces, deberá casarse en cuanto a la condena por primas de servicios e indemnización moratoria y hacerse el correspondiente pronunciamiento de instancia, para el cual no son necesarias otras consideraciones.

Tercer Cargo.

Comoquiera que prosperó el cargo anterior, que resuelve el punto relativo a la condena por indemnización moratoria, y este cargo se encamina al mismo objetivo, no es necesario su estudio.

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 proferida el veintinueve de noviembre de mil novecien-

tos sesenta y nueve por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario de Ignacio García Sánchez contra la "Compañía Colombiana de Seguros S. A.", la "Compañía Colombiana de Seguros de Vida S. A." y "Cédulas Colón de Capitalización S. A.", en cuanto condena al pago de primas de servicios e indemnización moratoria y, actuando como tribunal de instancia, revoca los literales c) y d) del ordinal Primero de la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral Municipal de Bogotá, en el mismo juicio.

No se casa en lo demás la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente.

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

Los magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 20 de agosto de 1970, HOMOLOGA el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, para dirimir el diferendo laboral suscitado entre la Clínica Bogotá S. A. y su Sindicato de Trabajadores, y lo declara Exequible en todas sus partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veinte de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta Nº 46).

Entre la Clínica Bogotá S. A. y su Sindicato de Trabajadores se suscitó un conflicto laboral colectivo con motivo del pliego de peticiones que el Sindicato presentó a la empresa en demanda de reajuste de salarios y otras prestaciones.

Fracasada parcialmente la etapa de arreglo directo y siendo vanos en la de conciliación los esfuerzos para zanjar las cuestiones pendientes, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un tribunal de arbitramento obligatorio, de acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, que resolviera en últimas el diferendo laboral (Resolución número 0398 del 6 de abril de 1970), integrándolo días después con los nombres de los arbitradores doctores Rafael Suárez Poveda, por la Clínica, Alvaro Ramírez Pinilla, por el sindicato, y doctor Jaime Vidal Perdomo, por el Ministerio (Resolución número 0537 del 8 de mayo de 1970).

Los árbitros se instalaron formalmente el 18 de mayo siguiente, eligieron dignatarios,

secretario, y procedieron a las labores concernientes a la tarea encomendada. Como hallaran dificultades para cumplir su encargo dentro del plazo legal de diez días, acordaron solicitar a las partes una prórroga igual, conforme lo autoriza el artículo 459 CST., ampliación que les fue concedida expresamente por los interesados y que el Ministerio de Trabajo ratificó posteriormente, en la debida oportunidad (Resolución número 0690 del 3 de junio de 1970).

Por último, el 8 de junio siguiente, dentro del plazo cuya ampliación se demandó en tiempo, los arbitradores pronunciaron su fallo contra el cual interpuso recurso de homologación el personero de la entidad patronal.

Concedido el recurso por el Tribunal de arbitramento y sustentado ante esta Sala, procede entonces examinar los cargos que el recurrente hace al laudo y su regularidad, en general, frente a las normas superiores que enmarcan este tipo de conflictos colectivos.

Primer Cargo.— Se acusa la nulidad del laudo “por carencia de facultad decisoria” en los arbitradores. La acusación radica en la supuesta extemporaneidad en que fue pronunciado, que el recurrente apoya en argumentos que pudieran resumirse así:

a) El fallo ha debido emitirse no más allá del 30 de mayo de 1970, fecha esta en que

se cumplían los diez días hábiles, contados desde el 18 de mayo anterior, en que se instaló el Tribunal de arbitramento.

b) No invalida esta conclusión el que las partes mismas convinieran ostensiblemente en prorrogar el plazo inicial, porque la facultad de ampliarlo corresponde, por mandato legal, no a las partes, sino al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conforme a las normas que regulan los conflictos colectivos en los servicios públicos. En esta suerte de conflictos —los referentes a servicios públicos— “las partes, dice el recurrente, carecen de facultad para prorrogar el término decisorio” (Art. 452 CST, 34 numeral 1º del Decreto 2351 de 1965, 430 CST, artículo 1º numeral c) del Decreto 753 de 1956); y dicha facultad de prórroga corresponde solo al Ministerio de Trabajo, a quien atañe por prescripción legal el poder de convocar e integrar el Tribunal (art. 143 CPT, 453 CST, 36 Decreto 2351 de 1965, 1º y 2º del Decreto 2469 de 1965). “Tales preceptos —agrega— consagran perentoriamente que la facultad de convocatoria, integración y prórroga, corresponde al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social respecto a los Tribunales obligatorios para resolver los conflictos colectivos que se presenten en los servicios públicos, y en ningún caso al sindicato o al patrono”.

c) Como la prórroga no fue concedida en este caso, donde no se discute que la Clínica Bogotá sea una empresa de servicio público, por el Ministerio de Trabajo, al que exclusivamente competía otorgarla, sino por las partes, ha de concluirse también que dicha prórroga no tiene existencia jurídica y que el fallo se pronunció fuera del término de diez días que tenían los árbitros. Cita, además, el recurrente, una doctrina de la Corte, del 21 de febrero de 1957, que al distinguir entre el arbitraje voluntario y el arbitraje obligatorio, señala la diversa naturaleza de las fuentes que imprimen a la función arbitral distintas modalidades, que en el primero es la sola voluntad de las partes y en el segundo es el ordenamiento insustituible de la ley, que no permite otra solución que el arbitraje obligatorio; de modo que, por lo que interesa al

tema del plazo y de su prórroga, “como el tribunal de arbitramento obligatorio se constituye, como lo denota su nombre, por la voluntad de las partes, esta es la fuente generadora de la competencia de los árbitros y es ella misma la que puede disponer acerca de la prórroga del término para la expedición del laudo, en el caso de que se venza el primeramente señalado por la ley; y como el tribunal de arbitraje obligatorio, como lo expresa asimismo su nombre, se constituye por mandato insustituible de la ley mediante una resolución ministerial, no puede desconocerse al ministerio del ramo la facultad de conceder tales prórrogas para el evento en examen”.

Se considera:

La oportunidad o la extemporaneidad del laudo arbitral es cuestión básica al esclarecer su regularidad, pues es punto que afecta un presupuesto procesal común a la jurisdicción ordinaria y a la extraordinaria: la competencia. Deber primordial del juzgador es, en efecto, averiguar la suya concerniente, cuando obra como juez del conocimiento, y la del juez recurrido, además, cuando la propia competencia se adquiere a virtud de recurso ordinario o extraordinario.

Por ser la actividad de los árbitros, dentro de los conflictos laborales colectivos sujetos a su decisión, una actividad que no es permanente, sino de modo contrario, transitoria y ocasional, ella está condicionada a que el pronunciamiento de sus fallos se haga, no en cualquier tiempo, sino dentro de las precisas circunstancias de temporalidad rigurosamente establecidas en la ley. Así, si el tribunal arbitral se convoca, integra y constituye debidamente y si pronuncia el fallo, además, en la oportunidad legal, habrá obrado entonces con plenitud de jurisdicción, sin que pueda dudarse entonces de su competencia al dirimir el conflicto.

El artículo 459 CST, que regula de modo general todas las formas del arbitramento laboral, dice que “los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez (10) días, contados desde la integración del Tribunal.

Las partes podrán ampliar este plazo". Y la doctrina laboral, relacionada con este precepto, ha expresado: "En relación a la jurisdicción y competencia de los árbitros en los conflictos laborales, los artículos 459 del CST y 135 del CPL disponen que ellos deben proferir el laudo dentro del término de diez días, contados desde la integración del Tribunal, plazo que es susceptible de ser prorrogado o ampliado siempre que la solicitud de prórroga se haga antes de expirar el plazo preclusivo que la ley concede al Tribunal para pronunciar su fallo. Concedida la prórroga, por las partes si el arbitramento es de carácter voluntario, o por las partes o por el Ministerio del Trabajo, si es de carácter obligatorio, incumbe a los árbitros la expedición del laudo dentro del término de la ampliación, con el solo descuento de los días inhábiles, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal." (Febrero 9 de 1968, Homologación en el conflicto del Hospital de San Juan de Dios, de Bucaramanga).

La facultad de ampliar el plazo del término para fallar corresponde, pues, por derecho propio que la ley les otorga y la doctrina laboral reconoce, sin lugar a controversia, a las partes mismas del diferendo colectivo, en cualquiera de las dos especies de arbitramento, el voluntario o el obligatorio. Por extensión, dada la naturaleza específica del arbitraje obligatorio, se admite en este último igual facultad para el Ministerio del Ramo, porque si la ley es la fuente generadora de este tipo de arbitraje, no podría depender de la voluntad exclusiva de las partes la ampliación del plazo en caso de que los árbitros la necesiten para pronunciar su fallo con pleno conocimiento de causa, de modo tal que, aunque las partes se negaran a concederla, el Ministerio podría otorgarla con entera autonomía.

Revisada en el sub lite la oportunidad del fallo arbitral, se observa que los árbitros se instalaron el 18 de mayo de 1970, fecha que reviste suma importancia, porque ella fija el momento en que el Tribunal completó su integración y estuvo en capacidad real y efectiva de acometer su encargo. Por tratarse de un acto jurídico complejo, en efec-

to, la resolución ministerial que designa los árbitros inicia apenas la etapa de integración; producida la resolución, ella puede ser materia de impugnación; una vez en firme, los miembros del tribunal han de ser notificados, deben manifestar su aceptación o rechazo, puede ser recusados por las partes y están obligados a tomar posesión del mandato; y en últimas, deben instalarse formalmente, momento este en que culmina realmente el acto de integración y comienza a contarse el plazo que tienen los árbitros para emitir su fallo. La Corte reafirma así, con este sentido y alcance, lo que una antigua doctrina suya había expresado en síntesis: "No basta que los árbitros acepten y tomen posesión de sus cargos para que se entienda integrado el Tribunal de Arbitramento, sino que es preciso que éste se instale, mediante la reunión de la totalidad de sus miembros." (Homologación de 14 de abril de 1961, G. J. XCV, N° 2239, pág. 675).

Instalado el tribunal de arbitramento, en el presente negocio, el 18 de mayo de 1970, sus miembros consideraron indispensable demandar de las partes la ampliación del plazo inicial y así lo comunicaron en sendas notas fechadas el 26 de mayo siguiente, esto es, dentro del mismo plazo y sin aguardar su preclusión. Las partes, en comunicaciones del 27 de mayo, convinieron en otorgar la prórroga por diez días más. El Ministerio de Trabajo, por habersele solicitado la ratificación de la prórroga, aunque este requisito no fuera indispensable, expidió a su turno la resolución ministerial número 0630 del 3 de junio de 1970, por la cual amplía en diez días, contados a partir del vencimiento del plazo inicial, el término para el pronunciamiento del fallo arbitral. En fin, como este se emitió el 8 de junio de 1970, dentro del término de prórroga concedida por las partes y ratificada por el Ministerio, no queda la menor duda sobre la oportunidad del laudo y por ende, sobre la competencia del tribunal.

Se rechaza la acusación.

Segundo Cargo.—En subsidio de la declaración de inexecuibilidad del laudo, el recurrente concreta este segundo cargo en

torno a la nulidad de la cláusula 2ª sobre estabilidad, que los árbitros se limitaron a trasladar literalmente del acta número 3 que registra el acuerdo a que llegaron los árbitros, sobre este punto, en la etapa de arreglo directo, cláusula que dice así: "Todos los contratos de trabajo de la Clínica Bogotá S. A., con sus trabajadores serán a término indefinido. Y solamente podrá dárles por terminados cuando el trabajador incurra en algunas de las justas causas establecidas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Con todo, cuando un trabajador sea despedido por la Clínica Bogotá S. A. invocando una justa causa y ésta no fuere probada ante las autoridades jurisdiccionales del trabajo, el trabajador tendrá derecho a que la Clínica Bogotá S. A. lo reintegre a su trabajo en las mismas condiciones existentes antes del despido y al pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y la fecha en que se efectúe el correspondiente reintegro."

El recurrente sustenta este ataque en consideraciones de tipo jurídico relacionadas con la presunta violación que la cláusula hace de normas superiores laborales que consagran la libertad de contratación y estipulación de duración del contrato de trabajo; de la libertad que tiene el patrono de darlo por terminado, por justa causa, al vencimiento del plazo, por la naturaleza de la actividad contratada, por liquidación o clausura definitiva del establecimiento, o por mutuo consentimiento; de la facultad que tiene el juzgador laboral para decidir entre el reintegro o la indemnización. Termina su alegación expresando: "No se diga que el laudo arbitral no hizo más que acoger en el art. 2º sobre estabilidad lo que en arreglo directo habían convenido las partes, porque dicha cláusula ofende y viola principios institucionales como la libertad de contratación, la libertad de terminar el contrato de trabajo y la no menos imperativa de que no existan obligaciones irredimibles (Art. 37 C. N.): El patrono y el trabajador no pueden renunciar a tales derechos por cuanto que ellos son irrenunciables por ser de orden público".

Se considera:

El artículo 458 CST es explícito y nada

ambiguo al preceptuar que "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", de donde se desprende, sin sombra de dudas, que todas las cuestiones litigiosas respecto de las cuales se haya producido algún acuerdo entre las partes, en cualquiera de las etapas previas de arreglo directo y de conciliación, quedan sustraídas a la competencia de los árbitros y, por lo tanto, escapan al ámbito de su actividad arbitral. Si así no fuera, si lo acordado directamente por las partes o a través de los conciliadores, pudiera ser revisado posteriormente por los árbitros, carecería de eficacia y firmeza las estipulaciones logradas en aquellas etapas preliminares que, en el procedimiento de los conflictos colectivos, han sido instituídas para facilitar y aligerar su solución, reservando exclusivamente a la competencia arbitral aquellos puntos respecto de los cuales no se haya alcanzado entre las partes ningún acuerdo.

Es inoficioso, por lo mismo, examinar la validez de la cláusula sobre estabilidad a la luz de las normas superiores que se dicen violadas, porque el solo hecho de que las partes la hubieran acogido en la etapa de arreglo directo le está imprimiendo un sello de legalidad que impide su revisión en el recurso de homologación.

El cargo es infundado.

Tercer Cargo.— Demanda el recurrente en este último cargo la inexecutableidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del laudo.

Los ordenamientos acusados versan todos sobre cuestiones de índole económica (aumento de salarios, pago de los salarios correspondientes a los tres primeros días de incapacidad laboral, permisos remunerados, primas y auxilios especiales, creación de un fondo de préstamos, suministro de prendas de trabajo y elementos de protección), salvo el contenido en el artículo 8º (varios) que se refiere a reglamentaciones diversas, unas ínsitas en mandatos legales y otras de nimia importancia.

Se observa, además, que la acusación referida al artículo 4º sobre permisos remunerados escapa también al recurso de homologación por las mismas razones dadas en el examen del segundo cargo, o sea por tratarse de un punto acordado por las partes en la etapa de arreglo directo.

El recurrente sustenta este cargo en consideraciones de carácter económico que, de ser resumidas, se fundan todas en circunstancias de hecho tales como la situación de penuria que atraviesa actualmente la Clínica Bogotá, que demuestran sus balances semestrales y mensuales al arrojar pérdida neta; la socialización de la medicina; la terminación de un contrato con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que significaba para la clínica más del 50% de sus entradas; la localización de la clínica en sitio afectado por la transformación urbana de la capital, que impide el recibo de nuevos clientes y aún la buena atención de los permanentes.

Concluye su impugnación aseverando que los árbitros desestimaron todas estas razones, aunque las conocían, haciendo más gravosa la situación de la clínica, cuyo pasivo creciente está acreditado en los balances, con la imposición de nuevas cargas como aumento de salarios y prestaciones sociales. Remata expresando que la situación económica de la Clínica Bogotá es de tal gravedad que puede verse en la imperiosa necesidad de solicitar a la Superintendencia de Sociedades Anónimas su disolución y liquidación.

Se considera:

La posición de los arbitradores, cuando intervienen en la decisión de conflictos de naturaleza económica es la de buscar, obrando en conciencia, fórmulas equitativas que satisfagan los intereses contrapuestos. Ellos no emiten en este caso juicios de derecho sino que procuran solucionar la controversia dentro de los límites de la equidad, sentimiento natural que no sigue reglas predeterminadas, pero sin que a su formación dejen de contribuir los diversos elementos suministrados por las partes en orden a la convicción moral de los fallado-

res. Por lo mismo que su dictamen es de conciencia resulta más difícil su rechazo a través del recurso de homologación, lo cual no significa, tal como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia laboral, que los árbitros, dentro del amplio poder decisorio que les concierne en esta clase de conflictos, puedan caer en la arbitrariedad, la cual se manifiesta cada vez que las decisiones del laudo presenten indudables y evidentes características de protuberante inequidad.

Esto ocurriría sin duda alguna, en el caso sub-lite, como lo pretende el recurrente, si el fallo arbitral, en cuanto impone aumento de salarios y nuevas prestaciones sociales, desconociera flagrantemente el resultado de los balances de la empresa, si estos demostraran las pérdidas crecientes de la sociedad y la situación de práctica bancarrota que traducen las palabras del recurrente. A una empresa en semejantes condiciones económicas, es obvio que no se le podrían exigir tales concesiones, a menos de hacer peligrar su misma existencia, en menoscabo de los propios trabajadores, quienes en lugar de obtener la satisfacción de sus aspiraciones, podrían verse enfrentados a la cesantía si llegara a cegarse la fuente de su empleo.

Mas lo que el proceso acusa es cosa bien diferente. Los árbitros estudiaron ampliamente todos los elementos de juicio que estaban a su alcance: oyeron a las partes; examinaron a través de una encuesta las condiciones de vida de los trabajadores sindicalizados y sus diversas necesidades; revisaron la nómina de salarios, el reglamento de trabajo, las declaraciones de renta y patrimonio y los balances de la Clínica en los tres últimos años; y visitaron, por último, las instalaciones del establecimiento, a fin de conocer objetivamente las condiciones de trabajo.

De este cuidadoso examen concluyeron, como lo registra la parte motiva del laudo, que "para el Tribunal son justas las aspiraciones de aumentos de salarios presentadas por los trabajadores, pues sus niveles de remuneración son evidentemente inferiores a los que obtienen en instituciones

similares. Pero de otro lado, deben tenerse presentes las actuales dificultades financieras de la Clínica, para tratar con moderación los aumentos salariales, aunque es previsible que circunstancias favorables y adecuadas medidas de carácter administrativo y económico permitan a la Clínica encontrar una mejor situación en sus actividades". Y agrega el fallo: "De acuerdo con lo anterior, el Tribunal es consciente de la necesidad de producir un aumento moderado de los niveles de salarios, sin desconocer obviamente la situación financiera de la Clínica, y de conceder algunas prestaciones extralegales que contribuyan al mejor estar de los trabajadores."

De otra parte, los balances generales consolidados de los tres últimos años no muestran la situación de pasivos crecientes, de pérdidas en aumento y, en fin, el estado de penuria económico porque clama el recurrente. El examen de estos balances revela que en el ejercicio del segundo semestre de 1967, la Clínica Bogotá tuvo utilidades líquidas por valor de \$ 374.509.58; en el primer semestre de 1968, por \$ 363.752.02; en el segundo semestre de 1968, por \$ 312.362.76; en el primer semestre de 1969, por \$ 338.467.35; y en el segundo semestre de 1969, por \$ 209.129.33. El resultado negativo de los balances mensuales correspondientes al presente año, en que el recurrente declara pérdidas para la Clínica, no aparece en autos y de consiguiente, no constituye un dato atendible en la decisión del recurso.

En suma: no se ha establecido en modo alguno que en la solución de las pretensiones de mero carácter económico hubieran obrado los árbitros con falta manifiesta de equidad.

Se rechaza este último cargo.

Resolución.

No se observa, de otro lado, que en la constitución del Tribunal, ni en su correspondiente proceso, como tampoco en los restantes ordenamientos del laudo no acusados por el recurrente, se hubiera incurrido en violación de normas superiores ni de regulaciones convencionales en vigencia. Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, homologa el laudo recurrido y lo declara exequible en todas sus partes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y remítase el proceso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION

Medio nuevo en casación es aquel que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio y que no puede ser atendido en el recurso extraordinario por la sencilla razón de que esto equivaldría a modificar la relación jurídica procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E. veinte de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Har-ker Puyana).

(Acta N° 46)

Se decide el recurso de casación que interpuso el apoderado judicial de Ramón Zapata Tangarife, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 9 de octubre de 1969, en el juicio ordinario laboral propuesto por aquel contra la empresa "Locería Colombiana S. A."

Los hechos:

Conforme el libelo oficial, Zapata Tangarife reclama de la empresa demandada, en acción principal, que sea reintegrado al mismo empleo que venía desempeñando antes de ser despedido; que se le paguen como indemnización los salarios dejados de devengar desde la fecha de su desvinculación hasta el día del reintegro y que todo este tiempo se tenga como servicio ininterrumpido para efecto de prestaciones sociales; y las costas del juicio. En acción subsidaria de la anterior pide el pago del auxilio de cesantía; última prima de servicios; vacaciones proporcionales; indemnización por despido sin justa causa; pensión de jubila-

ción en la cuantía a que hubiere lugar, una vez cumplidos los sesenta años de edad; indemnización por merma de capacidad laboral a causa de enfermedad no profesional; y costas del juicio.

Sustentan esta demanda los siguientes hechos: el actor trabajó al servicio de la entidad demandada durante el tiempo comprendido entre el 22 de febrero de 1957 y el 7 de octubre de 1968, desempeñando el oficio de obrero, con un salario promedio de \$ 42.00 a \$ 44.00 diarios. El 5 de octubre de 1968, cuando se dirigía a un fundo de su propiedad, tuvo un incidente con el señor Fernando Vanegas, jefe de departamento en la fábrica de la empresa, que fue propiciado por Vanegas y que en ninguna forma ocurrió como este último lo relata. El día 7 del mismo mes fue llamado por sus superiores y despedido sin justa causa, en circunstancias de hallarse total y definitivamente incapacitado para trabajar, después de haber estado casi doce años al servicio de la demandada, en razón de todo lo cual estima tener derecho a ser reintegrado al mismo cargo que venía desempeñando, a que en caso de que el Juez no acceda a su reintegro se le pague la indemnización por despido sin justa causa y a que se le paguen las demás prestaciones impetradas, entre ellas la pensión de jubilación.

La parte demandada se opuso a la acción, pues aunque reconoce el vínculo labo-

ral existente con el demandante, afirma que éste fue depedido con justa causa después del atentado grave que Zapata Tangarife cometió contra el señor Vanegas, Jefe del Departamento de la fábrica.

El Juzgado Civil Laboral Municipal de Caldas (Antioquia) falló el negocio en primera instancia negando las peticiones principales de la demanda y en cuanto a las subsidiarias, condenó a la empresa a pagar al actor las sumas de \$ 1.433.70 por cesantía, \$ 472.65 por primas de servicio y \$ 293.99 por vacaciones las que serán cubiertas con el valor del depósito judicial hecho por la empresa.

Apelada esta decisión ante el Tribunal Superior de Medellín por la parte actora, tal corporación condena a "Locería Colombiana S. A." a pagar al demandante Zapata Tangarife la suma de \$ 2.925.39 por concepto de vacaciones, prima de servicios y cesantía, para cancelar la cual se entregará al demandante el depósito efectuado por el patrono; declara configurada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido en cuanto a la solicitud de indemnización por merma de capacidad laboral a causa de enfermedad no profesional; y absuelve a la compañía demandada de los demás cargos del libelo.

Contra la sentencia del Tribunal fue concedido el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante, que la Corte procede a examinar.

El Recurso:

Persigue el recurrente la casación parcial del fallo a fin de que se condene a la empresa al reintegro del trabajador y al reconocimiento de los salarios dejados de percibir. De no prosperar esta solicitud, pretende que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido y a la jubilación, una vez que el recurrente cumpla los sesenta años de edad.

Con este propósito formula contra el fallo cuatro cargos, subsidiarios en su orden, que la Sala pasa a estudiar.

Primer Cargo. — Se refiere al reintegro del trabajador y se hace consistir en la infracción directa en que incurrió el sentenciador del precepto legal contenido en el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965, el cual dispone que "antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el patrono debe dar oportunidad de ser oídos, tanto al trabajador inculpado como a dos (2) representantes del sindicato a que éste pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite".

En demostración del cargo el recurrente alega que la empresa no dió cumplimiento a este especial mandato, antes de proceder a la desvinculación de su operario Zapata Tangarife, tal como lo confirma la declaración de Alvaro Gómez Vélez, Presidente del Sindicato, quien afirma que la empresa no suele dar a sus trabajadores la oportunidad de hacer descargos. Adelanta el impugnador algunas consideraciones en torno al sentido y alcance de la disposición que se dice infringida, parangonándola con el artículo 413 del C.S.T. Expresa luego que en la carta de despido que obra en el expediente se observa cómo la empresa, para justificar el despido, invoca normas del Reglamento Interno de Trabajo, en armonía con preceptos sustantivos del Decreto 2351, art. 7º, más por parte alguna, al notificar la decisión de desvinculación unilateral, alude a que al trabajador se le diera ocasión de explicar la falta que se le imputa, ni se le brinda oportunidad de asesorarse por dos miembros de la organización sindical. Concluye expresando: "Si el trámite legal de que debe estar rodeado el despido no se ha cumplido y el fallador no ha tomado en cuenta la norma del Decreto 2351 de 1965, contenida en su artículo 10, de fuerza es concluir que ha incurrido en infracción directa de este precepto en el fallo que se impugna y por consiguiente, el quebrantamiento de la sentencia debe prosperar. Hay violación directa del texto legal citado, por el desconocimiento que ha tenido el fallador de un precepto claro, pues es manifiesta la ignorancia que sobre el mismo ha demostrado."

Se considera:

El cargo está planteado indebidamente, pues se le formula a través de cuestiones probatorias que son inconciliables con la infracción directa de la ley, concepto de violación que solo tiene lugar cuando el fallador se rebela contra una norma legal, o la ignora o desconoce, aplicándola a un caso no contemplado en ella o dejándola de aplicar al que ciertamente regula, más siempre con independencia de todo aspecto fáctico, pues la violación directa presupone el acuerdo entre el sentenciador y el recurrente sobre la realidad probatoria.

Además de este grave error de técnica que le resta viabilidad al cargo, el recurrente presenta en casación un medio nuevo, ni planteado ni controvertido en las instancias, cual es la cuestión de que el trabajador no fue oído por la empresa, ni se le dió oportunidad alguna de presentar sus descargos, ya directamente, ya por intermedio de dos afiliados al sindicato, de donde provino la infracción directa del artículo 10 del Decreto 2351 de 1965 que pretende el recurrente. Sobre este hecho u omisión nada se dijo, en efecto, a través de la litis contestación, ni nada se alegó ni probó durante las instancias, ni los falladores de primero o segundo grado se ocuparon del mismo. Como tantas veces ha dicho la Corte: "Medio nuevo en casación es aquel que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio y que no puede ser atendido en el recurso extraordinario por la sencilla razón de que esto equivaldría a modificar la relación jurídica procesal. Además, el recurso de casación ataca la sentencia de segunda instancia y si nada consideró ésta sobre el particular por haberse omitido por las partes su planteamiento es inadmisibles alegar en este estado una situación jurídica o un argumento que no tuvo oportunidad de conocer el fallador de instancia." (Sentencias, 9 de octubre 1947; 9 abril de 1948, 22 de noviembre de 1948; 26 de abril de 1952).

Se rechaza el cargo.

Segundo Cargo.— Subsidiario del anterior, se refiere al reintegro del trabajador y

al reconocimiento de los salarios dejados de percibir. Está fundado, por vía indirecta, en error de hecho tal como lo establece el artículo 23 de la Ley 16 de 1968 y se hace consistir en que la Sala sentenciadora "no apreció en toda su integridad el documento que obra en el expediente por medio del cual se le hacía saber al trabajador que se le desvinculaba de la empresa."

El recurrente admite expresamente que la sentencia se ocupa del mencionado documento para encontrar en el mismo una justa causa de despido, pero agrega que el adquem echa de menos la invocación que hace la Empresa del Reglamento Interno de Trabajo, para determinar cómo se ha aplicado una sanción disciplinaria, la máxima, sin dar la estricta aplicación que ordena el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965.

Se considera:

El artículo 23 de la Ley 16 de 1968 restringe drásticamente el recurso de casación laboral, por error de hecho, a la sola falta de estimación de documento auténtico. El recurrente acepta paladinamente que el Tribunal si tuvo oportunidad de ocuparse de la comunicación enviada por la empresa al trabajador y de examinarla para deducir de la misma las consecuencias que la sentencia extrae en relación a la justa causa que tuvo "Locería Colombiana S. A." para despedir a Zapata Tangarife. Por esta circunstancia, que es suficiente, no pudo darse la falta de apreciación del documento auténtico que sostiene el acusador y lo que pudo ocurrir, a juicio del mismo, sería solamente una errónea o indebida apreciación de la prueba, que es caso distinto de falta o carencia de apreciación. En efecto: si un documento dado es interpretado de manera incompleta o deficiente, o si la interpretación que merece difiere en el concepto que tiene el litigante y el que tiene el sentenciador, la cuestión se traduce, como es obvio, no en falta de estimación, sino en estimación indebida. Los dos aspectos son inconfundibles y entre ellos no caben sutilezas que vendrían a desvirtuar el rigorismo de la causal, tal como fue concebida por el legislador de 1968.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Tercero y Cuarto Cargos.—También subsidiarios de los anteriores, se les estudiará conjuntamente, porque ambos se basan, en su orden, en las mismas presuntas violaciones de la ley, directa e indirecta, planteadas, examinadas y rechazadas en los dos primeros cargos, solo que con la aspiración de sacar de su replanteamiento consecuencias distintas relacionadas con las acciones que el libelo contiene.

Conforme al tercer cargo, en efecto, pretende el impugnador que, si ocurrió la infracción directa del cargo primero, se condene a la empresa demandada, ya no al reintegro del trabajador, sino al pago de una pensión de jubilación exigible cuando el actor cumpla sesenta años de edad.

Y de acuerdo al cuarto cargo, si se considera que hubo lugar a la violación indirecta consistente en la falta de apreciación del ya mencionado documento auténtico, propone esta vez el recurrente, no la indemnización por despido injusto, sino el pago de la referida pensión de jubilación.

Pero es evidente que, siendo trasladables al examen de estos dos cargos finales las mismas consideraciones que han sido útiles para rechazar los dos primeros, el insuceso de los ahora planteados en subsidio resulta incontestable.

Se rechazan los cargos.

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.

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 Sala, dentro del sistema creado por el Decreto Ley N° 528 de 1964 y la Ley 16 de 1968, artículos 59 y 15 en su orden, ha venido aplicando en forma constante una reiterada jurisprudencia respecto a que la cuantía del interés económico para recurrir, cuando es la parte demandante quien interpone el referido recurso, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones del libelo de demanda que se pretenden obtener en el juicio y las decisiones del fallo de segunda instancia que se quiere impugnar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veinte de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta N° 46).

Se resuelve el recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial de José Muñoz Valbuena contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechado el 21 de mayo de 1970, por el cual negó el recurso de casación interpuesto por el mismo mandatario contra la sentencia de 30 de abril del año en curso, en el juicio ordinario de trabajo que le promoviera el mencionado Muñoz Valbuena a "Aerovías Nacionales de Colombia, S. A." —Avianca—, ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín a quien le correspondió en reparto.

I. - En el libelo inicial, el actor demandó el pago de cesantía, vacaciones y prima de servicios por el último año laborado; salarios desde el 20 de marzo hasta noviembre 22 de 1968; indemnización por despido sin justa

causa; indemnización de perjuicios causados por la terminación del contrato y tasados por el tiempo que permanezca cesante después de la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo"; indemnización moratoria y las costas judiciales, acciones cuya cuantía estimó en más de tres mil pesos.

II. - El Juzgado del conocimiento en sentencia de fecha 5 de febrero de 1970, condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la cantidad de \$ 5.312.11 y absolvió de costas.

III. - El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín conoció del proceso por apelación que interpusieron ambas partes y en sentencia de 30 de abril de 1970, confirmó el fallo del a-quo "con la reforma de que la Empresa "Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. —Avianca—, representada en esta ciudad por el señor Ricardo Restrepo Mejía, deberá pagar al demandante señor José Muñoz Valbuena, la cantidad de cinco mil quinientos cuarenta y un pesos con treinta y cinco centavos (\$ 5.541.35) en lugar de cinco mil trescientos doce pesos con once centavos (\$ 5.312.11) a que se le condenó en primera instancia". No impuso costas en la segunda instancia.

IV. - Contra la anterior providencia el demandante interpuso en tiempo recurso de casación que le fue negado por el Tribunal por auto de 21 de mayo de 1970, por considerar que no se cumple con el requisito de la cuantía del interés para recurrir.

V. - El mandatario judicial del actor solicitó reposición y las copias en subsidio, para acudir de hecho, alegando que las peticiones de la demanda "dan un total de \$ 52.970.00, lo cual cubre suficientemente el interés para recurrir"; súplicas que según su opinión deben ser liquidadas con base en un sueldo promedio mensual de \$ 1.098.98 y no con el de \$ 876.00 indicado en la demanda.

VI. - El Tribunal por auto de 25 de mayo del año en curso, mantiene la providencia recurrida, ordena compulsar las copias solicitadas y en él se expresa así:

"Efectivamente, al hacer las operaciones aritméticas tendientes a establecer la cuantía del interés que la parte actora tenga en el recurso de casación, la Sala tomó como base el salario indicado en la demanda. Pero a pesar de ello, y aún tomando en consideración el salario de \$ 1.098.98 a que se refiere el recurrente, y aceptando los cálculos señalados en el correspondiente escrito, tampoco la cuantía del interés en el presente caso ascendería a la suma de \$ 50.000.00. Porque aunque las operaciones realizadas arrojen un monto superior, de \$ 52.970.00, a esta cantidad, para el efecto conocido, hay que restarle la de \$ 5.541.35 que fue deducida en favor del demandante en el fallo de segunda instancia, quedando reducida entonces la suma anterior a la de \$ 47.428.65, lógicamente inferior a la que legalmente se exige para obtener la concesión del recurso."

VII. - Al sustentar el recurso de hecho ante esta Sala, el recurrente se remite al memorial petitorio de la reposición del auto del ad-quem que negó el recurso de casación, agregando:

"Ahora bien, ese monto total de \$ 52.970.00, como ya lo indiqué fué acogido

por el Tribunal, pero cometiendo esta Corporación el error de que a ese monto le dedujo la cantidad de \$ 5.541.35 como súplica favorable al demandante en la segunda instancia, cantidad ésta que no debió deducirse; por cuanto al hacer los cálculos de que ya hablé y que me dieron un monto total de \$ 52.970.00 no tuve en cuenta la petición relacionada con la indemnización por despido, (subraya el recurrente) en vista de que dicha súplica del libelo había sido despatchada favorablemente".

Se considera:

La Sala, dentro del sistema creado por el Decreto Ley N° 528 de 1964 y la Ley 16 de 1968, artículo 59 y 15 en su orden, ha venido aplicando en forma constante una reiterada jurisprudencia respecto a que la cuantía del interés económico para recurrir, cuando es la parte demandante quien interpone el referido recurso, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones del libelo de demanda que se pretenden obtener en el juicio y las decisiones del fallo de segunda instancia que se quiere impugnar.

En el caso sub-judice, la única parte recurrente lo es el demandante, quien impetró el reconocimiento y pago de cesantía, vacaciones, prima de servicios, salarios dejados de percibir durante la detención del demandante y en el lapso que no trabajó por "culpa del patrono" (marzo 20 a noviembre 22 de 1968), indemnización por despido sin justa causa, indemnización de perjuicios, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Teniendo en cuenta el tiempo de servicios (5 años 11 meses y 24 días), el promedio del último salario devengado (\$1.098.98), y el valor de las pretensiones computables hasta la fecha del fallo del Tribunal (Abril 30 de 1970), el valor de las condenas impetradas es el siguiente:

Petición 1ª:

a) Cesantía	\$ 6.577.53
b) Vacaciones	3.287.78

c) Prima de servicio del último año laborado\$ 1.098.98
 \$ 10.964.29 = 10.964.29

Peticiones 2ª y 3ª:

Salarios insolutos desde el 20 de marzo hasta el 21 de noviembre de 1968 (8 meses y 2 días) 8.865.11 = 8.865.11

Petición 4ª

Indemnización por despido sin justa causa (literal c) numeral 4 del art. 8º Decreto 2351/65 5.299.26 = 5.299.26

Petición 6ª:

Indemnización matoratoria (de nov. 22, fecha del despido, a abril 30 de 1970, fallo 2ª instancia) 18.682.66 = 18.682.66

Petición 5ª:

Indemnización de perjuicios causados por ruptura unilateral del contrato y tasados por el tiempo que permanezca cesante después de la ruptura unilateral e

ilegal del mismo (del 22 de noviembre hasta abril 30/1970, únicos datos de respaldo probatorio en el proceso; 17 meses y 9 días 18.682.66 = 18.682.66

Totales iguales ..\$ 52.493.98 = 52.493.98
 Menos condenas de fallo 2º grado\$ 5.541.35 = 5.541.35
 Saldos iguales ...\$ 46.952.63 = 46.952.63

Como se puede apreciar en el caso que ahora se ofrece a la consideración de la Corte, aplicando la reiterada jurisprudencia arriba expuesta, el interés que se estudia no alcanza la cuantía mínima que exige la ley para la viabilidad del recurso extraordinario de casación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por José Muñoz Valbuena contra la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. —Avianca—.

Comuníquese lo resuelto al ad-quem para que conste en autos y archívese el expediente.

Notifíquese, cópiese e insértese en la "Gaceta Judicial".

Juan Benavides Patrón, Jorge Gavtría Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO Y A TÉRMINO FIJO

A partir del Decreto 2351 de 1965, el contrato a término indefinido dura mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, y el de término fijó no puede ser inferior a un año.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E. veintiuno de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 46).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Gases del Caribe S. A. contra la sentencia dictada el 17 de diciembre de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el ordinario de trabajo que le promovió Pedro Iván Arango Meza.

En la litis el demandante pidió se le indemnizara por la terminación unilateral y sin justa causa que hizo la empresa el 28 de agosto de 1967 del contrato de trabajo que suscribieron el 9 de febrero del dicho año, bajo constancia de que los servicios venían prestándose desde el 1° del mismo mes, con periodo de prueba de dos meses, luego con un plazo indefinido de seis meses y por último con una duración fija de dos años, estipulación que por contradictoria debe entenderse en el sentido de un plazo de treinta meses o dos años y medio; el complemento de la cesantía y primas causadas por el lapso que se contrató y dejó de laborarse por la determinación patronal, todo con base en el sueldo fijo convenido de \$ 4.000

mensuales y un 2% de comisiones sobre ventas, y las costas del proceso.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor y el Juzgado Segundo Municipal Laboral de Cartagena, que fue el del conocimiento, desató la controversia en fallo de 2 de agosto de 1969 condenándola al pago de \$ 94.0000.00 por el concepto indemnizatorio primeramente indicado y a las costas del juicio. No hizo condena por los complementos prestacionales, por no corresponder a tiempo trabajado.

El Tribunal de Cartagena confirmó en todas sus partes la sentencia del a-quo, en la suya ya indicada, al conocer de la apelación que interpusieron ambas partes litigantes.

El Recurso Extraordinario.

Recibido en legal forma persigue el quebranto parcial del fallo del ad-quem, en cuanto condenó a pagar indemnización de perjuicios en cantidad de \$ 94.000.00 para que, con modificación de la de primer grado, se reduzca la dicha decisión a \$ 7.693.13.

Al efecto en cargo único formulado por la causal primera, acusa aplicación indebida de los numerales 2° y 3° del artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 en relación con los artículos 4° ibídem y 13, 14, 43 y 21 C. S. T., y falta de aplicación del literal a) del numeral 4° del artículo 8° de aquel Decreto en relación con los numerales 1° y 2°

del mismo artículo 8º y con el artículo 5º del Decreto en cuestión, infracciones en las que incurrió el fallador por errores evidentes de hecho. Estos consistieron en haber dado por demostrado, sin estarlo, que en el contrato de trabajo escrito que vinculó al demandante con la sociedad impugnadora, a partir del 1º de agosto de 1967 comenzó a regir un nuevo período que la empresa debe indemnizar a su ex-trabajador, período que fue establecido en dos años, y en no dar por demostrado, estándolo, que el término de duración de dicho contrato era indefinido cuando se produjo su terminación unilateral.

Como prueba mal apreciada se singulariza la cláusula cuarta del contrato escrito de trabajo cuyo párrafo segundo estableció que vencido el período de prueba se entendería celebrado, el dicho vínculo entre las partes, por plazo indefinido hasta completar seis meses a partir de la fecha de ingreso, del trabajador, y cuyo párrafo tercero agregó, en grave contradicción con lo anterior, que vencido ese semestre el contrato tendría una duración fija de dos años, prorrogables por períodos iguales si las partes no decidían darlo por terminado al vencimiento de cada uno de ellos. Sostiene el recurrente que esta cláusula cuarta contraría la preceptiva del inciso 2 del artículo 5º del decreto 2351 de 1965, pues estipula un término indefinido sujeto a duración determinada, de seis meses primero y de dos años después, y afecta, además, el derecho del trabajador a que su contrato durase al igual que las causas que le dieron origen y materia, no pudiendo producir efecto alguno conforme a los textos 13, 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo. Y con hermenéutica menos rigurosa, la contradicción que contiene en sus párrafos segundo y tercero debe resolverse con prevalencia de la duración indefinida.

El opositor replica que no hubo error alguno y la sentencia se ajusta a las prescripciones de ley.

Se considera:

La cláusula contractual sobre que versa el recurso es del siguiente tenor:

“Cuarta: El presente contrato se entiende celebrado en período de prueba durante los primeros sesenta (60) días de su vigencia. Vencido este término se entenderá celebrado por plazo indefinido hasta completar seis (6) meses a partir de la fecha de ingreso del trabajador al servicio de la Compañía. Vencido este semestre, tendrá una duración fija de dos (2) años, prorrogables por períodos iguales si las partes no deciden darlo por terminado al vencimiento de cada uno de ellos.”

Con base en ella el a-quo entendió que se pactó, primero, una duración de seis meses, incluido el período de prueba, y luego un plazo de dos años, por lo que, iniciado el vínculo el 1º de febrero de 1967 y terminado sin justa causa por el patrono el 16 de agosto del mismo año, faltaban “dos años menos quince días” para el vencimiento de su término fijo.

El Tribunal acogió esta apreciación probatoria y sus conclusiones en derecho, a términos de los numerales 2 y 3 del artículo 8º del decreto 2351 de 1965, confirmando la condena indemnizatoria por los salarios del tiempo que faltaba para que se cumpliera el plazo estipulado, si bien su decisión no contiene ningún aparte que la motive en estos puntos, ya que todas sus consideraciones recayeron sobre otros aspectos de la litis y, en especial, sobre el cómputo del período de prueba en el plazo inicial de seis meses.

Sin embargo esa definición judicial dio a la cláusula transcrita, como lo había hecho el a-quo, el entendimiento de que, por ella, se fijó al contrato una duración de dos años a partir del 1º de agosto de 1967, y le negó la duración indefinida que resultaba de sus términos contradictorios e ilegales. Pues a partir del Decreto 2351 de 1965, bajo cuya vigencia fue celebrado el de autos, el contrato a término indefinido dura mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, y el de término fijo no puede ser inferior a un año, por todo lo cual la estipulación “por plazo indefinido hasta completar seis meses”, a más de incongruente resultaba legalmente ineficaz y no podía servir de base para el cómputo de

un nuevo plazo de dos años, a partir de su vencimiento. La consecuencia no puede ser otra que la del contrato de duración indefinida que afirma el recurrente, con las violaciones que presenta su demanda de casación.

Ni se arguya que la intención verdadera de las partes fue la de celebrar un contrato por dos años y medio, término éste que si autoriza el legislador, pues tal exégesis solo aparecería al vencimiento de los primeros seis meses fijados como "plazo indefinido", con quebranto de la lógica y aceptación de un término ineficaz ante la ley.

Por todo lo cual se configuran los errores acusados en el recurso, y ha de quebrantarse la sentencia para que en la decisión de instancia subsiguiente, con fundamento en los hechos no impugnados del despido injusto y del salario de \$ 5.128,75 mensuales que devengaba el trabajador, la indemnización que procede con sujeción a la tarifa del artículo 8º del decreto 2351 de 1965, numeral 3, letra a), es de \$ 7.693.13, como lo pide el acusador. La materia de costas se regulará en consecuencia.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia acusada en cuanto confirmó la condena indemnizatoria de primer grado en cantidad de noventa y cuatro mil pesos (\$ 94.000.00) y en decisión subsiguiente, con reforma de aquélla, reduce la dicha condena a la suma de siete mil seiscientos noventa y tres pesos con trece centavos (\$ 7.693.13). No la casa en lo demás.

Sin costas en la alzada y en el recurso extraordinario.

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 21 de agosto de 1970, HOMOLOGA el laudo arbitral pronunciado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el conflicto colectivo suscitado entre la Sociedad Importadora y Distribuidora Automotora S. A. Sidauto S. A. y el Sindicato de sus trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto, veintiuno de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 32).

Por resolución número 0313 de 13 de marzo de 1970 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social decidió “convocar un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, para que estudie y decida el diferendo laboral existente entre la Empresa Sidauto S. A. y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Sidauto S. A.”, Tribunal que fue integrado con Antonio Giraldo Yepes, por la Empresa, Aristóbulo Marciales, por el Sindicato, y, Carlos Echeverri Herrera, por el Ministerio.

Instalado en debida forma y luego de largas deliberaciones, que lo llevaron a solicitar dos prórrogas, concedidas por resoluciones números 0465 y 0660 de 20 de abril y 20 de mayo, respectivamente, de este año, produjo, en tiempo, por mayoría de votos, el laudo arbitral de 16 de junio del que corre, contra el cual interpuso el representante del Sindicato recurso de homologación, que no fue sustentado, no obstante la constitución y el reconocimiento de apoderado para tal objeto.

Procede, pues, a decidirlo la Sala, con base en las siguientes consideraciones:

El motivo de inconformidad de los trabajadores con el Laudo en estudio, y que presumiblemente originó la interposición del presente recurso, fue concretada por su representante en el Tribunal de Arbitramento “a la jornada de trabajo y a la modalidad de pago del trabajo de los conductores”, según consta de su salvamento de voto, en el que sustenta así sus puntos de vista al respecto:

“Si bien es cierto que la jornada se fijó en 10 horas diarias, con lo cual se avanzó, por cuanto eliminó la jornada indefinida e inhumana que ha venido rigiendo para los choferes, yo no podía amparar el desconocimiento del derecho de los conductores, consagrado en convenios internacionales firmados y ratificados por Colombia, que imponen una jornada máxima de (8) horas diarias, que ha costado tanta sangre, tanta lagrима y tanto sacrificio al proletariado mundial. El trabajo de los conductores de servicio público, especialmente del servicio de buses urbanos, no es intermitente, ni discontinuo. Por el contrario es permanente, constante, sin descanso. Es un trabajo arduo, que mantiene en tensión los nervios y todo el organismo del conductor. Por ello, su jornada máxima debe ser de ocho (8) horas diarias.

“Asimismo, la modalidad de pago que corresponde, es la de salario fijo, y no por porcentaje o comisión, según el número de pasajeros que transporte. El trabajo, el esfuerzo del conductor no depende del número de pasajeros transportados. Su gasto de fuerza de trabajo, la pérdida de energías, las necesidades del conductor, no son menores si disminuye el número de pasajeros transportados. Los patronos están obligados a pagar un salario que corresponda al gasto de energías y a la satisfacción de las necesidades elementales de los conductores. Por ello voté negativamente todas las disposiciones del laudo vinculadas a la jornada de trabajo y a la forma de pago del salario.

“Además, no se presta un servicio a la ciudad si persistimos alentando la llamada guerra del centavo, que viene haciendo mucho daño a la ciudadanía en general, y a los conductores, en particular. La remuneración debe determinarse en razón del tiempo empleado en el trabajo, no, ni en manera alguna, por el número de pasajeros que se quiten los unos a los otros, en peligrosa competencia, que amenaza la vida de las gentes, para provecho de los propietarios de vehículos”.

Halla la Corte muy bien fundadas las razones que acaban de copiarse; pero dentro de sus facultades legales de homologación de un laudo arbitral, no cabe atender argumentos de conveniencia, sino de índole constitucional o legal y lo previsto en el Laudo respecto del punto primero, se ajusta al literal d) del artículo 162 del C. S. del T., que establece:

“1º.—Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) b) c) d). - Los choferes mecánicos que presten sus servicios en empresas de transportes de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración...”.

Y en cuanto al segundo motivo de inconformidad, el pago de salario a destajo, o por tarea o mediante porcentaje se acomoda también al artículo 132 de la misma obra, que consagra esta facultad:

“132.—El patrono y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales” y la modalidad de salario estipulada en el Laudo es la misma que había sido pactada por las partes en la Convención Colectiva de 1967 y que por auto de 17 de julio pasado se solicitó al Ministerio de Trabajo, el que la envió oportunamente.

Por lo que hace, pues, a la jornada de trabajo y a la modalidad de su remuneración no son ilegales las disposiciones respectivas del fallo recurrido, que son las contenidas de manera fundamental en los artículos 1º y 2º y en forma complementaria por los siguientes hasta el 8º, inclusive.

Y en cuanto a los restantes, examinados oficiosamente por la Sala no aparece ninguno de ellos contrario a la constitución o a la ley, pues dicen relación a cuestiones de índole económica y es sabido que en esta materia debe respetarse el criterio de los arbitrales, sin que le sea dable a la Corte invalidarlos, salvo casos de manifiesta o protuberante inequidad, como lo ha explicado en numerosas sentencias, con base en la naturaleza del arbitramento obligatorio, en el papel de los árbitros y en las finalidades del recurso de homologación.

De esta regla ha exceptuado en las mismas doctrinas aquellas disposiciones que crean obligaciones extralegales para las empresas y que éstas no hayan pactado en convenciones anteriores con sus trabajadores. Pero en el presente Laudo, las que pudieran revestir ese carácter, que serían la del artículo 12, sobre primas de servicio, y la del 20, relacionada con permisos sindicales, no son otra cosa que ampliación o modificación de lo previsto sobre los mismos temas por los artículos 5º, y 15 y 16 de la Convención Colectiva que substituye en gran parte el Laudo que se estudia.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Labo-

ral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, homologa el Laudo Arbitral pronunciado el 16 de junio del año en curso para dirimir el conflicto colectivo suscitado entre la Sociedad Importadora y Distribuidora Automotora S. A. "Sidauto" S. A." y el Sindicato de sus trabajadores.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su custodia y demás efectos legales.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 21 de agosto de 1970, HOMOLOGA el laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para decidir el conflicto colectivo surgido entre el Banco de la Sabana y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de la Sabana.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 46).

1. - Por Resolución número 0090 de 27 de enero del año en curso el Ministro de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, para que estudiara y decidiera el diferendo laboral existente entre el Banco de la Sabana y el Sindicato del mismo, originado en pliego de peticiones que éste le presentó el 1º de julio de 1969, y que no fue resuelto en ninguno de sus puntos en las etapas de arreglo directo y de conciliación.

2.—Posteriormente el mismo Ministerio integró el antedicho Tribunal, por Resolución número 0271 de 11 de marzo de 1970, organismo que se instaló en esta ciudad, domicilio de las partes en conflicto, el 18 de ese mismo mes, y que profirió el laudo correspondiente el 29 de mayo último.

3. - La providencia arbitral fue recurrida en homologación por la entidad bancaria y

habiéndosele concedido este remedio extraordinario, el 6 de julio próximo pasado, la Sala debe resolverlo.

4. - El estudio, para este efecto, se adelantará en examen general de sus asuntos, porque el Banco recurrente no lo ha sustentado en forma alguna, por lo cual se desconocen los motivos que lo hubiesen determinado a impugnar el laudo referido.

5. - La sentencia arbitral aparece dictada en tiempo, por virtud de prórrogas sucesivas que le fueron dispensadas al Tribunal mediante Resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, distinguidas con los números 0388, 0531 y 0659 de fechas 3 de abril, 5 de mayo 29 de mayo, respectivamente, todas de 1970.

6. - Los ordenamientos 1º y 2º del laudo fijan el salario mínimo de los trabajadores del Banco y los aumentos de salario que los árbitros estimaron equitativos, disposiciones de carácter económico propias del ámbito del Tribunal y acerca de las cuales, por otra parte, la Sala no dispone de elementos que permitan descalificarlas como contrarias a la equidad, ni nada se le ha alegado al respecto.

7. - Los ordenamientos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º versan sobre "prima para disfrute de vaca-

ciones", "prima de antigüedad", "primas semestrales" y "préstamos para vivienda", prestaciones extra-legales que no se exhiben violadoras de la Constitución ni de la ley y que responden a los objetivos naturales de las aspiraciones de los trabajadores, sin que, por otra parte, exista acerca de ellas y de sus cuantías motivo de inequidad.

8. - El artículo 8º excluye de los efectos del Laudo a los trabajadores cuyos contratos de trabajo con el Banco hubiesen terminado antes de la fecha de su notificación, y claramente esta disposición es lícita.

9. - Los artículos 9º y 10 rezan así:

"Los aumentos de salarios concedidos por el Banco de la Sabana según el Pacto Colectivo de Trabajo suscrito el 2 de febrero de 1970 se imputarán a los establecidos en el presente laudo arbitral.

"Los trabajadores del Banco de la Sabana a quienes legalmente sea aplicable este Laudo Arbitral quedarán sometidos totalmente a sus disposiciones, con exclusión de las contenidas en cualquier Pacto o Convención Colectiva".

De estas regulaciones solo es necesario observar que la materia de la aplicación del laudo se gobierna legalmente, como la de las convenciones, por los textos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, y que a ellos seguramente alude la disposición arbitral últimamente transcrita, resultando lógica su exclusión, para los mismos trabajadores que le son sujetos, de toda norma contenida en cualquier pacto o convención, como aparece igualmente correcto el ordenamiento acerca de que si algún trabajador ha re-

cibido aumento de salario por el Pacto Colectivo suscrito con la empresa el 2 de febrero de 1970 tal aumento se impute al que establece el laudo, en el bien entendido de que éste sea mayor y el trabajador sea o llegue a ser sujeto de la decisión arbitral.

10. - Finalmente son claros y ajustados a derecho los artículos 11 y 12 del laudo que disponen negados los demás asuntos del pliego de peticiones no contemplados en la sentencia arbitral, pues ésta se produce para decidir todo el conflicto, y sobre vigencia del laudo, respectivamente, ya que la fijada está contenida en las previsiones del legislador.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Homologa el laudo dictado el 29 de mayo de 1970 por el Tribunal de Arbitramento obligatorio que convocó el Ministro de Trabajo y Seguridad Social por Resolución N° 0090 de 27 de enero de 1970, para decidir el conflicto colectivo surgido entre el Banco de la Sabana y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de la Sabana, objeto del presente recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, deposítense esta sentencia y el laudo homologado en el Ministerio del ramo y confíesele el expediente para su archivo. — Insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTINUADA SUBORDINACION O DEPENDENCIA

Sólo, quien está obligado a obedecer los mandatos de otro, presenta explicaciones cuando no puede cumplir alguno que se le imparta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. agosto veintiuno de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 32).

En demanda repartida al Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá, María Soledad Choachí Clavijo, mediante apoderado, solicitó que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (previa declaración de que entre ambas se configuró un contrato de trabajo), fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones causadas, y no disfrutadas, primas de navidad, remuneración por trabajo en dominicales y festivos, indemnizaciones por lucro cesante y por mora en el pago de salarios y prestaciones, además de las costas del juicio.

Como fundamento de las súplicas antedichas manifestó la actora que entre ella y la demandada se suscribió un contrato para la prestación de sus servicios en la atención del teléfono de larga distancia de la población de Chía, contrato que se cumplió entre el 29 de mayo de 1956 y el 6 de septiembre de 1965, fecha en la cual, "sin que mediara causa justificativa de ninguna especie", fue terminado en forma unilateral por la Empresa; que su remuneración fue en promedio de un mil pesos mensuales y que ésta se ha negado a reconocerle y pagarle las prestaciones, indemnizaciones y salarios que reclama.

Al contestar la demanda, por Procurador Judicial, la Empresa negó los hechos sustentantes de la acción y afirmó que la actora "no ha tenido nunca la calidad de funcionario público y no ha estado vinculada a la Empresa a través de una relación de trabajo", sino que con la demandante "celebró un contrato administrativo en virtud del cual obtuvo de ella la cooperación para el mejor funcionamiento de los servicios públicos de la localidad de Chía (Cundinamarca)".

El a-quo desató el litigio por sentencia de 4 de febrero del año en curso, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

"Primero.—Declárase que entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y la señorita María Soledad Choachí Clavijo existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

"Segundo. — Condénase a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones representada por el doctor Francisco Lozano V., o por quien haga sus veces, a pagar a la demandante, señorita María Soledad Choachí Clavijo, de condiciones civiles conocidas de autos, las siguientes cantidades:

"a) La suma de Siete mil ochocientos setenta y seis pesos con sesenta y cuatro centavos (7.876.64) M/Cte., por concepto de cesantía;

"b) La suma de Trescientos noventa y seis pesos con setenta y tres centavos (\$396.73) M/Cte., por concepto de vacaciones;

"c) La suma de Setecientos noventa y tres pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 793.46) M/Cte., por concepto de prima de navidad;

"d) La suma de tres mil novecientos cuarenta pesos con sesenta centavos (\$3.940.60) M/Cte., por concepto de lucro cesante; y

"e) La suma de veintiseis pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$ 26.44) M/Cte., diarios, a partir del primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y hasta la fecha en que se cancele a la demandante el valor de las condenas a que se contrae al presente fallo.

"Tercero. — Absuélvese a la entidad demandada de las restantes súplicas de la demanda.

"Cuarto. — Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

"Quinto. — Costas a cargo de la parte demandada en un 70%".

Apelada esta sentencia por el apoderado de la demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso en fallo de 18 de marzo del año que corre, por el cual confirmó el del inferior, excepto en cuanto a la terminación del contrato de trabajo, que fijó en 6 de septiembre de 1965 y en lo relativo a la indemnización por lucro cesante, la que graduó en \$ 2.168.79.

Por apoderado judicial la empresa interpuso el recurso de casación y presentó la respectiva demanda, oportunamente replicada por la parte actora, mediante la cual pretende lo que se copia:

"Aspiro a que la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia sujeta a gravamen: 1º en cuanto a su declaratoria de haber existido un contrato laboral entre las partes, a sus condenas por cesantía, compensación de vacaciones, prima de navidad, lucro cesante y "salarios caídos", y a su de-

claratoria de no haber encontrado probadas las excepciones propuestas, para que, en su defecto, como ad-quem, revoque la del a-quo sobre los mismos aspectos, y, previa declaración de inexistencia de tal contrato laboral, absuelva a mi representada de las condenas dichas o en cuanto a sus condenas por cesantía, lucro cesante y "salarios caídos" para que, en su lugar, como tribunal de instancia, revoque la del a-quo sobre los mismos conceptos y absuelva a mi comitente de esos extremos; y b) en subsidio de las peticiones anteriores, en cuanto condenó a mi procurada a pagar "salarios caídos" desde el 1º de enero de 1965, para que, en su reemplazo, modifique la del a-quo sobre el mismo concepto en el sentido de fulminarlo sólo desde el 6 de diciembre de 1965".

En busca de este fin formula los cargos que se estudian a continuación:

"Primer cargo.

Acuso tal sentencia de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º de la ley 6ª de 1945 y 1º, 2º, 3º, y 4º del Decreto 2127 de 1945; 19 del Decreto 1684 de 1947 y 94 del Decreto 1635 de 1960; 2º de la ley 28 de 1943, 3º de la ley 22 de 1945, 6º del Decreto 1080 de 1947, 17, letra a), de la ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2567 de 1946, 2º de la ley 65 de 1946, y 1º del Decreto 1160 de 1947; 1º de la ley 45 de 1945, 1º 2º, 3º y 4º del Decreto 2665 de 1955; 2º de la ley 72 de 1931, 10 de la ley 263 de 1938 y 1488, 1491, 1492 y 1496 del Decreto 1418 de 1945; 11 de la ley 6ª de 1945 y 51 del Decreto 2127 de 1945, y 11 de la ley 6ª de 1945 y 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949.

A estas violaciones llegó el sentenciador de segundo grado como consecuencia de errores evidentes de hecho originados en la equivocada apreciación de los documentos visibles a folios 4 a 6 y 7 a 15 y de la inspección ocular (folio 56) y en la falta de estimación de los documentos que obran a folios 2 y 71 y de la absolución de posiciones a que fue sometida la actora (folios 63 a 66).

"Los errores evidentes de hecho son:

"a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que en la vinculación que existió en-

tre María Soledad Choachí Clavijo y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) se dieron los elementos configurativos de un contrato de trabajo”.

Sustenta este ataque diciendo que “el documento que corre a folios 4 a 6, en que se apoyó exclusivamente el ad-quem para llegar a esa conclusión (la existencia del contrato de trabajo), no la abona en absoluto”, pues “una cosa es que la demandante hubiera cumplido personalmente las obligaciones que contrajo y otra muy distinta que hubiese estado en posibilidades de evacuarlas a través de terceras personas” sin que énerve esta posibilidad la prohibición de cederlo o traspasarlo inserta en la cláusula 7ª del contrato celebrado entre las partes.

Hace ver que en la ejecución de su contrato la actora se valió de “la actividad personal de un mensajero nombrado y remunerado libremente por ella” “según lo confiesa al responder la 6ª pregunta del pliego de posiciones” y que esta circunstancia denota “que se trataba de un contratista independiente, pues una facultad tal (la de nombrar y retribuir libremente el mensajero) no se compadece, ciertamente, con la condición de trabajadora subordinada que le atribuye la providencia recurrida”.

Agrega que el que se hubiese obligado a responder de los productos del servicio telefónico objeto del contrato y a rendir cuenta de ellos y el que tuviera que cobrar a los usuarios del servicio las tarifas fijadas por la Empresa, tampoco son señal de que se trataba de un contrato de trabajo, pues esas son cláusulas “propias de todo contrato por cuya virtud una de las partes maneje dineros de la otra” y que, además, “son de la esencia de esta clase de contratos administrativos”.

Luego de algunas consideraciones para tratar de establecer que no se reúnen en el contrato discutido los elementos del de trabajo, concluye así la sustentación de este cargo:

“b) Para el supuesto improbable de que la Honorable Corte Suprema de Justicia considere que no se cometió el error evidente

de hecho a que me he venido refiriendo, haber dado por demostrado, sin estarlo, que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) procedió de mala fe al negarse a reconocer y pagar a María Soledad Choachí Clavijo la cesantía, las primas, las vacaciones y el lucro cesante reclamados por élla.

“Conforme a lo expuesto inmediatamente atrás, no es cierto que de la sola lectura del documento de folios 4 a 6, contenido del contrato que presidió las relaciones de las contendientes, se deduzca inequívocamente que éste fue de trabajo, pero menos que lo que movió a mi mandante a suscribirlo hubiese sido su deseo de disfrazarlo con el ropaje jurídico de otro distinto, que privara a la demandante “de todos los beneficios, de todo el amparo previsto en la Constitución y en las Leyes”.

“Tampoco es cierto que no haya en el juicio hechos concretos que fundamenten, con razones atendibles, valederas, la negativa iterada de mi procurada a reconocer la existencia del contrato de trabajo y de las obligaciones consiguientes.

“Tales hechos y razones ha debido deducirlos el sentenciador de segundo grado del análisis correcto de las pruebas que dejó de apreciar o que no apreció bien, por haberse dejado influir por la tesis —que no compromete a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) esgrimida por su apoderado para sustentar la apelación”.

Objeta el opositor a los razonamientos anteriores que el ad-quem no sólo fundó su conclusión favorable a la existencia del contrato de trabajo en el documento de folios 4 a 6, sino en declaraciones de testigos, que no pueden ser objeto de demanda de casación y que no aparece ostensible o evidente el error que se le atribuye por el casacionista.

La Sala, para resolver, considera:

Es cierto, en primer término, que uno de los apoyos de la sentencia acusada es la prueba testimonial, cuya estimación es hoy intocable en este recurso extraordinario, como aparece del siguiente pasaje de la misma:

“Ahora bien, no hay duda de que en el sub-lite se estableció una relación de trabajo personal, por cuya virtud la demandante le prestó sus servicios personales, como telefonista de larga distancia, a la empresa, según lo aseveran los testigos Sixto A. Luque (fls. 36 a 39), Flor Elva García de Barragán y José María Garzón, cuyo dicho es muy atendible dado que el primero trabajó varios años en la oficina contigua a la de la actora, la segunda era empleada de Telecom y como tal la reemplazó cuando la discutida relación terminó y el tercero le practicó visita en su carácter de funcionario de la empresa; y estos hechos aparecen corroborados con las documentales que obran a folios 7 a 15, 69 y 70 y con la inspección ocular (fl. 56)”.

En segundo lugar, es indudable que el contrato que aparece a los folios 4 a 7 del cuaderno principal es susceptible de la interpretación que le dieron los juzgadores de instancia, sin violentarlo, sin hacerle decir cosa distinta de lo que obviamente se deduce de sus cláusulas, a tal punto que el propio apoderado de la Empresa, en su alegato para sustentar la apelación de la sentencia de primer grado, asienta lo que sigue:

“Es sabido asimismo, que la administración pública para la gestión de gran número de negocios y para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, celebra los llamados contratos administrativos, entre los que se cuenta el de prestación de servicios. Este contrato, posee características que le hacen similar al llamado contrato de trabajo, pues se trata de la cooperación que presta una persona en el funcionamiento u organización de un servicio público, (lo que genera una actividad personal), sujetas a las reglamentaciones del servicio público (que genera subordinación) y con la percepción de un precio (que bien puede llamarse remuneración)”.

Es claro, por tanto, que al encontrar el sentenciador configurados los elementos de uno de trabajo en el “contrato por atención del servicio de teléfonos a larga distancia”, como se titula el que suscribieron las partes de este juicio, no incurrió en el vicio que le

atribuye el impugnante, pues es sabido que “el error de hecho manifiesto en materia de estimación o interpretación de un contrato, según reiterada doctrina, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice o cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o la negación palmaria de sus voces objetivas” y que “respecto de estos errores es doctrina constante la de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que ésta solo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso; que cuando una cláusula puede prestarse a varias interpretaciones, la adopción por parte del juzgador de cualquiera de ellas, no genera error evidente, porque donde hay duda no puede ocurrir error manifiesto en la apreciación” (Véase sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1968 —Cejanese Colombiana S. A.).

Dedúcese de lo dicho que las hábiles argumentaciones del casacionista para mostrar una interpretación del citado contrato diferente de la que le dieron los juzgadores de instancia, es cuestión de criterio, de juicio subjetivo; pero no muestran de modo objetivo el error manifiesto que se requiere para la casación de un fallo de segundo grado. Esto, sin tener en cuenta, que habiéndose apoyado también el sentenciador en la prueba testimonial y no siendo ésta susceptible de revaloración en el recurso extraordinario, el sólo análisis de los medios probatorios documentales no podía traer por consecuencia la invalidación de la sentencia recurrida, pues ésta, según aparece claro del pasaje pertinente arriba transcrito, estimó en conjunto todas esas probanzas y de la coordinación de unas y otras llegó a la conclusión censurada por el impugnante. De allí que en tal pasaje, luego de referirse a los testigos que cita, afirma...

y estos hechos aparecen corroborados con las documentales que obran a folios 7 a 15, 69 y 70 y con la inspección ocular (fl. 56)”.

Y en cuanto a la prueba de confesión que el casacionista señala como no apreciada y

que en realidad no mencionó el Tribunal, no tiene el alcance que aquel le otorga, pues si bien es cierto que la actora al responder la pregunta 6ª del pliego de posiciones acepta que estaba facultada para designar libremente un mensajero y para cubrirle su remuneración, también lo es que reiterada doctrina de esta Sala ha hecho ver que no empece a la prestación personal del servicio el que el trabajador concurra con ayudantes suyos y que el haberlo prestado la actora personalmente es hecho tan protuberante que el propio casacionista lo acepta en la sustentación de este cargo, haciendo un sutil distingo entre la prestación real del servicio y la posibilidad de que hubiera podido hacerlo por terceras personas, diciendo: "En efecto, una cosa es que la demandante hubiera cumplido personalmente las obligaciones que contrajo (subraya la Sala) y otra muy distinta, que hubiese estado en posibilidad de evacuarlas a través de terceras personas, conforme a la cláusula 3ª del contrato que celebró."

En estas condiciones, es claro que si el hecho evidente fue que la demandante desempeñó por sí misma las labores para que fue contratada, no puede atribuirse a error manifiesto del sentenciador al haber tenido tal hecho como uno de los elementos configurativos del contrato de trabajo.

Cosa similar ocurre con la carta del folio 71 que se indica como tampoco tenida en cuenta por el Tribunal y de la que el recurrente afirma que "constituye un acto de autonomía incompatible con la condición de dependiente que éste (el fallo acusado) le apareja". Pero tal comunicación objetivamente considerada, muestra lo contrario de lo que el impugnante pretende. En efecto: la actora responde la circular DC/SA Nº 005 de 1º de noviembre de 1961, (que no aparece en los autos, pero que, por su carácter debió ser dirigida a todos los trabajadores encargados de los teléfonos de larga distancia) y en tal respuesta hace ver cómo no siempre le es posible hacer consignación diaria de los dineros que recibe por la prestación de aquel servicio. Arguye al respecto tres razones: a) "Los pagos los hacen los

suscriptores cada mes"; b) "Otros días entran dineros que no alcanzan a deducir el porcentaje de la agente y del mensajero", y, c) "Otros en que sacando los gastos diarios quedan disponibles unos pocos pesos que no valdrian la pena consignar".

Esta carta lejos de desvirtuar la subordinación de la demandante, la confirma, pues de un lado, la Empresa da orden de consignar diariamente las sumas recibidas por sus agentes, cosa que no podía hacer si éstos no le estuvieran subordinados o fuesen contratistas independientes, y de otro, al responder la trabajadora indicando las razones por las cuales "se ve en la imposibilidad de cumplirla", acepta su dependencia de la demandada, ya que sólo quien está obligado a obedecer los mandatos de otro presenta explicaciones cuando no puede cumplir alguno que se le imparte.

De lo expuesto hasta aquí surge claro que no incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto o evidente al considerar que el contrato celebrado entre las partes de este juicio fue de trabajo, razón por la cual no prospera la primera acusación formulada en este cargo.

La segunda, íntegramente transcrita, tiende a que se descarte la condena por indemnización moratoria, sobre la base de que la empresa no procedió de mala fe al negar el carácter de laboral al tantas veces citado contrato "administrativo" y al no haber pagado a la terminación del mismo las prestaciones sociales reclamadas.

Considera, para resolver, la Sala que tampoco aparece yerro manifiesto o evidente del sentenciador al juzgar la conducta de Telecom en este asunto, diciendo:

"No basta, pues, con que el empresario discuta la existencia de esas obligaciones, sino que es menester que la controversia se justifique al menos en principio, que haya verdaderos y razonables motivos de duda...

"En este orden de ideas, no se encuentra realmente justificación para la continua negativa de la empresa a reconocer las pres-

taciones sociales del trabajador. Sería admisible que lo hubiera considerado, también erróneamente, como empleado público, porque dentro del orden jurídico existe tal posibilidad. Pero lo que no se puede aceptar es el invento de un convenio no consagrado por el derecho positivo, que contraría visiblemente todos sus lineamientos, y cuya única finalidad era privar al trabajador de todos los beneficios, de todo el amparo previsto en la constitución y las leyes. Y para explicar semejante conducta no se ha presentado una sola razón de duda apoyada en hechos concretos o en preceptos que pudieran conducir al error...".

Estas consideraciones del Tribunal son clarísimas para no exonerar de la sanción moratoria a la Empresa, ya que nos hallamos frente a un contrato escrito en el cual se reúnen todos los elementos del de trabajo, a tal punto que, según se transcribió arriba, el propio apoderado de aquella así lo acepta; no obstante lo cual hace una serie de malabarismos jurídicos para tratar de desvirtuar su carácter llamándolo: "Contrato administrativo de prestación de servicios", respecto del cual afirma a renglón seguido "Los elementos que parecen configurar un contrato de trabajo, que fueron tenidos presentes por el Juez 4º Laboral, son propios del citado contrato de prestación de servicios", olvidando aquel principio elemental de lógica, según el cual dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí.

Consideración semejante puede hacerse con la contestación de la demanda, cuando en ella se asienta: "Con la hoy demandante, señorita María Soledad Choachí, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones celebró un contrato administrativo en virtud del cual obtuvo de ella su cooperación para el mejor funcionamiento de los servicios públicos de la localidad de Chía. La mencionada señorita no ha tenido nunca la calidad de funcionario público y no ha estado vinculada a la Empresa a través de una relación de trabajo", ya que es obvio, que a una institución oficial sus trabajadores permanentes solo pueden estar unidos por una situación legal y reglamentaria o por un contrato laboral, salvo el caso de los con-

tratistas independientes, calidad que en ningún momento del juicio fue siquiera insinuada por la Empresa respecto de la actora y que si bien se afirma en la demanda de casación, no tiene apoyo valedero en los autos, fuera de que sería un medio nuevo inaceptable en el recurso extraordinario.

Por último, es conveniente rechazar el concepto emitido por el casacionista al final de la sustentación de este cargo, según el cual "no compromete a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, la tesis esgrimida por su apoderado al sustentar la apelación", pues es contrario a las normas legales y a la doctrina universal por las cuales se rige el contrato de mandato.

En consecuencia, no prospera este cargo.

El segundo está concebido en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia recurrida de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 19 del decreto 1684 de 1947 y 94 del decreto 1635 de 1960; 2º de la ley 28 de 1943, 3º de la ley 22 de 1946, 6º del decreto 1080 de 1947, 17, letra a), de la ley 6ª de 1945, 1º del decreto 2567 de 1946, 2º de la ley 65 de 1946 y 1º y 6º del decreto 1160 de 1947; 11 de la ley 6ª de 1945 y 51 del decreto 2127 de 1945; y 11 de la ley 6ª de 1945 y 1º de la ley 6ª de 1945 y 1º, parágrafo 2º, del decreto 797 de 1949.

"A estas violaciones llegó el fallador de segunda instancia a consecuencia del error evidente de hecho en que incurrió al apreciar la diligencia de inspección ocular visible a folio 56 del expediente, error que lo condujo a dar por demostrado, sin estarlo, que el último salario devengado por la actora fue de \$ 793.46 mensuales o de \$ 26.44 diarios.

"Ocurre —lo que no se discute— que la vinculación de ésta con mi procurada se prolongó hasta el 6 de septiembre de 1965, de un lado; y, de otro, que la mencionada diligencia de inspección ocular solo acredita que la sedicente extrabajadora devengó la suma de \$ 9.521.53, o sea un promedio mensual de \$ 793.46 o un promedio diario

de \$ 26.44, en un lapso de 1 año comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1964.

“Según las normas que le son pertinentes, el auxilio de cesantía de la demandante solo podía liquidarse, por haber tenido una supuesta remuneración variable, con base en el promedio de lo devengado en el último año de sus servicios; y, de conformidad con los preceptos que les atañen, el lucro cesante y la indemnización moratoria solo podían establecerse en su cuantía con fundamento en el valor del último salario devengado por la misma, que, para el caso, por haber percibido siempre uno variable, debería haber sido, con exclusividad, el promedio mensual o diario de lo que le pagó en el último año de sus servicios.

“No se acreditó el monto de lo percibido por la actora en el lapso comprendido entre el 7 de septiembre de 1964 y el 6 de septiembre de 1965, que fue el último año de sus servicios, ni, en consecuencia, los salarios con los cuales podía hacerse, por modo excluyente, la liquidación de su auxilio de cesantía, de su lucro y de sus “salarios caídos”.

Parte el casacionista, como lo hace ver el opositor, de una afirmación inexacta, cual es la de que “no se discute que la vinculación de ésta (la actora) con mi procurada se prolongó hasta el 6 de septiembre de 1965”, pues si bien se afirmó en el hecho primero de la demanda que el lapso de servicios se prolongó desde el 29 de mayo de 1956 hasta tal día, también lo es que la empresa al contestar la demanda, asentó: “Al primero, no es cierto como está redactado”. Luégo no es clara la aceptación por ambas partes de la fecha de terminación del contrato, el 6 de septiembre de 1965.

Ahora bien. La sentencia de primer grado se apartó de la fecha anterior (que es la fijada en la demanda) y se atuvo a lo que aparece de la inspección ocular, que se practicó sobre la contabilidad de la empresa solo hasta el 31 de diciembre de 1964, pues aún cuando se fijaron varias fechas para continuarla respecto del año de 1965, tal cosa no se llevó a efecto. En dicha sentencia se lee:

“En cuanto al salario devengado por la demandante se tiene lo siguiente: De acuerdo con la diligencia de inspección ocular (fl. 56) la actora durante el año de 1964 recibió la suma de \$ 37.074.95 por concepto de llamadas y sobre las mismas tenía una participación del 25% lo que arroja una suma de \$ 9.521.53. Esta suma dividida por los doce meses que tiene el año arroja un promedio mensual de \$ 793.46 salario éste que se tendrá en cuenta para el estudio de las peticiones de la demanda.

“Resumiendo lo anterior puede verse que la actora prestó sus servicios a la entidad demandada por el período comprendido entre el 29 de mayo de 1956 (véase el contrato de folio 6) hasta el 31 de diciembre de 1964 (véase diligencia de inspección ocular fl. 56) con una remuneración promedio mensual de \$ 793.46”.

Y la sentencia acusada confirmó en este punto la del a-quo, mediante la consideración que sigue:

“... “Cuanto a las fechas de ingreso y de salida estima la Sala que se acreditaron conforme al libelo. La primera con el contrato y con las comunicaciones de folios 69 y 70 aducidas por la demanda (sic) y la de terminación con los testimonios y particularmente con las documentales de folios 7 a 15 en los que consta el fenecimiento de cuentas producido por la Auditoría Fiscal hasta el 11 de agosto de 1965. Con todo, (subraya la Sala) como el a-quo liquidó las prestaciones hasta el último día de 1964 y ello favorece al único apelante, se mantendrá dicha liquidación porque de otro modo se incurriría en reformatio in pejus”.

Y aun cuando es cierto que el ad-quem en el punto primero de la parte resolutive del fallo acusado determinó el 6 de septiembre de 1965, como fecha de terminación del contrato, no lo es menos que en el punto segundo de la misma parte resolutive y en consonancia con lo que se transcribió de las consideraciones del mismo, confirmó “los literales a), b), c) y e) del ordinal 2º y los ordinales 3º, 4º y 5º de la misma providencia” (la del a-quo), con lo cual dejó sin efecto práctico la primera de las resoluciones indicadas.

De lo dicho aparece claro que el Tribunal no estimó la inspección ocular, que el casacionista afirma la apreció con error evidente, limitándose a confirmar la liquidación de prestaciones efectuada por el a-quo. Y éste, lejos de apartarse de lo que consta en tal prueba, acomodó a ella la fecha de extinción del contrato y las condenaciones correspondientes.

No existe, pues, el error atribuído a la sentencia, por lo cual no prospera el cargo.

El último cargo está concebido en los siguientes términos:

“Tercer Cargo.

Acuso la providencia gravada de haber infringido directamente, por aplicación indebida, los artículos 11 de la ley 6ª de 1945 y 1º, parágrafo 2º, del decreto 797 de 1949.

“El contrato que ligó a las partes —es un hecho que no se discute— terminó el 6 de septiembre de 1965. Con todo, el sentenciador de segunda instancia, al confirmar la condena del a-quo por “salarios caídos”, fulminó ésta con efecto desde el 1º de abril de 1965, es decir, desde mucho antes de que tal hecho se cumpliera.

“Es así que en el parágrafo 2º del artículo 1º del decreto 797 de 1949 solo cabe subsumir la falta de pago de las acreencias laborales de un extrabajador después de noventa (90) días de haber terminado su vínculo, luego resultó mal aplicado en el caso sub-lite, pues se hizo, como aparece claro, a una situación de hecho no regulada por

ella, al menos en lo atinente al lapso transcurrido entre el 1º de abril y el 6 de septiembre de 1966”.

Este ataque parte del mismo apoyo inexacto del anterior, o sea, de la existencia de un hecho indiscutido: el 6 de septiembre de 1965, como fecha de terminación del contrato; pero mostróse arriba de qué manera la Empresa no lo aceptó en la contestación de la demanda y el juzgador de primer grado, confirmado en esto por el Tribunal, liquidó con apoyo en la inspección ocular, al 31 de diciembre de 1964 las condenas que impuso. En estas condiciones, no aplicó indebidamente las normas en cita, al establecer el 1º de abril del año siguiente como la de iniciación del pago de la indemnización moratoria, pues tal día vencen los 90 de gracia de que habla el decreto 797 de 1949, contados a partir del 31 de diciembre de 1964.

En consecuencia, tampoco es aceptable este cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo de la recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García Barbosa, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAPITAL DE LA EMPRESA

Los medios probatorios para establecer el capital de las empresas o patronos conforme al artículo 195 del C.S. del T., tienen la naturaleza de pruebas solemnes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Cróatas Londoño).

(Acta Nº 32).

La firma Caputo & Compañía interpuso, por medio de su apoderado, recurso de casación contra la sentencia de fecha once de marzo de mil novecientos setenta proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en el juicio ordinario de Orlando Peña Saumet contra la nombrada sociedad.

El fallo acusado confirmó la decisión del Juez Primero Laboral del Circuito de la misma ciudad, por la cual se condenó a la Compañía al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del actor y se la absolvió de los pedimentos sobre pago del valor de servicios médicos y complementarios.

El recurso fue sustentado dentro del término legal, sin oposición de la contraparte, y la demanda correspondiente se propone obtener la casación parcial de la sentencia del ad-quem, en cuanto confirmó la condena hecha por el juez de primer grado al pago de pensión jubilatoria, con la consecuencial revocación de tal condena en decisión de instancia pronunciada por la Corte.

Para conseguir el objetivo que persigue, el casacionista plantea un cargo, basado en la causal primera del artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, en concordancia con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por “violación indirecta de los artículos 195 y 260 del C. S. del T., a consecuencia de un error de hecho en que incurrió el Tribunal por no haber apreciado el documento auténtico que obra al folio 168 y que consiste en un certificado expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla”.

En la sustentación del ataque, el recurrente hace notar que al no estimarse por el Sentenciador el certificado a que hace referencia, no dio por establecido como capital el patrimonio gravable de la sociedad en 1968, que era de \$ 555.959.20, y dio por probado un capital de \$ 800.000.00, con lo cual violó el artículo 260 del C. S. del T., que establece la obligación de pensión jubilatoria para los patronos con capital de ochocientos mil pesos o más, y el artículo 195 del mismo Estatuto que señala como capital de la empresa para todos los efectos de aquél el valor del patrimonio gravable que se hubiere declarado en el año inmediatamente anterior. Transcribe parcialmente la motivación de una sentencia de esta Sala, fechada el 10 de septiembre de 1962 (G. J. Vol. XXXVI, pág. 116), en la cual se expresa que el capital de una empresa sólo puede establecerse “comprobando el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior mediante certificación de la respectiva Administración de Hacienda”.

Se estudia el Cargo:

Con el objeto de decidir sobre la petición relativa a pensión jubilatoria, el Tribunal se expresa así en la parte motiva del fallo impugnado:

“La cuestión principal de que depende la definición de la controversia radica en el factor capital de la empresa demandada, el cual según ésta alega, no alcanza a \$ 800.000.00.

“Al respecto reza el artículo 195 del C. del T. que se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono. En caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada. No aparece de autos la declaración de renta y patrimonio de la demandada correspondiente al año de 1968 que es el año inmediatamente anterior al de la fecha de terminación del contrato de trabajo entre las partes ocurrida en marzo 31 de 1969 según el documento al folio 53. Por lo que es de imperativo legal a tenor de la norma antes transcrita presumir que la demandada tiene el capital necesario para la causabilidad de la prestación reclamada, o sea, de la pensión de jubilación.

En la tercera audiencia de trámite presentó el entonces apoderado de la demandada unos documentos relacionados con la declaración del año de 1968, diciendo que en la fecha de tal diligencia aún no había sido expedida por la Administración de Impuestos Nacionales la liquidación correspondiente al año de 1968, lo cual es explicable. Pero no es aceptable como justificación de que no se hubiese presentado la declaración original en duplicado que se le devuelve a todo declarante con la constancia de haberse recibido el original en la respectiva Administración de Impuestos Nacionales.

Es más, de tales documentos complementarios emanados por la demandada, aparece que el patrimonio liquidado de la demandada correspondiente al año gravable de 1968 fue de \$ 1'532.909,96, indicio que sus-

tenta la presunción, en tanto que los demás datos allí suministrados no son bastantes a la comprobación en contrario. De modo que para la Sala las apreciaciones y consideraciones del a-quo sobre este punto son acertadas en derecho y traducen la realidad procesal. Por lo que habrá de confirmar la condena a la jubilación en la cuantía correctamente deducida”. (Fls. 9 y 10 del C. del T.).

Según lo expuesto por el ad-quem, sería prueba eficiente para demostrar el capital del patrono sólo la copia de la declaración de Renta y Patrimonio con la constancia de haber sido recibido el original en la respectiva Administración de Impuestos Nacionales, pues de no aportarse dicha copia debería presumirse un capital de ochocientos mil pesos o más. Este criterio determinó sin duda que el Fallador no hiciera alusión alguna a la certificación expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, visible a folios 168 del cuaderno principal, que se ordenó agregar a los autos por el juez del conocimiento, documento en el que se expresa que el patrimonio social gravable correspondiente a la sociedad Caputo & Compañía según la Declaración por el año de 1968, es de \$ 555.959.20. Quedaría patente la no apreciación de tal documento.

Sobre el medio probatorio idóneo para establecer el capital de la empresa o patrono conforme al artículo 195 del C. S. del Trabajo se ha pronunciado en reiteradas oportunidades esta Sala, y entre ellas en las sentencias de 20 de abril de 1968 y 13 de febrero de 1969 (Ove. Ib Jorgensen contra The Rest Asiatic Company y Benjamín Parra contra Droguería Real Gómez Echeverri y Cía. Ltda), asentó:

“Quiere esto decir que si bien la norma (el artículo 195 del C. S. del T.) no determina expresamente el medio de prueba respectivo, sí lo restringe en forma implícita, al tener por tal capital, “el valor del patrimonio gravable declarado”, a la declaración de renta del año inmediatamente anterior, autorizada por funcionario competente cuyo mérito señala el artículo 72 del Decreto 1651 de 1961 o a la certificación que

al respecto expida la respectiva Administración de Impuestos Nacionales, con lo cual asumen el carácter de pruebas ad substantiam actus de tal capital, sin poder ser sustituidas por otras”.

Conforme a esta jurisprudencia repetida de la Sala al haberse apreciado por el Tribunal la certificación de folios 168, habría dado por establecido un capital inferior a ochocientos mil pesos para la empresa demandada y absuelto a la misma de la condena por pensión jubilaria, con revocación de la sentencia de primer grado en este punto. La consecuencia de esta falla probatoria es, evidentemente, la indebida aplicación de los artículos 195 y 260 del C. S. del T., como lo anota el acusador.

Definido este aspecto de la cuestión examinada, falta estudiar la forma de la censura presentada por el recurrente, para determinar si es o no acertado el camino del error de hecho escogido para llegar a la demostración del quebrantamiento de la ley sustancial.

Ya se vio cómo, según lo tiene aclarado la jurisprudencia de esta Sala, los medios probatorios para establecer el capital de las empresas o patronos conforme al artículo 195 del C. S. del T., tienen la naturaleza de pruebas solemnes, lo que significa que lo son la copia de la Declaración de Renta y Patrimonio con la constancia de recibo por el funcionario competente y la certificación de la Administración de Impuestos Nacionales sobre la cuantía del patrimonio gravable. Ahora bien: Conforme al artículo 60 del Decreto-ley 528 de 1964, que reprodujo en este punto la disposición del artículo 87 del C. del P. L., “sólo 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 esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo”. En el negocio estudiado existe en los autos una de las dos pruebas exclusivas para establecer el capital de la empresa o patrono, calificadas como solemnes por esta Sala, el certificado de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla visible a folio 168 del cuaderno principal, en donde consta el patrimonio gravable por el año de 1968, que no se apreció por el Tribunal cuando debió hacerlo, para dar por probada la cuantía del capital de la empresa. Entonces, ya lo ha dicho también la Sala en casos similares, de que es ejemplo el segundo de los citados antes, el ad-quem incurrió en un error de derecho y no de hecho como lo plantea el casacionista.

Lo anterior determina que el cargo se formuló en forma inadecuada, con una falla que lo hace ineficaz, por lo cual no podrá casarse la sentencia impugnada aun cuando se haga la rectificación jurisprudencial correspondiente, respecto del criterio expuesto por el Sentenciador para la prueba del capital de la empresa o patrono.

En mérito de las razones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, notifíquese, cópese, 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.

AGENTE VENDEDOR

El hecho de que el 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veintiséis de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta N° 47).

Ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, Arquímedes Zamora demandó, por conducto de apoderado, a José María Escovar L., representado por Rafael Alberto Escovar C., para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se le condenase a pagarle las cantidades de \$ 49.152.16 por concepto de auxilio de cesantía; \$ 6.144.02 por vacaciones; \$ 12.288.04 por prima de servicio; \$ 3.072.01 por plazo presuntivo; \$ 3.072.01 por cada mes, a partir del 1° de diciembre de 1962, como indemnización por falta de pago, y las costas del juicio.

Según el libelo inicial, Zamora comenzó a prestar sus servicios personales a José María Escovar L. & Cía. Ltda. el día 1° de enero de 1947; transcurrido algún tiempo, esta firma dejó de existir y la empresa continuó con el nombre de José María Escovar L. Como Agente Viajero estaba encargado de la distribución y venta de los productos de los Laboratorios Escovar, en zonas determinadas de la República, mediante el pago de una comisión, y jamás ha tenido empresa comercial independiente ni igual a la de su patrono, quien contribuyó, durante algún

tiempo, a los gastos de la oficina que ocupaba y, últimamente, reconocía la suma de \$ 100.00 como gastos de arrendamiento en Bogotá. En el curso del contrato, la empresa le hizo firmar tres documentos denominados contratos de distribución, tendientes a eludir el pago de las prestaciones; el 15 de septiembre de 1962 le comunicó que no continuaría reconociéndole los \$ 100.00 del arrendamiento, en vista de lo cual Zamora solicitó, el 5 de octubre del mismo año, el pago de la cesantía parcial y de las demás prestaciones causadas. La empresa contestó negándole todo beneficio derivado del contrato de trabajo, e, invocando la cláusula 13 del "contrato de distribución", puso fin a sus servicios, a partir del 30 de noviembre de 1962. Zamora fue elegido vocal del Sindicato Nacional de Visitadores Médicos y Agentes Viajeros, el 23 de noviembre de 1962.

En derecho invocó la Ley 49 de 1946, los Decretos 3129 de 1956 y 3072 de 1962; los Títulos VIII y IX del C. S. T. y los artículos 25 y 74 del C. P. L.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos o manifestando no constarles, y afirmando que entre ellos no existió un contrato de trabajo, sino uno de distribución de productos, a partir del 28 de abril de 1954. Y alegó las excepciones de declinatoria de jurisdicción, carencia de acción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y prescripción.

Cumplida la tramitación de rigor, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, por la cual condenó a la parte demandada a pagar las sumas de \$ 26.657.20 por concepto de cesantía; \$ 1.987.24 por vocaciones y \$ 5.548.08 por primas de servicio y el 60% de las costas. La absolvió de las demás peticiones y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de vacaciones y primas.

El Tribunal Superior de Bogotá, al desatar la apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes, adicionó el fallo del a-quo en el sentido de condenar también a pagar la suma de \$ 66.24 diarios; desde el 1º de diciembre de 1962 y hasta cuando se cancele el valor de las otras condenaciones, por concepto de indemnización moratoria. Declaró sin lugar a costas en la segunda instancia.

Contra la anterior decisión, el procurador judicial de la parte demandada interpuso el recurso de casación que la Corte va a decidir con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor.

Aspira el recurrente a que se case parcialmente el fallo que impugna, en cuanto por su numeral primero condenó al pago de indemnización moratoria y por el segundo confirmó las condenaciones impuestas por el Juzgado y la declaración de no estar probadas las excepciones alegadas por el demandado; para que la Sala, en función de instancia, revoque la sentencia de primer grado en sus resoluciones primera, tercera, cuarta y quinta, y, en su lugar, absuelva totalmente a la demandada en el juicio. En subsidio, pretende la casación del fallo en su numeral primero, para que, en razón de la prosperidad del segundo cargo que formula y en la decisión de instancia subsiguiente, se confirme la absolución del Juzgado por el extremo de indemnización moratoria.

La acusación se concreta a los siguientes dos cargos, uno principal y otro subsidiario, formulados con apoyo en la causal primera de casación laboral.

Primer Cargo.—La sentencia es violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 98 (Decreto 3129 de 1956, art. 3º) y 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en los que fundamentó la declaración de existencia del contrato laboral, y 249 y 253, 306, 186, 189 y 65 del mismo estatuto, 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. Infringió también, por los mismos errores y por falta de aplicación los artículos 9º, 20, 331, 333, 336, 338 y 411 del Código de Comercio, y 1602, 1603, 1618, 1620 y 1622 del Código Civil, en relación con el 182 del mencionado Código de Comercio.

Como pruebas mal apreciadas señala los documentos de folios 95 a 97, 4 y 5; las posiciones absueltas por Rafael Alberto Escovar (folios 32 a 39) y la carta de folio 305, fechada el 12 de abril de 1962. Y como dejadas de apreciar: los testimonios de José Ignacio Urquijo (f. 86), José Vicente García (f. 87) y Alfonso Bocanegra (f. 88); y el indicio necesario consistente en la forma como fue cumplido por el promotor de la litis, señor Zamora, el contrato comercial que había celebrado, durante los 8 años y 7 meses de su ejecución”.

“Los errores evidentes de hecho consistieron en dar por establecido, cuando las probanzas reseñadas demuestran *prima facie* todo lo contrario, que el demandante Zamora prestó servicios personales al demandado bajo continuada dependencia o subordinación y mediante un salario, sin constituir, además, una empresa comercial, esto es, que entre los litigantes hubo un contrato de trabajo cumplido por Zamora como agente vendedor”.

En su demostración, expresa el recurrente que el documento de folios 95 a 97 demuestra que entre las partes hubo un contrato de carácter comercial que reguló la distribución y venta de los productos del demandado por parte de Zamora, quien lo celebró y ejecutó en su condición de comerciante independiente, sin estar sometido a órdenes ni reglamento ni control alguno y aún fijando los itinerarios para sus corre-

rias según su propio criterio; que, en consecuencia, no había subordinación jurídico-laboral, elemento que, como es bien sabido, es esencial para la existencia del contrato de trabajo. Pero el Tribunal, por haberlo apreciado mal, llegó a la conclusión contraria. Según su examen, no puede hablarse de compraventa entre Zamora y Escovar pues falta el requisito del acuerdo sobre la cosa y el precio conforme al artículo 1857 del C. C. Es manifiesta —dice el impugnador— esta primera equivocación del *ad-quem*, pues nadie presentó el documento en cuestión como contrato de compraventa, ni son pertinentes las apreciaciones sobre la necesidad de un acuerdo acerca de la cosa y el precio. Agrega el sentenciador que por la cláusula séptima se dijo que el distribuidor no estaría sujeto a las órdenes del dueño del producto, pero que se le fijaron zonas para la venta, precios y condiciones para la aceptación de los pedidos, de lo cual concluyó que, como las relaciones contractuales no cambian de naturaleza por la denominación que se les de, el documento da fé de una prestación personal de un servicio (la distribución de un producto), una subordinación (las condiciones acordadas para la prestación de este servicio) y una remuneración (la comisión sobre las operaciones realizadas). Este razonamiento es tan falso como el primero ya examinado. El documento se refiere a la distribución de los productos del demandado porque ese es el objeto del contrato, pero no exige que el distribuidor ejecutara personalmente esa actividad, sino que en forma expresa se convino (cláusula sexta) que quedaba autorizado para vender por conducto de sus empleados o subagentes. Tampoco es cierto que las condiciones acordadas para la ejecución del contrato determinen la subordinación jurídica, ya que el señalamiento de zonas para las ventas, precios de éstas y condiciones para la aceptación de los pedidos, son circunstancias propias del contrato mercantil de comisión y el texto 411 del Código de Comercio de modo expreso impone al comisionista para vender la obligación de conformarse rigurosamente a todas las instrucciones para la venta de lo que se le encomendare. Del tercer hecho apreciado en este pasaje del fallo, una remuneración, es ob-

vio, que sin subordinación no había contrato de trabajo y la comisión conservaba su carácter comercial y no el salario que solo corresponde a la figura laboral-dependiente.

La apreciación del fallador es tan errónea —agrega el casacionista— que no solo tergiversó las cláusulas examinadas por él y dedujo consecuencias totalmente opuestas a lo que ellas expresan, sino que prescindió de otras estipulaciones del contrato que recalcan la condición independiente de Zamora. “Tales las ya aludidas de que estaba autorizado para vender los productos por medio de sus empleados o sub-agentes, para determinar libremente los métodos de venta que le parecieran más adecuados, sin someterse a órdenes, ni reglamento ni control y para fijar los itinerarios de sus correrías según su propio criterio (cláusulas tercera, sexta y séptima), sino que se comprometió a hacer la propaganda local y a pagar la mitad de los gastos de oficina e impuestos, modalidades totalmente extrañas a la vinculación dependiente”.

También fueron mal apreciados los documentos de folios 4 y 5 que dan “cuenta de que Zamora distribuye productos a órdenes de José María Escovar L.”, pues ninguno de ellos expresa que Zamora trabajase a órdenes de José María Escobar L. Lo que se lee en dichas piezas es que el demandante era distribuidor de los productos de los Laboratorios Escobar, que estaba autorizado para cobrar, recibir pedidos y vender y que atendía la representación de esa casa. Pero los documentos no dicen que tales negocios los atendía Zamora como dependiente de Escovar, ni a órdenes suyas, como lo leyó el Tribunal.

Fueron igualmente mal apreciadas las posiciones absueltas por el apoderado general del demandado, pues el juzgador tomó las respuestas en forma incompleta y opuesta al verdadero significado con que se las produjo. Y la carta de folio 305, pues ese documento solo registra la ocurrencia de malos negocios efectuados por Zamora, con personas que resultaron insolventes o de mala fe, lo que en el mundo comercial de-

termina al dueño de los productos a expresar su inconformidad o su protesta, sin que ello conduzca a calificaciones de dependencia.

“Pero el Tribunal consideró, además, con referencia al artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, que el demandado no probó la calidad de comerciante y de empresario de Zamora. Sin embargo, esta prueba se halla, en lo tocante a lo primero, en su propia manifestación contenida y reiterada en el documento contractual suscrito el 28 de abril de 1954, a folios 95 a 97, de que ya se ha hecho mérito. Y los actos de comercio que el ad-quem también desconoció, en este pasaje de su fallo, fueron precisamente los que ejecutó en su actividad de comerciante independiente durante todos los años en que compró, vendió y distribuyó productos del demandado. Estos son actos del artículo 20 del Código Mercantil, en armonía con el 9º, igualmente citados por el fallador para no aplicarlos, incurriendo en las infracciones que también he acusado, como lo es también el préstamo que obtuvo del demandado para su negocio de eucaliptus, conforme a las posiciones del Dr. Escovar en su respuesta a la décima cuarta pregunta del pliego de posiciones (f. 37), prueba que he singularizado como mal apreciada porque solo lo fue en algunos de sus apartes y aún en éstos con error ostensible. Del negocio de eucaliptus del demandante hablan también en cifras del orden de los \$ 65.000.00 en 1961, sus declaraciones de renta de los folios 238 a 246 vuelto, documentos que aquí señalo como dejados de apreciar. La condición de empresario del comerciante y agricultor Zamora resulta establecida no solo de las piezas reseñadas, sino de la existencia de su oficina en Armero, en unidad de explotación económica por la que pagaba impuestos de industria y comercio, servicios de agua y luz, según el documento contractual, el que, por otra parte, le permitía valerse de empleados o sub-agentes para el negocio de distribución contratado con Escovar L. La existencia de tal oficina está indicada, con prueba de confesión, en su demanda inicial de folio 13, que incorporo en la singularización de las probanzas mal apreciadas, ya que la tal demanda, por otros

aspectos, fue estimada aunque con error ostensible”.

Se refiere luego el recurrente a los testimonios de José Ignacio Urquijo, José Vicente García y Alfonso Bocanegra, pruebas de las cuales predica falta de estimación y explica cómo éllas, en su concepto, confirman la calidad de distribuidor y de comisionista independiente que ostentaba el demandante.

Y sostiene, por último, que “el sentenciador no consideró siquiera el hecho de que Zamora ejecutase durante varios años el contrato celebrado sin pretender nunca vacaciones ni primas ni derechos laborales, que no podía ignorar lícitamente y que ni en simples presunciones de hombre es posible suponer que desconociera. Este comportamiento contractual constituye un indicio vehemente, tampoco apreciado por el fallador, acerca de que la verdadera condición de Zamora fue la pactada por él mismo en su carácter de comerciante independiente.

El opositor, por su parte, critica el cargo por considerarlo deficientemente formulado, pues, a su juicio, dejan de atacarse algunos de los soportes del fallo. Para el supuesto de que estuviese bien presentado se opone a su prosperidad por no estar demostrados los errores de hecho que se señalan como causa de las violaciones de ley.

Se estudia:

Las bases probatorias de la sentencia impugnada están constituidas por los documentos de folios 95 a 97; 4, 5 y 305, y por las posiciones absueltas por Rafael Alberto Escovar, que son, precisamente, las pruebas singularizadas por el recurrente como mal apreciadas por el fallador. De consiguiente, los reparos que el opositor formula al cargo y que hace consistir en que no se atacan todos los soportes de la decisión, carecen de fundamento. Adolece, en cambio, del defecto de acusar violación de los artículos 9º y 20 del Código del Comercio por falta de aplicación, cuando es evidente que sí fueron aplicados; más este vicio no es bastante para acarrerar su ineficacia, por cuanto la proposición jurídica habría quedado com-

pleta aún sin la inclusión de esas normas.

Procede, en consecuencia, el estudio de la acusación en el fondo.

De las dichas probanzas, y de la falta de otros medios de convicción que acreditaran que el demandante tenía "la calidad de comerciante independiente y de empresario", dedujo el Tribunal que las relaciones entre los contendientes habían estado regidas por un contrato de naturaleza laboral. Esta conclusión, a juicio de la Sala, no es equivocada, o al menos no revela la comisión de un error de hecho manifiesto u ostensible por parte del sentenciador, pues, aunque las referidas pruebas conducen a una situación fáctica dudosa, el juzgador de instancia, conforme a reconocimiento unánime de la jurisprudencia, goza de libertad para decidirse por el extremo que considere mejor probado en la litis.

En efecto, el documento de folios 95 a 97 —que recoge la última convención celebrada entre las partes y que no fue presentado para demostrar la existencia de un contrato de compraventa, sino la de uno de índole comercial o mercantil en lo cual tiene razón el recurrente— contiene estipulaciones propias de estas dos clases de contratos y otras que, por lo menos, no repugnan a una vinculación de carácter laboral, si se tiene en cuenta la incursión que ha hecho la legislación del trabajo en el campo de las actividades comerciales hasta el punto de haber sustraído de él las relaciones entre el comisionista dependiente o agente vendedor y el comitente. Sin que pueda descartarse la posibilidad de que el vínculo llegue a ser calificado como de aquella naturaleza por la circunstancia de que la labor se ejecute conjuntamente con otras personas, llámense ayudantes o sub-agentes, —según lo ha dicho en otras oportunidades la Sala— pues ella no desnaturaliza el contrato de trabajo y éste subsiste "a condición de que el patrono acepte el 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). El hecho de que el agente vendedor —expresó en otra ocasión el Tribunal

Supremo— 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). Como también se ha admitido, en lo tocante al elemento subordinación, que ésta pueda confundirse con las condiciones previstas para la ejecución del contrato, por ir implícita en ellas, y que generalmente se traduce en la facultad del patrono para fijar precios y los requisitos para la venta, señalar zonas y exigir cuentas.

Mas examinado el documento en su conjunto no puede, ciertamente, deducirse de él, como lo hizo el ad-quem, la existencia de un contrato de trabajo. Tanto por su forma como por su contenido resulta obligante su ubicación en el ámbito estrictamente comercial, además de que aparece de manifiesto que la voluntad de las partes fue la de celebrar una convención de esta índole. La apreciación del sentenciador fue, por tanto, incorrecta.

Sin embargo, la valoración equivocada de esa prueba no determinó la comisión de los errores de hecho que predica la censura, pues la decisión se apoya también en otras probanzas, como se apuntó arriba y lo reconoce el impugnador al señalarlas como mal apreciadas, de las cuales puede inferirse que el contrato tuvo un desarrollo distinto del inicialmente previsto y que en la práctica el llamado "Distribuidor" fue un trabajador subordinado.

Así, lo expresado en los documentales de folios 4, 5 y 305 conviene más al contrato de trabajo declarado por el fallador que al mercantil sostenido por el casacionista, pues, de un lado, anuncian a Zamora ante la clientela como representante de la empresa y lo facultan "para cobrar, recibir pedidos y venderles al contado la mercancía que nosotros le hemos despachado y que está a disposición de Uds.". Y, de otra parte, se le censura por los malos resultados obtenidos en algunas operaciones realizadas a crédito y se le exige mayor atención para esta clase de negocios, todo lo cual in-

clina el ánimo a considerar que el demandante no actuaba en forma independiente sino por cuenta y bajo la dependencia de esa casa comercial.

Y en las posiciones absueltas por el representante del demandado aparece todavía más destacada esta condición, ya que el absolvente admite en sus respuestas que los Laboratorios Escovar despachaban directamente los pedidos colocados por Zamora a los clientes y que a éstos se les llevaba cuenta detallada en los libros de la empresa; que a aquél se le designaron territorios para la venta de los productos; que se le suministró propaganda gratuita y una camioneta para su distribución; que trimestralmente se le abonaba "el valor correspondiente al diez por ciento sobre los pedidos que él hubiere tomado directamente a los clientes, o que esos clientes hubieren hecho directamente al Laboratorio; que los pedidos estaban sujetos a la aceptación del dueño en sus oficinas de Girardot y que se le auxiliaba con \$ 100.00 mensuales para cubrir el arrendamiento del local que ocupaba la agencia en Armero.

Es cierto que los testimonios de Urquijo, García y Bocanegra no fueron apreciados en el fallo. Mas tales pruebas no desvirtúan los hechos que acreditan las documentales y las posiciones examinadas. Los declarantes se limitan a expresar el concepto de que el demandado siempre consideró a Zamora como un distribuidor y no como agente viajero y que el demandante gozaba de independencia porque no se conocía su paradero sino cuando llegaba a informar que salía en correría por las zonas que se le habían asignado y cuando regresaba a hacer los abonos por las ventas o cobros realizados. Esta última afirmación, sin embargo, no solamente, no contraría la conclusión de la sentencia, sino que, por el contrario, sirve de refuerzo a sus fundamentos. El error de hecho, por consiguiente, tampoco surge de la falta de estimación de aquellos medios probatorios.

Los argumentos que aduce el impugnador para que se tengan como probadas las calidades de comerciante y empresario de Za-

mora con apoyo en el contrato contenido en el documento de folios 95 a 97 y en los actos que ejecutó como comerciante independiente durante todos los años en que compró, vendió y distribuyó productos del demandado, no son valederos, pues parten de la base de que esas calidades ya fueron acreditadas cuando es precisamente lo que se trata de demostrar en este aspecto de la censura. Y la circunstancia de que el demandante tuviese un cultivo de árboles de eucaliptus en crecimiento, conforme a sus declaraciones de renta, no es suficiente, por sí sola, para otorgarle la condición de empresario, al tenor del artículo 194 del C. S. T. Mas en el supuesto de que lo fuera, no constituiría obstáculo para la existencia del contrato de trabajo por tratarse de actividades distintas de las que debían desarrollarse en beneficio del patrono. Sobre este particular la Sala ha dicho: "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.).

En consecuencia, si bien las pruebas analizadas dan cuenta de circunstancias que se acomodan a un contrato de índole comercial o mercantil, no es menos cierto que también sirven para configurar uno de naturaleza laboral. En tales condiciones, no puede predicarse que el sentenciador hizo una equivocada estimación de ellas, ni atribuírsele la comisión de un ostensible error de hecho, que solo el que reviste esta característica puede generar el quebrantamiento de fallo en casación.

El cargo no prospera, por lo tanto.

Segundo Cargo.—Está formulado en subsidio del anterior, y acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 65 del C. S. T., a consecuencia del evidente error de hecho de haber dado por

establecido, no estándolo, que la demandada desconoció con mala fe el contrato de trabajo o lo discutió en forma injustificada. A tal error llegó el fallador por haber apreciado equivocadamente los documentos de folios 95 a 97, 4, 5 y 305 y las posiciones absueltas por Rafael Alberto Escovar; y por haber dejado de estimar la definición concreta sobre indemnización moratoria, la demanda inicial, las declaraciones de José Ignacio Urquijo, José Vicente García y Alfonso Bocanegra "y el indicio necesario de la conducta del demandante Zamora durante todos los años de ejecución del vínculo, en punto a la no pretensión de derechos laborales".

El recurrente transcribe el pasaje del fallo que sirve de motivación a la condena por indemnización moratoria y observa que ella se inspira en la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 65 del C. S. T., en el sentido de considerar que el precepto sanciona la mala fe del patrono que sin razón atendible se niega a pagar las prestaciones ciertamente causadas. Sin embargo, el sentenciador, al examinar las situaciones de hecho que definían el comportamiento de Escovar para negar la existencia de un contrato de trabajo con su demandante Zamora, erró ostensiblemente, pues lo consideró sin justificación, incurso en mala fe. Para demostrar ese error, analiza detenidamente cada una de las pruebas singularizadas en el cargo —que son las mismas reseñadas y estudiadas en la censura anterior—, para concluir expresando que "cuando la jurisprudencia ha exonerado de la sanción moratoria al patrono de buena fe, que no paga porque aparece de manifiesto una duda justificada acerca de la existencia de la obligación patronal no ha fijado, ni podía fijar, esa duda justificada en el Juez. Si así lo hubiese pretendido, los "salarios caídos" procederían siempre que el Juez encontrase demostrado el contrato de trabajo y condenase a prestaciones, pues entonces él no tendría duda ninguna acerca de la tal existencia contractual. Lo que el Juez debe calificar son las razones por las cuales el patrono niegue el contrato de trabajo, y si ellas son poderosas y serias según los hechos del litigio, se reconoce la buena fe pa-

tronal. Solo se impone la sanción moratoria en el caso contrario".

La Sala considera:

Se dijo, al estudiarse el cargo precedente, que el Tribunal no incurrió en ostensible error de hecho al declarar que las relaciones entre las partes habían estado regidas por un contrato de trabajo; pero se admitió también que los medios probatorios que sirvieron de fundamento a esa conclusión no eran ni claros ni categóricos como para descartar la posibilidad de una duda acerca de la verdadera naturaleza del vínculo que ligó a los contendientes. Y si ese estado de duda pudo haberse presentado en la mente del juzgador, como lo revelan la decisión de primer grado y las consideraciones hechas por esta Sala, con mayor razón hay que admitirlo en la del demandado, sin que sus efectos exonerativos de la sanción moratoria desaparezcan, como lo sostiene el impugnante, por el hecho de que en el fallo se afirme la existencia del contrato laboral, desde luego que tal declaración, si bien impide el nacimiento de una duda justificada a partir de la fecha en que adquiriera el carácter de certeza judicial, no puede tener el alcance de borrar la que se haya tenido antes de su pronunciamiento, hasta el extremo de considerar que nunca pudo haberse presentado razonablemente.

El soporte principal del fallo en el punto cuestionado lo constituye la estimación que hizo el fallador del documento de folios 95 a 97, según la cual al contrato se le dio una denominación distinta para "impedir determinados efectos legales". Esta aseveración, que en sí misma implica la imputación de una conducta dolosa o de mala fe, no tiene respaldo ni en la prueba dicha ni en las otras a que también alude tácitamente el juzgador y de las cuales dedujo la existencia del contrato. El contenido de aquel documento no ostenta la torcida intención que encontró el Tribunal y todo indica que fue suscrito y consentido libremente por quien, a la postre, resultó tener la calidad de trabajador. Y las restantes probanzas, como ya lo advirtió la Sala, no dejan desprovista de algún fundamento la calificación de las relaciones interpartes como de naturaleza distinta a la laboral.

De otro lado, aparece evidente que el sentenciador ignoró la conducta observada por los contratantes durante el tiempo de desarrollo de la convención, especialmente la del demandante, quien la ejecutó dentro del mismo entendimiento con que fue celebrada, sin que ninguna actitud suya, conocida en los autos, pudiera haber sido interpretada por el demandado como si se le estuviese atribuyendo la calidad de patrono. De ahí que deba aceptarse que la negativa del contrato de trabajo por parte de éste estuvo asistida por una duda justificada, postura que, además, fue sostenida en el curso del juicio con argumentos serios y respetables y, por lo mismo, configurantes del elemento buena fe.

El error del Tribunal resulta, pues, manifiesto, y el cargo, de consiguiente, prospera.

Las consideraciones anteriores, sumadas a la de que las otras pruebas aportadas al proceso, no estimadas en la sentencia ni comprendidas en la acusación, hablan de los mismos hechos que se tuvieron como establecidos con las que ya fueron examinadas y mantienen, por tanto, el estado de duda razonable en el patrono acerca del carác-

ter del vínculo que lo ligó al actor, sirven de sustento a la correspondiente decisión de instancia, mediante la cual habrá de confirmarse la absolución del Juzgado por concepto de indemnización moratoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por outoridad de la Ley, casa parcialmente la sentencia materia del recurso, en cuanto condenó a José María Escovar por concepto de indemnización moratoria, y, en su lugar, obrando en función de instancia, confirma la absolución impartida por el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá por este mismo extremo, en su fallo de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Edmundo Harker Puyana, Alvaro Díaz-Granados Goenaga —Conjuez—, Jorge Valencia Arango —Conjuez—.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION

Este tipo de contrato no puede tener lugar sino entre comerciantes, según doctrina constante de la Corte, como secuela lógica de las normas mercantiles que regulan la materia, es decir los artículos 629 y 632 del Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda— Bogotá, primero (1º) de septiembre de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Angel García B.

(Acta Nº 33).

El señor Noé Niño Millán, por medio de apoderado, demandó al señor Octavio Núñez Navas, en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, el cual correspondió por repartimiento al Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Bogotá, con la finalidad de que mediante los trámites legales se hiciesen las siguientes condenaciones: "Cesantía; Primas de servicio del último año trabajado; Compensación por vacaciones correspondientes a todo el tiempo de servicio; Salarios Caídos y Costas."

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

Que el señor Niño prestó sus servicios personales a don Octavio Núñez Navas, desde el 1º de enero de 1951 hasta el 28 de febrero de 1966. Que el último salario promedio mensual que tuvo el señor Niño fue de \$ 3.000.00. Que el señor Niño realizaba to-

dos los trabajos ordenados por don Octavio Núñez: sacaba negativos, grababa, imprimía, atendía al público, etc. Que el señor Núñez Navas le daba instrucciones e indicaciones al señor Niño con respecto al trabajo y le ordenaba el trabajo que tenía que hacer. Que el señor Niño prestó sus servicios a don Octavio Núñez de manera personal, continua y bajo su dirección y subordinación. Que el demandado nunca le pagó las vacaciones al actor, ni le pagó tampoco cesantía de todo el tiempo de servicios, ni las primas del último año. Que la prestación de servicios entre las partes estuvo regida por un contrato de trabajo.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, manifestó que no son ciertos los hechos fundamentales de la demanda, y explica que el señor Niño fue socio del demandado desde el 9 de enero de 1953 hasta el 2 de febrero de 1966, y que los trabajos que desempeñó los ejecutó mediante un contrato de "cuentas en participación" (sic) y que Niño recibía participaciones y no salarios.

Concretada en tal forma la traba jurídico procesal y agotada la tramitación de primera instancia, terminó ésta con el fallo de seis de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve por el que el juzgado del conocimiento absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda y condenó en costas al actor.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandante, y remitidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste por medio de sentencia de fecha doce de febrero del año en curso, revocó en todas sus partes la del inferior y condenó a la parte demandada a pagar:

a) La suma de cuarenta y un mil trescientos treinta y nueve pesos con quince centavos (\$ 41.339.15), por concepto de cesantía definitiva.

b) La suma de dos mil trescientos cincuenta y un pesos con noventa y cinco centavos (\$ 2.351.95) por concepto de prima correspondiente al último año trabajado.

c) La cantidad de veinte mil cuatrocientos ochenta pesos con veinticinco centavos (\$ 20.480.25), por concepto de compensación de vacaciones de todo el tiempo servido.

Absolvió a la parte demandada en cuanto a la indemnización moratoria y la condenó en las costas de primera instancia en un 80% y sin costas en la alzada.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra esa providencia de segundo grado. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente, con réplica de la parte contraria se procede a decidir.

La demanda de Casación.

Alcance de la Impugnación:

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda lo siguiente:

"Se concreta a obtener que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case totalmente la sentencia acusada, y que, constituida en tribunal de instancia, la revoque también totalmente y en su lugar, confirme el fallo absolutorio de primer grado. Subsidiariamente pido que se repare el agravio en la forma que se precisará al desarrollar cada uno de los cargos que se formularán".

Antes de proceder al examen de los cargos cabe observar que, el recurrente en el petitum de su demanda de casación dice que: "se case totalmente la sentencia acusada, y que, constituida en tribunal de instancia, la revoque también totalmente y en su lugar, confirme el fallo absolutorio de primer grado." (Se subraya).

La frase subrayada la revoque también totalmente, envuelve un pedimento antitécnico e improcedente, pues es bien sabido que para expresar que "se casa" una sentencia, la Corte de casación utiliza cualquiera de las formas verbales: anúlase, invalidase y cásase, porque son términos sinónimos que significan o expresan la idea de anulación.

Así que, en el caso sub lite, debe entenderse que, la petición tiene el alcance de que se case la sentencia acusada y que constituida la Corte en tribunal de instancia, confirme la de primer grado.

Invoca la primera causal de casación con fundamento en los arts. 87 del C. P. L. y 60 del decreto 528 de 1964, y formula cuatro cargos así:

Primer Cargo:

"La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 22, 23, 24, 28, 186, 189 (sustituido por el 14 del Decreto 2351 de 1965), 249, 253 (sustituido por el 17 del Decreto 2351 de 1965) y 306 del C.S.T., que se aplicaron indebidamente. La violación se produjo a consecuencia de errores de hecho evidentes por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que más adelante se singularizarán.

"El error o errores evidentes de hecho consisten: 1º) En dar por demostrado sin estarlo, que entre las partes existió un contrato de trabajo; y 2º) En no dar por establecido, estándolo plenamente, que la naturaleza de la relación jurídica que vinculó a los contratantes fue civil o comercial, pero en ningún caso de carácter laboral.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes:

"I. - La contestación de la demanda, en la cual precisamente se niega en forma rotunda la existencia del contrato de trabajo. (fl. 7).

"II. - El documento-contrato visible a folio 9 del expediente que según el Tribunal no configura una relación de naturaleza civil o comercial sino de carácter laboral.

"III. - Las posiciones absueltas por el demandado en el curso del juicio (fs. 16 a 19).

"Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes:

"a) La diligencia de inspección ocular que el juzgado practicó sobre los documentos y archivos del demandado.

"b) Las facturas firmadas por el actor que éste pasó a sus clientes por trabajos que ejecutó, y visibles a folios 8, 29, 30 y 31 de los autos.

"c) El pacto que los Fotógrafos convinieron sobre tarifas mínimas y que suscribe el demandante en igual pie de igualdad profesional que el demandado (fs. 32 a 36).

"d) La confesión contenida en el escrito de demanda, hecho 6º de la misma (fl. 2)".

Explica el casacionista al concretar el cargo que, "la confesión contenida en la contestación de la demanda fue apreciada erróneamente porque de ella no se infiere la existencia del contrato de trabajo afirmada por el actor". Que si el procurador judicial del demandado confiesa que el demandante efectuó trabajos, advierte que los hizo en desarrollo del contrato de cuentas en participación que adjunta 'ordenados por los clientes y ejecutados por uno u otro de los socios en la oportunidad que acordaban según las circunstancias' y que 'el señor Niño facturaba las cuentas de los trabajos realizados por él y participaba al señor Núñez con el 50% del valor de la factura en razón de que éste costeara el valor de los materiales empleados en ellos y el señor Núñez a su vez participaba al señor Niño con el 25%

del valor de la factura de los trabajos hechos en (sic) sus respectivos clientes por la misma razón. Así estaba estipulado y así se cumplió'. Añade el recurrente que, "Tal confesión no podía escindirse por ser indivisible. Se apreció erróneamente al dividirla y tener en cuenta únicamente el hecho de la ejecución de los trabajos, marginando de la apreciación la forma en que se ejecutaban (por órdenes de los clientes de uno u otro contratante) y también el modo como el contratante Niño y el contrante Núñez se participaban las utilidades".

En cuanto al documento-contrato visible al folio 9 del expediente dice el recurrente que: "también fue erróneamente apreciado por cuanto de sus cláusulas o estipulaciones no se coligen 'hechos de gran significación para la caracterización de las relaciones jurídico-laborales' sino precisamente lo contrario, es decir, que la vinculación fue de naturaleza civil o mercantil pero no de carácter laboral, a menos que a esas estipulaciones se les quiera dar —como equivocadamente se les dio— interpretaciones acomodaticias."

Continúa el recurrente:

"El Tribunal estima que del mencionado contrato se 'destacan' tres hechos de gran significación para concluir el contrato de trabajo, a saber: 1º) La ejecución de las labores de fotografiado por Noé Niño en los talleres de propiedad de Octavio Núñez y la consagración de 'su colaboración en trabajo personal' como aporte de Niño al contrato que denominan 'sociedad'; 2º) Las obligaciones que pesan sobre Niño Millán en relación con las labores a desarrollar en cumplimiento de la ejecución del contrato, y 3º) Los deberes estipulados a cargo de Núñez Navas en relación con los 'gastos generales del taller', así como el pago de los salarios y prestaciones del personal de empleados que se requiera para el normal desarrollo del trabajo', como textualmente se dice allí. Concluye que no acepta el Tribunal la nominación de 'contrato de sociedad' dada por el demandado al convenio celebrado por escrito, 'pues el nombre que se le da al contrato carece de significación e

importancia, si por otra parte aparecen reunidos los elementos del contrato de trabajo en los términos del Art. 23 del C. S. del T.'

Agrega el casacionista que: "La apreciación que hace el Tribunal de dicho documento-contrato es completamente equivocada, porque antes que deducirse de sus estipulaciones los elementos que configuran el contrato de trabajo, se infiere que no existieron ni podían existir".

Seguidamente analiza el censor el contrato precitado para tratar de demostrar que jurídicamente él envuelve una relación de tipo civil o mercantil como sociedad y no una de tipo laboral.

Encuentra el impugnante en su censura que las participaciones del 50% de Niño a Núñez y las del 25% de Núñez a Niño, son beneficios producto del desarrollo social y no salarios, y niega la existencia de la subordinación indispensable para la existencia del contrato de trabajo.

Luego de una larga y bien presentada argumentación sobre ese particular que se sintetiza de la manera expresada añade:

"Y si el demandante, según lo pactado, —y así se demostró en la inspección ocular y lo acreditan las documentales de folios 8, 29, 30 y 31— debía participar el 50% al demandado del valor bruto de los trabajos que aquél se encargara personalmente, cómo se concibe que el pretendido trabajador participe a su pretendido patrono del beneficio de su esfuerzo, si no es porque estaban asociados en la explotación de una empresa o negocio? Puede suponerse acaso que el trabajador retribuya al patrono porque le proporciona 'los ingredientes y elementos necesarios para la realización de los trabajos?' Ello es imposible dentro del contrato de trabajo. Y si así sucedió fue porque las partes estaban asociadas para la explotación de un negocio. Claro que a este respecto, el Tribunal entiende que puede haber existido un contrato de sociedad coexistente con uno de naturaleza laboral, pero lo dice contradictoria-

mente, violando el artículo 25 del C. del T. que también consideró violado después de afirmarse que del documento de folio 9 no se desprende ningún contrato distinto al laboral".

Finalmente dice que, "también se apreció en forma equivocada la confesión del demandado al absolver posiciones. Bien es cierto que confiesa al contestar la posición décima séptima que él pagaba todos los gastos y asumía solo todas las pérdidas que pudieran presentarse, pero tal confesión no configura el contrato de trabajo, ni desvirtúa el de asociación, según el cual el contratante Núñez Navas no podía darle órdenes a Noé Niño en cuanto a la cantidad de trabajo y porque tenía que repartirse ese trabajo y 'colaborar, si fuere el caso'.

Repite el censor las argumentaciones ya expresadas sobre la naturaleza de los porcentajes del 50% y 25% relacionados antes y manifiesto luego:

"Pero no solamente hubo equivocada apreciación de probanzas, por lo cual se incurrió en los errores de hecho anotados, que también existió falta de apreciación de pruebas, que de haber sido estimadas habrían llegado también a la conclusión de la inexistencia del contrato de trabajo que se afirma en la demanda. En efecto, para deducir la naturaleza de la relación jurídica que vinculó a las partes, el Tribunal no apreció la diligencia de inspección ocular que se practicó en el juicio (fí 55)".

Expresa la censura que de esa diligencia de inspección ocular se desprende que el actor percibía aquellas participaciones del 50%, por trabajos ejecutados a terceros, y que si el Tribunal hubiera apreciado la prueba habría llegado a la conclusión de que se cumplió lo pactado en el contrato contenido en el documento agregado al folio 9 y habría descartado la existencia de un contrato de trabajo.

Sostiene que de no haber apreciado las facturas de los folios 8, 29, 30 y 31 ni el pacto de los fotograbadores visible a folios 32 a 36, así como la confesión de la contesta-

ción de la demanda, con las cuales se demostraba la inexistencia del contrato de trabajo, se llegó por el Tribunal a la equivocada concepción de esa existencia de relación laboral.

Remata su dispendioso alegato sustentatorio del cargo el recurrente de la siguiente manera:

“En resumen, debido a la apreciación errónea de las pruebas que se dejan singularizadas y también a la falta de apreciación, de las otras probanzas, que también se precisaron, incurrió el Tribunal en el error de hecho evidente de dar por demostrada, sin estarlo, la existencia del contrato de trabajo afirmado en la demanda; y, consecuentemente, también en el error evidente de hecho consistente en no dar por establecido estándolo plenamente, que la relación jurídica que vinculó a las partes fue de naturaleza civil o mercantil, pero en ningún caso de carácter laboral.

“A consecuencia de tales errores evidentes de hecho, violó indirectamente los arts. 22, 23, 24 y 25 del C. S. del Trabajo referentes a definición del contrato de trabajo, sus elementos configurantes, la presunción en este caso desvirtuada de que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo y el fenómeno de la concurrencia de contratos en materia laboral, que como se demostró en el presente caso nunca existió, porque sólo tuvo ejecución el del documento visible a folio 9, que no es de naturaleza laboral. Igualmente, violó en forma indirecta los artículos 186, 189 (sustituído por el 14 del decreto 2351 de 1965), 249, 253 (sustituído por el 17 del decreto 2351 de 1965) y el 306 del mismo C. S. del Trabajo, que consagran el derecho a vacaciones y su compensación en dinero, el derecho al auxilio de cesantía y la liquidación del mismo, y el derecho a la prima de servicios. El Tribunal violó indirectamente todas estas normas al aplicarlas en forma indebida a un caso no regulado o no pertinente a ellas.

“Aceptando la formulación y sustentación del cargo, solicito se case totalmente

la sentencia acusada y se confirme la absolutoria del juzgador de primer grado”.

Se estudia el Cargo.

Es protuberante, que, el casacionista parte de la base de la inexistencia de la relación laboral entre el actor y el demandado, y sostiene en síntesis que, esa relación jurídico contractual que evidentemente tuvo operancia entre el señor Noé Niño Millán y Octavio Núñez Navas, es de tipo civil o comercial, deducida de una especie de asociación o cuentas en participación, que el censor deriva del contenido del contrato celebrado por medio del documento privado que aparece agregado al folio 9 del expediente.

El impugnante no enuncia concretamente la clase de sociedad que dice celebrada entre las partes aquí litigantes, sino que, sobre el presupuesto absoluto de la negación de la existencia de contrato de trabajo alguno, desvía la atención hábilmente hacia la vigencia contractual de una sociedad difusamente perfilada, de civil o comercial, asociación o cuentas en participación.

El propio recurrente pues, en el curso de las dispendiosas argumentaciones con que pretende sustentar este cargo, medular para los efectos perseguidos, se pierde conceptualmente en la búsqueda y demostración de alguna sociedad que sea suficiente para enervar la conclusión a que llegó el fallador de segundo grado, al deducir de ese contrato escrito una relación jurídico laboral.

Dice así el ad-quem, sobre el particular:

“Igualmente considera la Sala conveniente ilustrar el criterio expuesto con la doctrina moderna, representada por Mario Deveali sobre lo que denomina ‘Posición del Derecho Comercial y el Derecho del Trabajo’, en punto a la figura del ‘Socio-Empleado’ cuando dice: ‘La posibilidad de configurar en un mismo sujeto la calidad de socio de una sociedad y la de trabajador dependiente de la misma, constituye una de las cuestiones más difíciles de nuestra materia, puesto que en su solución corresponde armonizar dos concepciones sustancial-

mente distintas; la del derecho comercial, necesariamente rígida y que atribuye fuerza de ley a los contratos; y la del derecho del trabajo, de contenido prevalentemente realista y que se preocupa de otorgar un justo amparo a todos los que trabajan profesionalmente, con prescindencia casi absoluta de la naturaleza y contenido del esquema contractual y legal adoptado por las partes.

“En síntesis entiende la Sala que en el presente caso se dan todas las notas características de la relación de trabajo de carácter contractual, toda vez que la actividad personal del demandante ha quedado demostrada sub lite, con las probanzas atrás analizadas, ya que por otra parte no fue desvirtuado por el demandado este hecho, dejando por consiguiente incólume la fuerza probatoria de la presunción de contrato de trabajo, como la concibe el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo.”

Y esas otras pruebas a que se refiere el ad quem en el paso transcrito, son precisamente, aparte del referido contrato escrito: la respuesta al hecho 3º de la demanda así como la dada al 5º, las respuestas al pliego de posiciones, los testimonios aducidos a los autos y las deducciones tomadas de la inspección ocular, concurrentes en su concordancia demostrativa a establecer la evidencia del contrato de trabajo que existió entre el actor del juicio y la parte demandada.

No podía el Tribunal apreciar sin cometer error de graves proporciones, ese contrato privado, como “asociación o cuentas en participación” porque este tipo de contrato no puede tener lugar sino entre comerciantes según doctrina constante de la Corte, como secuela lógica de las normas mercantiles que regulan la materia, es decir los artículos 629 a 632 del Código de Comercio, especialmente del primeramente citado que dice: “La participación es un contrato, por lo cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida.”

Y está demostrado fehacientemente, con apreciación no equivocada por el Tribunal, que las actividades de los contratantes, aludidas en ese contrato contenido en el documento comentado, eran no comerciales sino de tipo absolutamente laboral como son las de fotograbado y zincgrabado.

Ni esta clase de asociación ni ninguna otra de tipo comercial pueden deducirse de esas cláusulas contractuales contenidas en el citado documento.

Pero tampoco podía el Tribunal extraer como resultado del examen probatorio, una sociedad civil de ese convenio privado, porque descartadas aquellas que requieren solemnidades indispensables para su viabilidad jurídica, de las cuales desde luego no se trata ni puede tratarse en el caso sub iudice, quedaría hipotéticamente como único reducto la sociedad de hecho a que se refiere el art. 2083 del C. Civil que dice: “Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado.”

“Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto.”

Empero, la sentencia acusada no podía enmarcar dentro de los factores determinantes de una sociedad de facto, esa relación contractual contemplada en el precitado documento privado, por cuanto las labores desempeñadas por el actor están claramente especificadas en el desarrollo de su actividad física de trabajo en el ramo del fotograbado, aun cuando la remuneración que percibiera por su esfuerzo personal desempeñado en el taller de propiedad del demandado, se llamara participación y no salario, cuando los demás elementos tipificantes del contrato laboral, analizados juiciosamente por el ad quem aparecen claramente deducidos del acervo probatorio allegado a los autos.

De la inspección ocular se desprende objetivamente que, el señor Noé Niño Millán

venía trabajando en esa actividad del fotograbado, desde el año de 1951 y consta en los libros de contabilidad de la empresa del demandado, que este señor Niño desde entonces venía percibiendo su remuneración a título de participaciones, según anotación dejada por el personal inspector de esa diligencia.

El contrato llevado a cabo por documento, fue escrito en nueve (9) de enero de mil novecientos cincuenta y tres (1953), y en él se dice claramente que "Ostavio Núñez y Noé Niño M. se asocian para continuar ejecutando todas las labores concernientes al arte del fotograbado en los talleres de propiedad del primero, situados en la calle 17 número 15-38 de la ciudad de Bogotá."

Y, esa expresión continuar, desde el punto de vista semántico, señala precisamente la prosecución de esa actividad anterior, a la cual estaba vinculado el actor desde 1951, entonces sin contrato escrito.

De forma que, la deducción tomada por el sentenciador de segundo grado sobre la relación laboral específicamente comprobada en este litigio, no se deriva tan solo de ese documento que por sí solo ya es suficientemente demostrativo sobre el particular, sino de toda la gama probatoria: contestación de la demanda, posiciones, declaraciones de testigos e inspección ocular.

En síntesis, el censor, como está anotado antes, considera erradamente apreciadas la contestación de la demanda, el documento-contrato y las posiciones absueltas por el demandado; más del análisis de la acusación frente a la sentencia y a tales probaciones, se desprende que las conclusiones del *ad-quem* fueron conducentes y no aparece que hubiera acaecido error evidente alguno en esa apreciación.

Manifiesta el recurrente que, dejaron de apreciarse: la diligencia de inspección ocular, las facturas visibles a los folios 8, 29, 30 y 31, el pacto de los fotograbadores (fs. 32 a 36) y la confesión contenida en el escrito de demanda hecho 6º.

Empero, es protuberante que, el Tribunal, en su análisis se refiere no solamente de manera general a las probanzas del juicio sino que, concretamente en uno de los apartes de su providencia dice: "(...) por su parte en la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado (fl. 55), se constató que la fecha en que efectivamente se comenzó a laborar al servicio del demandado por parte del demandante fue desde el mes de enero de 1951, en el que aparece cancelada la suma de (...) etc." Y de las comprobaciones en tal diligencia de inspección efectuadas, dedujo precisamente el salario promedio. Lejos pues de haberse dejado de apreciar esa prueba fue detenidamente examinada y constituye uno de los elementos primordiales de las demostraciones que corren a cargo de la parte actora.

En lo atinente al hecho sexto de la demanda, en donde el actor del juicio reclama que el demandado no le ha cubierto: ni el valor de vacaciones, ni cesantía ni prima, ello no constituye una confesión, como lo anuncia el casacionista, sino el compendio de los reclamos que el actor hace al demandado con la finalidad de que le sean cubiertos como resultante de los fines perseguidos en juicio.

Y, por último en cuanto corresponde al pacto de los fotograbadores (fs. 32 a 36) y las facturas de los folios 8, 29, 30 y 31 suscritas directamente por el señor Niño, ciertamente el fallador de segundo grado no hizo relación alguna a esas probaciones en forma directa, lo cual ha debido hacer, como resulta obvio acorde con nuestro sistema procesal que exige para la resolución, el examen de todas y cada una de las pruebas aportadas por la demanda y por la defensa. Mas estas mencionadas, no desvirtúan el fundamento jurídico del fallo, sostenido en aquellas otras a que se ha hecho mención en el cuerpo de esta providencia, y que necesariamente con una absoluta capacidad demostrativa fueron el factor determinante de las conclusiones del fallo acusado.

En consecuencia de lo expuesto, no apareciendo por una parte error evidente ni siendo suficiente la ausencia de crítica de

las pruebas últimamente aludidas, para enervar el fallo recurrido, el cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Dice el censor así:

“Acuso la sentencia de ser violatoria por infracción directa del artículo 17 del decreto-ley 2351 de 1965, en concordancia o relación con los artículos 249 y 253 del C. S. del Trabajo y del artículo 6º del decreto 118 de 1957.

“El artículo 17 del decreto 2351 de 1965 establece que para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los últimos tres (3) meses. Y que “para el tiempo de servicio anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha”.

“El Tribunal al proferir su condena por concepto de auxilio de cesantía, se reveló (sic) contra la norma dejando de aplicar su inciso segundo. En efecto, al hecho de un tiempo de servicios de 15 años, un mes y dos días, transcurrido entre el 1º de enero de 1951 y el 2 de febrero de 1966, le aplicó el último salario promedio mensual de \$ 2.730.70 liquidando el auxilio en su totalidad, cuando no podía hacerlo sino a partir del 1º de enero de 1963 y hasta la terminación del contrato. El tiempo anterior debía liquidarse aplicando el art. 253 del C. S. del Trabajo y el art. 6º del decreto 118 de 1957, éste último que congeló las cesantías en 30 de junio de 1957 y aquél que exige tomar como base el devengado en el año de 1962. Esos salarios se desconocen, y por tanto se violó o infringió directamente el inciso segundo del art. 17 del Decreto 2351 de 1965 al dejar de aplicarlo.

“En caso de no prosperar el cargo anterior, conforme a este segundo, debe casarse parcialmente la sentencia en cuanto a la condena por auxilio de cesantía, para limitarla exclusivamente a la causada entre

el 1º de enero de 1963 y el día de terminación del contrato”.

Se estudia el Cargo.

En este caso la censura está planteada por vía directa, de donde se deduce que, el casacionista está de acuerdo con el sentenciador acerca de los hechos básicos del fallo, mas no en las conclusiones derivadas de las normas que considera violadas.

Es bien sabido que, “para que se produzca la infracción directa de la ley sustantiva 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: porque el juzgador negó su aplicación debiendo 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”.

En el caso sub lite el sentenciador para liquidar el auxilio de cesantía tomó en cuenta el salario promedio mensual del último año de servicios demostrado en la cantidad de \$ 2.730.70, según las conclusiones de la inspección ocular. Y siendo el principio general establecido precisamente ese de que para liquidar la cesantía se toma como base el último salario devengado, las circunstancias sobre congelación del auxilio de cesantía y tiempo de su operancia, reclamados por el censor, constituyen hechos excepcionales cuya demostración para los efectos conducentes correspondía al demandado y no al actor.

Es protuberante pues que el ad-quem no violentó las normas señaladas por el casacionista sino que aplicó rectamente las conducentes a esa liquidación de cesantía.

El cargo por tanto no prospera.

Tercer Cargo:

En este cargo el recurrente acusa la sentencia en lo referente a la liquidación de la cesantía, más ahora por vía indirecta así:

“La sentencia acusada viola indirectamente el art. 17 del Decreto 2351 de 1965 en relación con los arts. 249 y 253 del C. S. del Trabajo, y 6º del Decreto 118 de 1957. La violación se produjo a consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio (f. 55).

“El error de hecho consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que el último salario promedio que devengó el demandante, es el mismo que devengó en el año de 1962 y el que había devengado en el año inmediatamente anterior al 30 de junio de 1957. Consecuencialmente, en no dar por establecido, que el actor no acreditó cual era el salario base para liquidar su auxilio de cesantía por el tiempo servido con anterioridad al 31 de diciembre de 1962 y con anterioridad al 30 de junio de 1957, correspondiéndole a él únicamente el “onus probandi” de ese presupuesto de la liquidación.

“La diligencia de inspección ocular se apreció erróneamente porque en esta solamente se estableció el salario devengado durante el último año de servicios (2 de febrero de 1965 a 2 de febrero de 1966), que sirve de base para liquidar el auxilio de cesantía desde el 1º de enero de 1963 y hasta la terminación del contrato, pero no el causado con anterioridad al 30 de junio de 1957.

“El artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 en su inciso segundo establece que ‘Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha.’ Y, en esa fecha conforme al Art. 253 del C. S. del Trabajo, para liquidar el auxilio de cesantía debe tomarse como base el último salario mensual devengado por el trabajador. Otro tanto dispuso el art. 6º del Decreto 118 de 1957, cuando congeló las cesantías, en relación con el auxilio causado con anterioridad al 30 de junio de 1957. Como no se demostraron esos

salarios bases para la liquidación del auxilio con anterioridad al 31 de diciembre de 1962 y a 30 de junio de 1957, la condena del Tribunal debe limitarse exclusivamente al auxilio causado entre el 1º de Enero de 1963 y el día de terminación del contrato. Pido que se case parcialmente la sentencia y se limite la condena a la cesantía causada exclusivamente en este último lapso.”

Se estudia el Cargo.

En este caso como en el anterior, el casacionista ya por la vía indirecta repite las mismas argumentaciones, sobre la base ahora de error evidente en la apreciación de la prueba de inspección ocular.

Empero, si como el mismo censor lo sostiene, fue demostrado el salario devengado en el último año de servicios, no cabía al ad-quem, para la realización de las operaciones conducentes a obtener el guarismo determinante de la cesantía correspondiente al actor, hacer otra cosa que tomar ese salario promedio demostrado para llegar a la conclusión positiva a que llegó en la sentencia acusada.

Expresa el impugnante que ese “onus probandi” referente al auxilio de cesantía congelado, y al tiempo de duración de ese fenómeno, correspondía al demandante, concepto éste que no es el ajustado a derecho, pues ya se dijo cómo aquellas situaciones excepcionales, que de aparecer demostradas en juicio hubieran favorecido exclusivamente al demandado invierten la obligación de la carga de la prueba, y entonces ese “onus probandi” invocado por la censura, no correspondía, como está ya advertido antes en el cargo anterior, al promotor del juicio, sino al demandado, en virtud del principio probatorio enunciado bajo la expresión latina “reus excipiendo fit actor”, principio este que se aplica no solo a aquellas situaciones procesales en donde cabe formalmente el planteamiento de excepciones y su tramitación separada en el curso de un mismo proceso, sino siempre que el demandado pueda estar cobijado con una situación excepcional favorable y quiera y pueda demostrarla para su beneficio.

En la liquidación pues, de la cesantía tomada en el caso de autos con fundamento en el último salario demostrado, no aparece error evidente alguno que pueda afectar el fallo recurrido.

El cargo no prospera.

Cuarto Cargo:

Manifiesta el recurrente:

“La sentencia acusada viola indirectamente el art. 306 del C. S. del Trabajo por haberse aplicado indebidamente. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho consistente en que no se ha demostrado el salario base para liquidar dicha prestación social, pues solo se acreditó el devengado en el último año de servicios (febrero 2 de 1965 a febrero 2 de 1966), pero no el que tenía en el primer semestre (20 de junio) o en el segundo semestre (20 de diciembre) del último año de calendario trabajado, ya que por el tiempo servido de 1966 no se causó el derecho.

“La prueba erróneamente apreciada fue la diligencia de inspección ocular (f. 55) pues en ella no se estableció cuál fue el salario promedio base del último año calendario servido (1965) y no obstante se produjo la condena por esa prestación social.

“Debido al error de hecho evidente que se deja demostrado, se violó indirectamente el Art. 306 del C. S. del Trabajo, aplicándolo indebidamente a un caso en que no se demostró el salario base para que proceda la liquidación de las primas de servicio. Por virtud de este cargo deberá casarse parcialmente la sentencia acusada y revocar la condena que por concepto de primas de servicio profirió el juzgador de segunda instancia, absolviendo, en consecuencia, al demandado.”

Se Estudia.

Evidentemente es bien sabido que las primas de servicios son cubiertas por la parte patronal al trabajador por semestres del calendario, fijadas normativamente en el úl-

timo día de junio para la primera y en los primeros veinte días de diciembre para la segunda.

En el caso de estudio el ad-quem tomó para determinar las primas de servicio reclamadas por el actor, el salario promedio deducido de la prueba de inspección ocular en la cantidad de \$ 2.730.70, mas computando lo percibido por el demandante desde el 2 de febrero de 1965 al 2 de febrero de 1966.

Es decir que, dentro de ese cómputo general que comprende el aludido salario promedio correspondiente al último año de servicio, no está específicamente determinado el salario que recibió el señor Niño, en cada uno de los semestres del calendario del año de 1965, que es el que debe tenerse en cuenta para fijar el monto de tales primas, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Tal salario promedio establecido con suficiente demostración probatoria, sirve de base para las otras liquidaciones establecidas en las condenas, pero no para los fines de señalar el quantum de las primas de servicio, cuya liquidez, como está advertido, se deriva exactamente y en forma restricta de la demostración que se haga sobre lo devengado por el empleado o trabajador en cada uno de los semestres calendarios.

En tales condiciones, es protuberante que el fallador de segunda instancia para esa liquidación tomó en cuenta un salario que no es el que legalmente corresponde para liquidar tales primas, y como consecuencia resulta mal apreciada por ese aspecto la prueba de la inspección ocular.

Incurrió pues el ad-quem en error de hecho evidente al dar por establecido el salario para liquidar las primas de servicio, quebrantando, por aplicación indebida el art. 306 del C. S. del T., por lo cual habrá de casarse la sentencia acusada por ese aspecto, toda vez que, como corolario lógico este cargo prospera.

No considera la Sala necesario exponer más argumentaciones para el pronunciamiento de instancia.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el doce de febrero del corriente año, en este juicio, en lo atinente al literal b) de la parte resolutive, en que condena al pago de primas de servicio, y actuando como tribunal de instancia confirma el fallo de primer grado dictado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en este mismo juicio, en cuanto absuelve al demandado del pago de tales primas de servicio.

No se casa en lo demás la sentencia acusada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., J. Crótatas Londoño.

Vicente Mejía O., Secretario.



EMPLEADO PUBLICO

El hecho de que exista un nombramiento; que ante el Presidente de una Junta Directiva se haya tomado posesión del cargo y que para ello se hubieran cumplido algunos requisitos tales como presentar certificado de paz y salvo y adherir estampillas de timbre nacional, etc., no es forzosamente indicativo de la calidad de empleado público del mismo, mientras no se establezca que las funciones del cargo le imprimen ese carácter.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre cinco de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria S.).
(Acta N° 48).

Aquiles Peñuela Rozo, por conducto de apoderado, demandó a la "Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpal", establecimiento público descentralizado con domicilio en Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía y previa citación del Personero Distrital de Bogotá, fuera condenada a pagarle por lucro cesante la suma de \$ 67.288.00 m/cte. y salarios caídos a razón de \$ 104.00 diarios, a partir del 17 de septiembre de 1965 y hasta cuando la Corporación pague o consigne a su favor la indemnización por salarios faltantes.

Apoyó su demanda en diez hechos que se sintetizan así:

El demandante laboró al servicio de Corpal, desempeñando el cargo de Gerente, y con una asignación de tres mil ciento veinte pesos mensuales (\$ 3.120.00), desde el 5 de abril de 1963 hasta el 17 de septiembre de 1965. Su ingreso como trabajador al ser-

vicio de la demandada tuvo su origen en nombramiento que se le hizo por un período de dos (2) años, el cual se prorrogó por ministerio de la ley, y no obstante que el artículo 13 del Decreto N° 1071 de 1964 establece que el Gerente "podrá ser removido en cualquier momento, por causas expresamente fijadas en los estatutos", fue despedido de manera ilegal e injusta, cuando le faltaban 21 meses y 17 días para vencerse su último período de dos (2) años, estando la entidad en mora de solucionarle las indemnizaciones que reclama, por cuanto ya han transcurrido los 90 días de gracia a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto N° 797 de 1949. La Corporación tiene como objetivo legal adquirir y suministrar a las personas públicas y privadas, productos farmacéuticos, elementos y equipos para fines de asistencia médica y odontológica, es decir, ejecuta actos "idénticos a los de particulares o susceptibles de ser fundados y manejados por éstos en la misma forma". Esta agotado el procedimiento gubernativo por cuanto habiéndose hecho el reclamo administrativo desde el 8 de junio de 1967, Corpal ha guardado silencio, con quebranto del derecho de petición que consabrá la Constitución y la ley.

En derecho fundamentó el libelo en los artículos 11 de la ley 6ª de 1945, 3º de la ley

64 de 1946, 4º, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, ley 28 de 1963 y Decreto 1071 de 1964, 0550 y 1732 de 1960.

Conoció de la demanda el Juzgado 3º Municipal del Trabajo de Bogotá, el cual la admitió por auto de 5 de agosto de 1967 y ordenó correr traslado de ella al representante de la Corporación y al Personero Distrital de Bogotá.

El representante del Ministerio Público se dio por notificado del auto en que se le corría traslado y teniendo en cuenta que la demandada "es un establecimiento público descentralizado con personería jurídica y autonomía patrimonial, creado por la ley 28 de 1963, y por tanto de carácter Nacional", manifestó que la intervención correspondía en este caso al señor procurador de Distrito Judicial, "quien de acuerdo con el numeral 4º del artículo 54 del Decreto 1698 de 1964 fue investido para esa atribución".

Por su parte el representante de la Corporación confirió poder para la defensa de los derechos de la entidad de la cual era gerente y este mandatario judicial dio contestación a la demanda negando los hechos, manifestando que el procedimiento a seguir era el contencioso-administrativo y oponiéndose a las peticiones del libelo por considerar que la vinculación del actor lo fue en calidad de gerente "por medio de una relación de derecho público y no contractual-laboral" (folio 16). En derecho apoyó fundamentalmente la defensa de su poderdante en la ley 28 de 1963 y en el Decreto 1071 de 1964. Propuso además las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda.

En la audiencia de conciliación y trámite el apoderado del actor corrigió la demanda, así:

"1º El vínculo contractual que ató al Dr. Aquiles Peñuela Roza con la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpel— finalizó por despido injusto el 16 de junio de 1965 y no el 17 de septiembre del mismo año, como se afirma en el hecho primero de la demanda ordinaria.

"2º En consecuencia, el lucro cesante solicitado no es de \$ 67.288.00 como se consigna en la parte petitoria, sino de \$ 67.496.00.

"3º El período estatutario o término determinado (sic) por el Decreto 1071 de 1964, es de dos años".

De la anterior corrección del libelo se ordenó correr traslado tanto al representante de Corpel como al señor Personero Distrital de Bogotá.

El primero, por medio de apoderado negó los nuevos hechos, si así pudieran calificarse. El señor personero de Bogotá nuevamente manifestó que a quien debía darse traslado no era a él, sino al señor Procurador de Distrito Judicial.

En la continuación de la primera audiencia de trámite declaró el Juzgado no probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción y sobre la de inepta demanda resolvió que tenía el carácter de perentoria y por tanto se resolvería en la sentencia que pusiera fin a la instancia.

Rituado el procedimiento en la forma indicada por la ley, el Juzgado profirió fallo de primer grado el 15 de julio de 1968, disponiendo:

"Artículo 1º. — Condénase a la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social 'Corpel', debidamente representada, a pagar en favor del doctor Aquiles Peñuela Roza, la suma de \$ 11.232.00 por concepto de lucro cesante.

"Artículo 2º. — Absuélvese de las demás peticiones a la demandada.

"Artículo 3º. — Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"Artículo 4º — Sin costas".

Contra esta providencia interpusieron recurso de apelación los apoderados de ambas partes para ante el Tribunal Superior de Bogotá y esta Corporación dictó sentencia el 31 de octubre de 1968, en la cual resolvió:

"1º Revócase el numeral segundo del fallo apelado y, en su lugar condénase a la demandada a pagar al actor la suma de ciento cuatro pesos (\$ 104.00) M/cte., diarios por concepto de indemnización moratoria, a partir del día diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), y hasta el día que le sea cancelada al actor la indemnización por lucro cesante.

"2º Confírmase el fallo apelado en todo lo demás.

"3º Sin costas en esta instancia".

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la entidad demandada, el cual una vez concedido y admitido por la Sala Laboral de la Corte, procederá a estudiarse teniendo en cuenta la demanda con que se sustentó. El escrito de oposición fue presentado extemporáneamente.

El Recurso

Aspira el recurrente a que la Sala de Casación Laboral de la Corte, case la sentencia de segundo grado, de fecha 31 de octubre de 1968, en cuanto condena a la Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpal— al pago de lucro cesante e indemnización moratoria y que como Tribunal de Instancia, revoque la proferida por Juzgado 3º Municipal del Trabajo de Bogotá de fecha 15 de julio de 1968, en cuanto condenó al lucro cesante y la confirme en cuanto absolvió de la indemnización moratoria y "por los demás conceptos de la demanda".

Para ello, el recurrente invoca la causal señalada "en el ordinal 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964" y formula a continuación cinco cargos, los cuatro primeros por violación directa de la ley y el último por violación indirecta, a causa de error evidente de hecho, los cuales pasan a estudiarse en la siguiente forma: los cuatro primeros conjuntamente por cuanto la acusación se hace por la misma vía y son unas mismas las disposiciones que se indican como violadas y los argumentos para demostrar la vio-

lación de la ley son similares. El último cargo se estudiará separadamente.

Primer Cargo:

"La sentencia recurrida es violatoria, por aplicación indebida, del artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo; del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945; del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945; del artículo 11 de la misma Ley 6ª de 1945; de los artículos 4º y 43 del Decreto Reglamentario de la Ley 6ª de 1945, el número 2127 de 1945; del artículo 4º de la Ley 28 de 1963; del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto 1071 de 1964, reglamentario de la Ley 28 de 1963, normas todas de carácter sustancial y nacional, por interpretación errónea de las mismas."

En la demostración del cargo analiza el recurrente cómo la interpretación equivocada de las normas citadas condujeron el Tribunal, según él, a aplicarlas indebidamente, pero incurre en contradicciones, pues a veces invoca la interpretación errónea de todas las normas y otras el de un solo grupo de las mismas que por su equivocado entendimiento llevaron al sentenciador a la aplicación indebida de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y del 4º y 43 del Decreto 2127 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949.

Para el recurrente, a pesar de la claridad de las normas que rigen el establecimiento público denominado Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpal—, se le dio por el Tribunal el carácter de empresa comercial, con ánimo de lucro, conclusión a que llegó por errónea interpretación de las primeras, lo cual dice "lo llevó a la violación de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 28 de 1963".

El equivocado concepto del Tribunal, acerca de los artículos de la Ley 28, citados, dice el acusador, lo mismo que la interpretación también errada que dio a los artículos acusados de su decreto reglamentario, lo llevó a violar los indicados de la Ley 6ª y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por aplicación indebida. Si se hubiera producido la interpretación correcta de las normas y

la consiguiente aplicación "igualmente correcta de ellas, le habría permitido concluir que el régimen aplicable al actor Aquiles Peñuela Rozo" era el propio de empleado vinculado a Corpal por "una relación de Derecho Público".

A continuación el acusador precisa una serie de diferencias para él fundamentales entre la institución de la que fue Gerente el demandante y aquéllas fundadas y manejadas por particulares.

Dice además que el cargo de Gerente de Corpal fue creado por ley y entonces el demandante fue un "empleado público", el cual estaba dentro de la regla general establecida en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y no dentro de las excepciones del mismo.

Segundo Cargo:

Este cargo se formula de la siguiente manera:

"La sentencia impugnada es violatoria del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; del artículo 43 del Decreto 2127 de 1945; del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, normas éstas de carácter sustancial y nacional, por aplicación indebida de las mismas y por vía directa, lo que ocurrió por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º de la Ley 28 de 1963 y los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto reglamentario número 1071 de 1964 y como resultado por la misma causa y por la misma vía de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 3ª de 1945".

Para demostrar este cargo, el recurrente en forma extensa se refiere a la violación de la ley por aplicación indebida y falta de aplicación de la misma, que la Sala sintetiza, así:

a) El Tribunal de Bogotá, no quiso en parte alguna, estudiar el alegato del recurrente. Lo "ignoró en forma por demás olímpica y sin la más leve consideración por quien lo suscribió". En esta alegación se demostró hasta el extremo la naturaleza y funciones de la entidad demandada, lo mis-

mo que la "naturaleza del vínculo con sus servidores, especialmente con su Gerente y representante legal".

b) El sentenciador, sin un examen a fondo del litigio, se limitó a transcribir jurisprudencias de la misma Corporación, sin argumentos valederos, para concluir que no era un absurdo jurídico la existencia de contrato de trabajo entre Corpal y el demandante.

c) Se consideró a Corpal como una empresa idéntica a la de los particulares, susceptible de ser manejada como las de éstos, es decir, con ánimo de lucro y que por consiguiente sus servidores están vinculados por una relación laboral y no de derecho público, lo cual llevó al sentenciador a aplicar los artículos 4º y 43 del Decreto 2127 de 1945 y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y como consecuencia el 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en forma indebida;

d) En el sub-lite el Tribunal entendió recatemente las normas antes indicadas, aplicándolas a un hecho probado, que el actor ejerció el cargo de Gerente de la Corporación demandada, pero con prescindencia de la Ley 28 de 1963 y su Decreto reglamentario, lo cual le llevó a dar a las primeras una aplicación indebida, por cuanto las segundas indicaban que se trataba de un funcionario ligado a Corpal por un vínculo de derecho público.

e) Quiénes se vinculan al Estado directamente o en forma indirecta por un acto legal o reglamentario, tienen la calidad de empleados públicos porque el empleo es de creación legal, sus funciones reglamentadas a través de la misma ley o de los decretos respectivos y, además, "se toma posesión del cargo".

f) A la aplicación indebida que se señala, llegó el Tribunal por un proceso de meras jurisprudencias suyas, prescindiendo del análisis a fondo de la naturaleza jurídica del Establecimiento Público demandado, que llevó al sentenciador también, a no estudiar la naturaleza del vínculo que ligó al actor con Corpal y a no estudiar en consecuencia el planteamiento hecho en la se-

gunda instancia por el apoderado de la demandada, que en parte reproduce el acusador y adiciona con otras razones tales como, que el sentenciador no tuvo en cuenta la buena fe de Corpal, que hubiere evitado la condena que hizo por salarios caídos.

Tercer Cargo:

Se formula así:

“La sentencia impugnada infringió directamente los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 28 de 1963; los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13, 14, 15, 16º, 17º, 18º, 19º y 20 del Decreto 1071 de 1964 y como consecuencia dio aplicación indebida a los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y a los artículos 4º y 43 del Decreto número 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945 y artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que como ya expresé en cargo anterior, según jurisprudencia de la Corte Suprema —Sala Laboral—, tiene carácter reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, normas todas éstas de carácter sustancial y laboral.”

El concepto de la infracción directa de las disposiciones citadas, es una repetición de lo dicho en los anteriores cargos, especialmente en el primero y lo mismo pasa con el concepto de aplicación indebida de las otras normas.

Siendo esto así, y no existiendo ninguna otra razón nueva para sostener la acusación, no se vé la necesidad de sintetizar el cargo.

Cuarto Cargo:

Según el recurrente, “la sentencia impugnada infringió directamente, por aplicación a un hecho inexistente, los artículos 4º y 43 del Decreto 2127 del 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949 y como consecuencia de ello violación de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 por aplicación indebida, normas éstas de carácter nacional y sustancial”.

Dice el impugnante que a estas violaciones llegó el Tribunal por haberle dado al es-

tablecimiento público Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpál—, el carácter de empresa descentralizada susceptible de ser manejada como las empresas particulares, con ánimo de lucro, y además, estableció una “identidad” que no existe ni es posible que exista de acuerdo con “la naturaleza de su fundación, manejo y métodos de operación” para lo cual basta remitirse al contenido del mismo artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Agrega que, si se hubiera estudiado la naturaleza, funciones y métodos de operación de la entidad demandada, la integración de su patrimonial, el manejo del mismo y sus métodos específicos de operación, hubiera concluido el sentenciador que el régimen aplicable al Gerente del establecimiento citado, por su creación legal y reglamentaria era y es el correspondiente a un empleado público no sometido al régimen contractual laboral. Cita en apoyo de esta afirmación una jurisprudencia de la Corte ya transcrita cuando vertió en otro cargo uno de los alegatos de instancia y concluye fijando en cuatro ordinales su personal opinión respecto a la naturaleza de las relaciones entre las partes, así:

a) Fue la Ley 28 de 1963, la que creó el cargo de Gerente de Corpál. De manera que ni aún con consentimiento o autorización del establecimiento a través de su Junta directiva, puede cambiarse esa categoría o alterarse para darle a la entidad una representación legal diferente;

b) La misma ley estableció un período fijo de dos (2) años para el Gerente y no puede pensarse que con intervención de éste o de la Junta Directiva o mediante acto laboral-contractual pueda alterarse el período;

c) El Decreto 1071 de 1964 fijó las atribuciones y facultades del Gerente, señaló el régimen de incompatibilidades y responsabilidades del mismo, cuestiones éstas que indican que las partes, es decir Corpál y el Gerente, no pueden por sí mismas modificar ese régimen legal y reglamentario porque ello implicaría el quebrantamiento de la Constitución y de la Ley; y,

d) Que la Ley 28 de 1963 y su Decreto reglamentario 1071, fueron los estatutos jurídicos que señalaron al Gerente "una situación legal y reglamentaria, la cual no puede ser modificada convencionalmente, porque aquél, como empleado público carece de esa potestad o imperio para crearla o alterarla".

De las razones anteriores infiere el casacionista que las normas indicadas en este cargo fueron unas, infringidas directamente y las otras aplicadas a un hecho inexistente.

La Corte considera:

El problema que plantea el recurrente en estos cuatro cargos, que la Sala ha sintetizado en lo posible, por razón de que la demanda de casación se presentó como un extenso alegato de instancia, no es otro que su afirmación de que el establecimiento demandado hace parte de la Administración Pública, que por consiguiente sus empleados directivos y en especial, el Gerente, son empleados públicos, máxime cuando el cargo de este último fue creado por el artículo 5º de la Ley 28 de 1963, y por tanto, como cuestión esencial, no puede aplicarse al actor en el juicio las normas del contrato de trabajo, ya que, no se encuentra en ninguna de las excepciones contempladas por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año.

El desarrollo de estos planteamientos sería correcto en sede de instancia más no en el de casación, porque siendo el último un recurso formalista debe ajustarse a una técnica especial de que carece la demanda sustentatoria, como a continuación se pasa a explicar.

I. - Todo el primer cargo se fundamenta en la aplicación indebida de la mayor parte del articulado de la Ley 28 de 1963, su Decreto reglamentario 1071 de 1964, algunas disposiciones de la Ley 6ª de 1945, de su Decreto reglamentario y del distinguido con el Nº 797 de 1949, a consecuencia de la interpretación errónea de estas mismas disposiciones.

Sin embargo, el recurrente no indica cuál fue la equivocada apreciación del Tribunal al respecto, ni cuál la verdadera interpretación que debería darse a las normas que cita, y no podía hacerlo, por cuanto el sentenciador no hizo ninguna interpretación de los artículos cuya violación se le imputa en el cargo y se limitó como lo dice el acusador a fundamentar la sentencia de mérito que profirió en citas jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de establecimientos públicos distintos al demandado.

Además, el recurrente involucra en este ataque cuestiones de hecho que no son de recibo cuando la acusación se hace por vía directa. Es así como para demostrar la violación de la ley, afirma que el Tribunal no quiso hacer un estudio a fondo del escrito de contestación de la demanda ni del alegato de conclusión presentado en la segunda instancia, y luego, para demostrar que el ex-Gerente de Corpal fue un empleado público, se refiere a su nombramiento "por medio del Acuerdo número 22 de la Junta Directiva" y de la posesión que tomó del cargo para lo cual tuvo que presentar certificado de paz y salvo por impuesto de renta y complementarios y adherir a la diligencia estampillas de timbre nacional por un valor determinado, requisitos que dice el acusador, se exigen sólo a quienes se vinculan al Estado por una relación de derecho público.

III. - En el segundo ataque el casacionista cita como violadas las mismas disposiciones, y comienza la censura criticando el hecho de que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta el alegato presentado por el apoderado de Corpal en la segunda instancia y luego nuevamente afirma que la vinculación de Aquiles Peñuela fue legal y reglamentaria por haber tomado posesión del cargo.

Transcribe en parte el alegato ameritado en el que abundan citas jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte y del Consejo de Estado y de las que se hace resaltar como principal aquella que resolvió el recurso de homologación contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento obligatorio en el conflicto colectivo de la Beneficencia de Cundinamarca y su Sindicato, de

fecha 31 de julio de 1968. De acuerdo con esta jurisprudencia, lo que sirve para calificar la naturaleza de la relación jurídica es la función que desempeña el trabajador.

Claramente se ve cómo si ésta es la razón que se esgrime para demostrar la naturaleza del vínculo que unió a las partes, lo que está planteando el recurrente es una cuestión de hecho, salvo —y éste no es el caso— de que la ley indique cuáles son dichas funciones.

Igualmente, en el ataque se hace resaltar la circunstancia de que Corpal obró de buena fe y por tanto no ha debido imponérsele la sanción moratoria.

La buena o la mala fe, son cuestiones también fácticas, como el argumento de las funciones que desempeñaba Peñuela, y que según el opositor eran indicativas del vínculo legal y reglamentario que ligaba a las partes.

III. - En el cargo tercero el recurrente hace descansar la acusación en dos argumentos: a) Que no existe identidad de Corpal, ni aún en su manejo, con ninguna entidad particular; y, b) que el cargo de Gerente de la institución es de creación legal.

La primera razón es una mera opinión personal del recurrente, que solo afirma el hecho, sobre la base de comentarios que hace respecto a los artículos citados como infringidos directamente de la Ley 28 de 1963 y del Decreto 1071 de 1964.

La segunda, no tiene ningún apoyo legal pues de conformidad con el artículo 5º de la Ley 28, solamente se indicó cómo estaría compuesta la Junta Directiva de Corpal y dentro de ella se previó que haría parte integrante “el Gerente elegido por dicha Junta para un periodo de dos (2) años prorrogables, quien tendrá voz pero no voto”.

Además, al tratar de demostrar el cargo, ya no habla el recurrente de la infracción directa de las disposiciones indicadas en su formulación. Se abandona este medio de violación de la ley y se acude a otro, la “aplicación indebida”. Dijo el recurrente:

“Si se procede conforme a lo dicho y jurisprudencia transcrita, no se ve cómo la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpál— puede ser ‘idéntica’ a una institución particular, entre otras cosas, porque con ninguna privada se puede comparar en su forma externa de fundación, manejo o métodos de operación, tal como se expresó en el análisis que se hace en este cargo de cada uno de los artículos de la Ley 28 de 1963 y cada uno de los artículos del Decreto 1071 de 1964 y que por ausencia total de su estudio no los tomó en consideración el Tribunal, produciéndose, entonces, violación directa por aplicación indebida de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la ley 28 de 1963 y los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20 del Decreto 1071 de 1964 y como consecuencia de ello, por la misma causa y por el mismo concepto los artículos 1º y 8º y 11 de la ley 6ª de 1945, y los artículos 4º y 43 de su Decreto reglamentario número 2127 de 1945 y artículo 1º del Decreto 797 de 1949,...”.

IV. - El último cargo formulado por la vía directa, está también mal planteado, por falta de una proposición jurídica completa. En efecto, las consecuencias que saca el recurrente de la violación de algunas disposiciones del Decreto 2127 de 1945 y de la ley 6ª del mismo año, así como del Decreto 797 de 1949, las hace incidir todas en que el Tribunal dio al establecimiento público “Corporación Proveedora de Asistencia Social —Corpál—”, el carácter de empresa descentralizada susceptible de ser manejada como las empresas particulares, con ánimo de lucro, y además, “estableció una ‘identidad’ que no existe ni es posible que exista de acuerdo con ‘la naturaleza de su fundación, manejo y métodos de operación’ para lo cual basta para llegar a dicha conclusión remitirse al contenido del mismo artículo 4º del Decreto 2127 de 1945”.

Entonces, fácilmente se ve cómo si las disposiciones legales orgánicas de Corpal no fueron acusadas, mal pueden sacarse conclusiones respecto a la naturaleza, funciones y métodos de operación de aquélla, con la sola acusación de las normas indicadas de la ley 6ª de 1945 y de su Decreto re-

glamentario, sobre contrato de trabajo y régimen del mismo.

V. - La violación de normas legales por la vía directa, lo ha dicho reiteradamente la Corte, no puede hacerse a través de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de apreciar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.

En el sub-lite, el casacionista ha querido demostrar, en general, la violación de la ley a través de cuestiones probatorias, que por consiguiente hacen inanes los cargos.

De otra parte, incurrió como se dejó analizado, en protuberantes errores técnicos tales como dar por equivocadamente interpretadas disposiciones en que no se fundamentó el Tribunal para proferir su decisión, lo cual hace desaparecer el concepto de la interpretación errónea de la ley y, finalmente, en el último cargo por la vía que se analiza, hizo imposible su estudio por la manera como lo formuló.

Como consecuencia, los cuatro cargos por la vía directa, se rechazan.

Quinto Cargo. Fue formulado así:

“La sentencia impugnada, infringió indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 4º y 43 del Decreto 2127 de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949, los artículos 1º, 8º y 11 de la ley 6ª de 1945, los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º de la ley 28 de 1963, 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto 1071 de 1964, normas éstas sustantivas de carácter nacional. A estas violaciones llegó el sentenciador a consecuencia de evidentes errores de hecho en la no apreciación de las pruebas que más adelante detallaré”.

Como pruebas no apreciadas cita el recurrente el documento que obra al folio 68 del cuaderno principal; el del folio 60 contentivo de la absolución de posiciones del

actor; el acuerdo N° 22 de 25 de marzo de 1963, que obra al folio 67; el documento que contiene el acta N° 130 de 19 de mayo de 1963 sobre reunión de la Junta Directiva, varios de cuyos apartes transcribe y el documento del folio 65 que contiene el acuerdo N° 29 de la junta directiva, de fecha 4 de junio de 1965 por medio del cual se nombra en reemplazo del demandante al doctor Mario Parra Gómez.

En el concepto de la violación dice el acusador:

“La falta de apreciación por parte del Tribunal de estos documentos, lo llevó a considerar que entre el actor y el establecimiento público demandado existió una relación laboral contractual; que hubo despido sin justa causa; que existió una prórroga presuncional del contrato de trabajo, cuando en realidad dichos documentos demuestran la calidad de empleado o funcionario público que tuvo el gerente, demandante no sometido, por tanto, a un régimen contractual sino legal y reglamentario y que, además, no hubo despido sino reemplazo por vencimiento del período fijado en la ley para su duración y, además igualmente, que según sus propias palabras consignadas tanto en las posiciones como en el documento que contiene el acta número 130 de fecha 19 de mayo de 1965, él, el gerente, se encontraba ‘en interinidad’.

“La interinidad como norma general no se predica respecto de trabajadores vinculados por contrato de trabajo, sino exclusivamente de los funcionarios o empleados públicos. La interinidad es un sistema de provisión o permanencia en el empleo público, de uso común y corriente en la administración Pública con fundamento en las normas que la regulan, concretamente el Código de Régimen Político y Municipal. La interinidad, repito, no se predica respecto del contrato de trabajo, por sus elementos y características muy especiales y diferentes a las del empleado público.

“Cuando el empleo es de creación Constitucional, legal o reglamentaria como en el presente caso, debe procederse nó a la cele-

bración de un contrato de trabajo, sino conforme al acto condición de nombramiento, aceptación y posesión. El Cargo de Gerente del Establecimiento Público demandado es de creación legal y reglamentaria; se produjo el nombramiento por la Junta Directiva conforme a la ley 28 de 1963 y decreto 1071 de 1964; el nombrado gerente aceptó el cargo; se posesionó y entró a ejercer las funciones contempladas en los estatutos mencionados. Finalizado el período expresamente fijado por la ley —que no por voluntad contractual o decisión unilateral de una de las partes— se procedió a su reemplazo, pues la Corporación no estaba obligada, porque la ley no lo contempla, a reelegirlo. El hecho de que hubiera prestado servicios algunos días, con posterioridad al vencimiento del período fijado, no puede tomarse, en ningún caso, como prórroga automática y presuntiva de la relación jurídica que lo vinculaba al Establecimiento Público demandado, aspecto que no contempla la Ley para empleados públicos. Lo que ocurre es que conforme a la responsabilidad propia del empleado público éste no puede abandonar el cargo hasta tanto no designe o posea la persona que ha de reemplazarlo, máxime cuando ese empleado tiene la representación legal de un Establecimiento Público y la consiguiente responsabilidad que se deriva de la creación legal y reglamentaria del cargo.

“Entonces la falta de apreciación de los documentos auténticos de posesión, acuerdo de nombramiento, acuerdo de reemplazo, posiciones, Acta de la Junta Directiva, en donde el Gerente-demandante pidió se definiera su situación de “interinidad”, fue la que llevó al Tribunal a violar, por vía indirecta y por error manifiesto de hecho, los artículos 4º y 43 del Decreto 2127 de 1945 y artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y como consecuencia de ello y por la misma causa los artículos 1º, 8º, 11 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º de la Ley 28 de 1963, los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 13º, 14º, 15º, 16ª, 17º, 18º, 19º y 20 del Decreto 1071 de 1964, pues de haber apreciado dichos documentos auténticos hubiera necesariamente llegado a la conclusión de que la relación jurídica que vinculó al actor con

el Establecimiento Público demandado lo fue de empleado público; que ejerció un cargo de creación legal y reglamentaria y que las condiciones y calidades con que lo hizo fueron exclusivamente de un empleo de responsabilidad derivada no de una relación contractual-laboral sino propia de la Ley y del Reglamento, exclusiva del empleado o funcionario público. Si el Tribunal no hubiera procedido dentro de este concepto de la violación indirecta de las normas individualizadas, hubiera apreciado los documentos indicados; no hubiera incurrido en el error de hecho que se deriva de la falta de apreciación de los mencionados documentos, la absolución total del Establecimiento Público Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpal— se hubiera producido, como solicito muy respetuosamente a la Honorable Corte —Sala Laboral— al formular esta demanda de casación en los términos y dentro de los cargos formulados.”

Se considera:

Cierto es que el Tribunal en el fallo acusado no examinó, ni tuvo en cuenta las pruebas indicadas por el recurrente. Debe examinarse entonces si este hecho conlleva el error protuberante y ostensible que alega el recurrente y que de configurarse implicaría la casación de la sentencia.

Para la Sala, prescindiendo de la absolución de posiciones que no es documento auténtico, los demás que señala el impugnador como no apreciados, no tienen la virtualidad de demostrar que entre las partes existió una relación legal y reglamentaria.

El recurrente lo que hace es volver nuevamente a hacer los mismos planteamientos de los cargos anteriores, aunque por otra vía y que son apenas sus propias opiniones respecto a la naturaleza de las relaciones que tuvieron las partes y en aquéllas apoya toda la argumentación de la censura.

El casacionista no demostró el error de hecho evidente en que dice incurrió el Tribunal. El hecho de que exista un nombramiento; que ante el Presidente de una Jun-

ta Directiva se haya tomado posesión del cargo y que para ello se hubieran cumplido algunos requisitos tales como presentar certificado de paz y salvo y adherir estampillas de timbre nacional, etc., no es forzosamente indicativo de la calidad de empleado público del mismo, mientras no se establezca que las funciones del cargo le imprimen ese carácter.

En las anteriores circunstancias, el cargo no prospera.

Por las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Ca-

sación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA EN EL CASO DE LOS SERVIDORES OFICIALES

La Corte, por providencia de 11 de septiembre de 1970 y de acuerdo con lo ordenado el 15 de junio de 1970, REVOCA la sentencia dictada por el Juzgado 5º Laboral de Bogotá y en su lugar condena al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el juicio que le adelantó José Joaquín Pérez Monsalve.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 37).

En el fallo de casación que antecede, la Sala ordenó, mediante auto para mejor proveer, que la Caja Nacional de Previsión Social remitiera copia de la solicitud que le formuló el actor, José Joaquín Pérez Monsalve, para que le reconociera y pagara su auxilio de cesantía, a fin de graduar la indemnización moratoria desde la fecha de dicho pedimento, previo descuento de los 90 días de gracia establecidos en el Decreto 797 de 1949, hasta aquella en que le cubrió el valor de tal auxilio, pues no puede tomarse como mora de la administración al lapso transcurrido entre el retiro del trabajador y la formulación de la aludida solicitud, por las razones expuestas en el mencionado fallo y que huelga repetir en éste.

En consecuencia: De las copias enviadas por la Caja aparece que el demandante presentó su petición de pago del auxilio de cesantía el 14 de diciembre de 1967 y que su valor le fue cubierto el 2 de julio de 1968, lo

que arroja un total de 202 días de mora. Y descontado los 90 fijados en el antedicho Decreto, restan 112 días por los cuales debe a pagar indemnización el Instituto condenado, a razón de \$ 50.66 por cada día de retardo, sobre la base de un sueldo de \$ 1.520.00 deducido por el Tribunal, o sean \$ 5.674.00 m/cte.

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, en función de instancia, revoca la sentencia dictada en este juicio por el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá el 30 de julio de 1968 y, en su lugar, condena al Instituto Geográfico Agustín Codazzi a pagar, luego de ejecutoriado este fallo, a José Joaquín Pérez Monsalve, la suma de cinco mil seiscientos setenta y cuatro pesos (\$5.674.00) m/l. colombiana, no se casa en lo demás el fallo recurrido.

Sin costas ante la Corte.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García Barbosa, Crótatas Lndóño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LUGAR DONDE SE HAYA DE PRESTAR EL SERVICIO

Es cierto que la estipulación contractual permite exigir al trabajador el servicio contratado en cualquier lugar del país o aún del exterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. catorce de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Cróatas Londoño).

(Acta No. 37).

Se decide el recurso de casación interpuesto por "Almacenes TIA Ltda." contra la sentencia de fecha cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario de Ana Isabel Sánchez Navarrete contra la empresa recurrente.

La sentencia objeto del recurso extraordinario condenó a "Almacenes TIA Ltda." al pago de indemnización compensatoria por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo con la actora, al de pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de la fecha en que la beneficiaria cumpla cincuenta (50) años de edad y al de las costas de ambas instancias. Con esta decisión el ad-quem confirmó el artículo primero del fallo del a-quo, relacionado con la citada indemnización, y revocó los artículos segundo y tercero, aquél absolutorio por el concepto de la pensión y éste condenatorio apenas en parte de las costas de la primera instancia.

El juicio que culminó con la resolución del Tribunal se inició con la demanda formulada por Ana Isabel Sánchez Navarrete,

de que conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Laboral de Bogotá, para que fuese condenada la firma antes nombrada al pago de la indemnización por rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo, a la pensión de jubilación al cumplirse la edad legal, como consecuencia de dicho rompimiento y por tener la actora más de quince (15) años al servicio de la demandada. Igualmente solicitó la condena en costas en caso de oposición. Para tales pedimentos afirmó que: a) Sirvió a la sociedad demandada desde el 24 de octubre de 1949 hasta el 18 de febrero de 1968, en los almacenes que ésta tiene en la ciudad de Bogotá, sin cometer una sola falta y sin que hubiese sido trasladada a otra ciudad con anterioridad; b) El 19 de febrero de 1968 la Empresa le envió una carta en la que daba por terminado el contrato por no haber aceptado el traslado a otra ciudad, con evidente desmejora en sus condiciones de trabajo; c) La demandada al despedir a la trabajadora no dio cumplimiento a lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, Capítulo XXII, d) La actora devengó un salario de un mil doscientos ochenta pesos (\$ 1.280.00) mensuales.

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones de la actora y contestó a los hechos con negación de unos, aceptación total o parcial de otros y sostuvo, respecto del traslado, que la demandada lo dispuso con fundamento en el contrato de trabajo y que la situación en que iba a quedar la trabajadora con el traslado era igual.

El recurso extraordinario.

El recurrente pide la casación total de la decisión del Tribunal para que la Corte, como tribunal de instancia, “confirme el numeral 2º de la del a-quo y revoque su numeral 1º y absuelva a la sociedad demandada de la petición de indemnización por despido injustificado”.

Para sustentar este petitum, el impugnador presenta el siguiente cargo, basado en la causal primera del artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964;

“El fallo recurrido infringió indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 8º, numerales 1. y 2., literal d), del Decreto 2351 de 1965 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 6º, literal h), 7º letra a), numerales 6º y 10º del Decreto 2351 de 1965 y 58, obligación 1ª y 51 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Según el casacionista, a las infracciones anotadas llegó el Sentenciador “a consecuencia del error evidente de hecho de haber dado por demostrado, sin estarlo, que la demandante puso en conocimiento del Tía Limitada razones válidas para su negativa —que había que presumir— a acatar la orden de traslado transitorio a Cartagena que ella le impartió en ejercicio de expresa estipulación contractual”. Y tal error se originó en “la equivocada apreciación por el fallador de los documentos de folios 16, 2, 3, 5 y 6 a 7 y del interrogatorio libre que obra a folios 66 a 67”.

Para dar desarrollo al ataque así planteado, el recurrente expresa:

“Ante la facultad contractual de que constituía un desarrollo, lo presumible era que la orden de traslado de que se trata hubiese sido aceptada por la actora, máxime teniendo en consideración su carácter transitorio. A esta presunción no se oponía la circunstancia —que no es objeto de discusión— de que ella residiera en Bogotá de largo tiempo atrás, desde luego que la provisionalidad de dicho traslado no implicaba, ni mucho menos, cambio de residencia. Y la

abonaba el hecho —que tampoco se discute y que obviamente conocía la Empresa— de la soltería de la demandante.

“Contrariamente a esta presunción —que es la correcta— la actora desacató la orden en cuestión sin haber dado a su patrono ninguna explicación, ni buena ni mala, de su conducta. Porque ni con las respuestas al interrogatorio libre —tendiente a obtener una confesión provada por el juez, como las posiciones tienden a conseguir una provocada por parte litigante— ni con el libelo inicial de la litis, cabe entender demostrado que tales razones se hubiesen puesto oportunamente de presente: que la demandante afirma en estas piezas que si lo hizo, es hecho que la beneficia y que, por tanto, no puede tener valor de confesión. Ninguna otra probanza acredita que lo hubiese hecho. Por el contrario, de no existir impedimento legal, habría sido fácil demostrar que no lo hizo con los testimonios de Blanca Cecilia Arévalo (folios 29 y 30) y María Antonia Avellaneda (folio 30).

“Así las cosas, es decir, sin conocimiento alguno del “punto de vista de su servidora”, mal pudo mi procurada haberlo rechazado de ningún modo, menos “olímpicamente”; pero tampoco haber dejado de revisar las condiciones del traslado para acomodarlas a él; y menos haberle expuesto las causas de la urgencia de sus servicios en Cartagena.

“Por lo mismo, contra lo afirmado por el ad-quem, no era necesario acreditar estas causas en el pleito, ya que lo que sucedió, en definitiva, hasta donde su patrono pudo conocer, fue que la demandante se rebeló, sin razón alguna, contra una orden de traslado válidamente impartida en principio.

Ante una tal rebeldía, aparece ajustada a derecho la decisión de que da cuenta la carta de folio 2, decisión que no se apoyó en ninguna de las justas causas reglamentarias para dar por terminados unilateralmente los contratos de trabajo, únicas que, al tenor del artículo 85 del estatuto interno correspondiente, deben usarse por mi mandante previo el agotamiento del trámite allí previsto para la imposición de sanciones dis-

disciplinarias. Como se lee en aquella carta, el despido de la actora se fundó en justa causa legal que, desde luego, no es ni puede reputarse como sanción disciplinaria". (Fls. 7, 8 y 9 del C. de C.).

La oposición

El opositor afirma que no se violaron por el Fallador las disposiciones que cita el impugnante, y para demostrarlo realiza un examen de los elementos de prueba que en el cargo se señalan como mal apreciados por el ad-quem, y concluye en virtud de tal examen, que la trabajadora expuso a sus jefes las razones por las cuales estaba en imposibilidad de trasladarse en las condiciones fijadas por la Empresa; que ésta no dio cumplimiento a lo dispuesto por el Reglamento Interno para poder aplicar la sanción; que la misma abusó de su poder al exigir a la trabajadora, sin razones válidas, la prestación del servicio en lugar distinto a aquel en el cual había servido por más de diez y seis años, y que la trabajadora tiene pleno derecho a la pensión cuando cumpla la edad, si el despido fue injustificado. Observa, además, que en el momento de interponerse el recurso de casación la pensión no alcanza a valer \$ 30.000.00.

Se estudia el Cargo:

Para mayor fidelidad en el análisis del juicio formulado por el Sentenciador respecto de los hechos litigiosos, conviene transcribir los siguientes apartes de la motivación del fallo recurrido:

"Ahora bien por virtud de la cláusula primera del pacto cuestionado (contrato fls. 16, anota la Sala) "el patrono contrata los servicios del Trabajador como cajera principal. El trabajador ejecutará sus labores en Bogotá, o en cualquier otro lugar que determine el Patrono, y sin autorización escrita del Patrono no podrá dedicarse a ningún otro trabajo directa o indirectamente remunerado".

"Si se atiende a su tenor literal, podría entenderse que esta estipulación otorga al

patrono una facultad, el derecho absoluto de fijar el sitio de trabajo sin cortapisas ni condiciones de ninguna naturaleza. Con todo, semejante posibilidad pugna en tal forma con la naturaleza del vínculo laboral que la cláusula así entendida resultaría ineficaz. En efecto, cuando los arts. 38 y 39 del C.S.T. exigen que las partes que van a celebrar un contrato de trabajo, verbal o escrito, se pongan de acuerdo al menos sobre la índole del trabajo y el lugar donde debe celebrarse, están indicando que para el legislador estos son aspectos tan importantes que deben quedar concretados y singularizados en el convenio, tan importantes que su violación por el patrono comporta justa causa para que el trabajador dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, al tenor de lo dispuesto en el número 7, aparte B), art. 7º del Decreto 2351. Es ésta una garantía para ambas partes pero principalmente para el trabajador cuyas condiciones de trabajo quedan de una vez definidas.

"Es patente, entonces, que se trata de una verdadera garantía que pone al trabajador a cubierto de los caprichos y de las arbitrariedades del patrono, garantía que deja de ser efectiva desde el mismo momento en que se pacta, y no se olvide que se está hablando de un contrato por adhesión, el derecho incondicional del empleador a señalar tanto la labor como el lugar donde debe cumplirse. En el sub-judice tal facultad resulta más desorbitada si se advierte que la susodicha cláusula es de 1965 en tanto que la relación de trabajo se inició en 1951.

"Pero como de otro lado tampoco puede ignorarse que con los contratos de trabajo se busca atender las necesidades del servicio dentro de cada empresa, necesidades que pueden ser cambiantes y que solamente el empresario puede apreciar en un momento dado, no puede adoptarse un criterio demasiado rígido en estas materias sino que debe buscarse el equilibrio al través de un sistema que le permita al patrono utilizar su personal de acuerdo con las diversas circunstancias pero siempre y cuando las variaciones no redunden en perjuicio del trabajador o se le compense a éste adecuadamente". (fls. 76, 77 C. P.).

Luégo, respecto del traslado concreto que originó el pleito anota el Tribunal:

“Dado que la trabajadora había sido contratada en Bogotá, en donde trabajó durante más de dieciséis años según consta en el contrato, se admite en la contestación de la demanda y fue corroborado por testigos, para la Sala no cabe duda de que la orden de trasladarse a Cartagena entrañaba un cambio fundamental en las condiciones del contrato de trabajo, cambio cuya aceptación por parte de la trabajadora no había fundamento para presumir, que no fue debidamente justificado por la demandada y que evidentemente implicaba perjuicio para la empleada.

“Con efecto: la afirmación de que el cambio de ciudad suponía un cambio fundamental en las condiciones en que venía cumpliéndose la relación de trabajo no requiere prueba alguna porque es elemental, y se impone a la mente, la diferencia que existe entre trabajar, y obviamente vivir, en la ciudad en donde siempre se ha vivido y trabajado, o al menos durante un lapso tan considerable como el de 16 años, y tener que hacerlo por imposición en una ciudad con la cual aparentemente no se tiene ningún vínculo. No hay ninguna razón para pensar que la trabajadora hubiera prestado su consentimiento para semejante traslado. En la carta solamente se dá como explicación la de que en Cartagena “estamos necesitando urgentemente sus servicios” ni entonces ni durante el juicio se justificó la exigencia. Finalmente, allí mismo se le advierte que tendrá al mismo cargo y la misma asignación y solamente se le ofrece, además de una semana de permiso para que arregle sus asuntos para poder viajar, el pasaje correspondiente.

“En este último aspecto es en el que la inconsecuencia de la empresa raya a mayor altura porque también es obvio que un traslado de residencia de una ciudad a otra comporta otros gastos diferentes al pasaje y porque dado el carácter transitorio de la medida, que en la carta se anota, la trabajadora se veía compelida a organizarse en Cartagena sin liquidar de un todo la situación que tenía establecida en Bogotá, ciu-

dad a la cual previsiblemente debería regresar cuando su empleador lo tuviera a bien, dualidad que naturalmente también implicaba gasto adicional y que solo podía salvarse trasladando todos sus haberes, a pesar de la amenaza de regreso que podía hacerse efectiva al día siguiente, a su nueva sede con el consiguiente gasto de transporte.

“Basta lo dicho para que se vea la arbitrariedad de este traslado del que la empresa hizo víctima a la trabajadora, de la cual es apenas un agravante la relación familiar que la vinculaba a Bogotá, según lo aseveran todos los testigos, y que originaba otra concreta obligación que el patrono violó: la de pagar los gastos de traslado de los familiares que convivían con ella, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 8º art. 57 del C.S.T.

“Pero producida la negativa de la empleada, por razones cuya validez surge del mismo análisis anterior, el empleador no hace ningún esfuerzo por ver el punto de vista de su servidora de 16 años, ni cree necesario revisar la justicia de su mandato, ni ofrece compensación alguna, sino que, olímpicamente, y sin respetar el procedimiento de su propio Reglamento de Trabajo, arts. 80, 81 y 85 (fl. 5), procede a aplicarle la máxima sanción que es la destitución, “en vista de que usted se ha negado a cumplir la orden de traslado”, fundado en lo dispuesto en el numeral 6º del Aparte a) del art. 7º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con la obligación del art. 58 del C. S. T. y con lo estipulado en la cláusula 1ª del Contrato de Trabajo.

“El ordinal 6º citado contempla como justa causa para el despido cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los arts. 58 y 60 del C.S.T., o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. La obligación 1ª del art. 58 consiste en realizar personalmente (el trabajador) la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparten el patrono o sus representantes, según el orden jerárqui-

co establecido. Y la cláusula 1ª del contrato, que en definitiva constituye la base de toda la acusación, es la ya criticada facultad que se reserva el patrono para señalar el sitio de trabajo, la que como verdadero arbitrio resulta ineficaz dentro del espíritu de la legislación laboral, como se explicó ampliamente, y apenas sería aceptable su uso prudente y justificado, dejando a salvo los derechos del trabajador.

“Del análisis anterior fluye incontrastable la conclusión de que la empresa violó el contrato de trabajo, primero con la perentoria orden de traslado en las condiciones vistas, cuya suma revela un espíritu contrario a la buena fe que desde el principio hasta el final debe presidir la relación laboral (art. 55 C.S.T.), y después con el despido en que se ignoró el procedimiento reglamentario para imponerlo y la validez de la posición asumida por la trabajadora. De consiguiente y como el a-quo liquidó correctamente el valor del lucro cesante dados los factores reseñados y lo dispuesto en el numeral 2, literal d) art. 8º del Decreto 2351 de 1965, amén de que se justificaba el reconocimiento ultra-petita a términos del art. 50 del C.S.T., se confirmará en este aspecto el fallo recurrido”. (fls. 78, 79 y 80 del C.P.).

Sobre este enjuiciamiento del Tribunal respecto de la cláusula primera del contrato de trabajo relativa al lugar donde debía prestar servicios la trabajadora, y del traslado de Bogotá a Cartagena dispuesto por la Empresa, la negativa de la asalariada a aceptarlo y el consecuencial despido efectuado por la entidad patronal, caben las siguientes observaciones:

a) El ad-quem, como se ve al examinar el tratamiento del primer punto, evalúa el alcance y la eficacia de la estipulación contractual sobre desempeño del trabajo en Bogotá o en cualquier otro lugar que determine el patrono, frente al mandato de los artículos 38 y 39 del C. S. del T., que imponen entre los acuerdos a que las partes deben expresamente llegar en un contrato de trabajo el relacionado con el lugar en que aquél ha de desempeñarse por el asalariado. Tal evaluación lleva al Fallador

a concluir que la cláusula del contrato estudiado no tiene eficacia por cuanto fija como lugar del servicio cualquiera que determine el patrono, equivale al incumplimiento del precepto legal, que califica el Sentenciador como contentivo de una fundamental garantía para el trabajador.

Aparte de que lo anterior envuelve la aplicación de la hipótesis general de las disposiciones legales citadas a la situación concreta del contrato de trabajo celebrado entre las partes vinculadas al juicio, situación cuyas características de hecho no se discuten y la aplicación de la ley así realizada para considerar ineficaz la cláusula del contrato no se ataca por el casacionista, el contenido conceptual de las consideraciones que formula el Sentenciador es acertado, por cuanto estipular en un contrato que el trabajador debe prestar servicios en cualquier lugar que determine el patrono es como no fijar lugar determinado para esa prestación y esquivar con una forma de aparente cumplimiento la aplicación del precepto contenido en los artículos 38 y 39 citados, sobre estipulación concreta en el contrato de trabajo verbal o escrito sobre el lugar en donde se desempeñará la labor convenida.

Si el Tribunal, pues, consideró sin eficacia la cláusula primera del contrato laboral celebrado entre las partes en lo tocante con el sitio de trabajo distinto a Bogotá; si este contenido de la estipulación contractual fue el fundamento para la determinación de despido de la trabajadora tomada por la Empresa, y si la calificada ineficacia y su fundamento legal no fueron censurados por el impugnador, pues en el cargo no se señalan como quebrantados los artículos 38 y 39 del C. S. del T., ni se indican ningún error de hecho ni quebrantamiento por vía directa que tengan relación con este aspecto de la fundamentación del fallo, el ataque deja incólume el apoyo principal de la decisión, y ello solo bastaría para que ésta debiese ser confirmada.

b) Aparte del aspecto precedente, al estudiar el traslado de la trabajadora de Bogotá a Cartagena dispuesto por la Compañía, el

Tribunal lo considera lesivo de las condiciones laborales normalmente derivadas del contrato de trabajo, por implicar un cambio fundamental en tales condiciones y no contemplar los gastos de traslado de la persona de la familia que conforme a los testimonios que obran en los autos convivía con la trabajadora, lo que hacía presumir, según el Sentenciador, la no aceptación por parte de ella y encerraba una violación del ordinal octavo del artículo 57 del C. S. del T.

La negativa de la trabajadora a aceptar el traslado, se encuentra así justificada por el ad-quem, y no tiene base en que éste hubiese dado por probada la exposición por parte de la trasladada de razones valederas para no aceptarlo. La simple negativa tenía asidero en la sinrazón de la Empresa.

El único error de hecho que concreta el casacionista no tiene entonces cabida aquí, y no se atacó el fundamento en el ordinal 8º del artículo 57 del C.S. del T. que el fallo contempla. Pero, además, la motivación del Tribunal resulta en acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, contenida en el fallo que la misma Sección que decide este recurso profirió el dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y siete para decidir el interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Arcesio Ramírez Jaramillo contra el Banco de la República, al definir una situación similar a la que se estudia.

“Es cierto que la estipulación contractual permite al Banco exigir al trabajador el servicio contratado en cualquier lugar del país o aún del exterior. Pero como lo expresa el mismo Tribunal, de tal facultad no puede hacerse uso con desmejoramiento de las condiciones laborales o, en general, con perjuicio del asalariado. Ello se deriva de la naturaleza de los derechos y obligaciones recíprocas de los contratantes en una relación jurídica laboral, que no puede tener ejecución con desmedro de los mutuos beneficios que ella debe producir para las partes entre ellos el permitir al trabaja-

dor mantener unas condiciones de vida adecuadas y gozar del elemental derecho humano de estabilizar su vida familiar y desarrollarla para beneficio suyo y de los miembros de su familia en el mejor medio social posible.

“Por consiguiente, no solo las condiciones de remuneración y las específicas de trabajo, sino las del medio social y las demás de orden externo que contribuyan a la mejor situación económica, cultural y social del trabajador y su familia, deben tener influencia sobre la facultad patronal, de orden legal o explícitamente contractual de cambiar el lugar de servicio del empleado”. Estos apartes de la citada sentencia fueron transcritos en la motivación del fallo del juez de primer grado, cuyos fundamentos son esencialmente iguales en este punto a los de la decisión del Tribunal.

Resulta, así, que no ha sido desquiciado este otro fundamento de la resolución recurrida.

c) La conclusión a que llega el Tribunal de que el despido es, por las razones antes expuestas, violatorio del contrato de trabajo por parte de la Empresa, es apenas el extremo necesario del silogismo planteado con las dos premisas anteriores, silogismo que debe quedar en pie ante la firmeza de tales premisas.

Aparte de lo visto, la razón dada por el Tribunal sobre la inaplicación del procedimiento señalado en los artículos 80, 81 y 85 del Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía para la imposición de la sanción de despido, máxima sanción como lo expresa con acierto el Fallador, es evidente, pues las justas causas para que la Empresa dé por terminado el contrato de trabajo, previa observancia del proceso reglamentario conforme al artículo 85 citado, contiene el incumplimiento de las obligaciones que incumben al trabajador según el artículo 70 del mismo Reglamento, la primera de las cuales es sensiblemente igual a la primera contenida en el artículo 58 del C. S. del T., invocada en la carta de despido dirigida por

la Empresa a la trabajadora el 19 de febrero de 1968. Lo que significa que la Compañía para imponer la sanción de despido debió sujetarse al procedimiento impuesto por los artículos 80 y 81 de su propio Reglamento Interno. Y no lo hizo así sino que aplicó la sanción más drástica sin fórmula de juicio.

Conforme a las anteriores observaciones, resultan entonces sin fundamento los argumentos del recurrente y el cargo que se examina no puede prosperar.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García Barbosa, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION

A pesar de que la lectura de los artículos 4º y 5º de la Ley 4ª de 1966, pudiera indicar, cuando ella entró a regir, que existiera alguna diferencia entre las dos situaciones que ellas prevén, tal regulación distinta, carece hoy de base legal, por cuanto la Ley 5ª de 1969, interpretó, por autoridad en su artículo 2º, el 5º de la primera citada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre catorce de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 50).

Luis Alfonso Vanegas Sánchez, por conducto de apoderado, demandó al Departamento de Antioquia, representado por el Gobernador, para que en virtud de sentencia que tenga el carácter de cosa juzgada se le condene al reajuste de su pensión de jubilación a partir del 23 de Abril de 1966 en adelante, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 4ª del mismo año.

Indicó como hechos que trabajó al servicio del Departamento, en el Ferrocarril de Antioquia, como Jefe de Estación de La Quebra, habiendo sido jubilado, pero que dicha prestación no le ha sido reajustada conforme lo dispone la Ley 4ª de 1966, y que el 23 de abril de 1966, el Jefe de la Estación a que prestó servicios devengaba no solamente un sueldo básico, sino que se le pagaba el valor del trabajo dominical y festivo, horas extras, etc., lo cual denominan "eventualidades" los trabajadores del Ferrocarril.

Conoció del juicio el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, y admitida la demanda fue contestada en su oportunidad, negándose los hechos que la sustentaban. Se propusieron las excepciones de carencia de acción, inexistencia de la obligación y la genérica.

Agotado el procedimiento de la primera instancia, el Juzgado profirió sentencia el 29 de febrero de 1969, en la cual el Departamento de Antioquia fue condenado a reajustar la pensión de que gozaba el actor, en la suma de \$ 252.73 mensuales, a partir del 23 de abril de 1966 y declaró que la prestación mencionada que debía pagársele al demandante desde la fecha indicada, sería de \$ 794.79 "hasta que por motivo de disposiciones sobre materia de jubilación, dictadas con posterioridad a las leyes que han servido de fundamento a esta sentencia, dispongan lo contrario, es decir, reajusten en mayor cantidad la pensión de jubilación".

En la misma providencia se impusieron las costas a la parte demandada.

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante y el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, procedió a revisar el fallo conociendo no solamente del referido recurso sino del grado de consulta que aquélla tenía por ser la demandada una entidad de Dere-

cho Público. Es así como se explica que la sentencia hubiera sido revocada en su integridad, mediante providencia de fecha 28 de junio de 1969, para absolver al Departamento demandado de las peticiones del libelo y de las costas de la instancia.

Contra la resolución del Tribunal Superior de Medellín interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado del demandante, el cual le fue concedido una vez que se dictaminó por el Médico Departamental del Trabajo sobre la edad del actor y su vida probable.

La Sala Admitió el recurso interpuesto y éste se decidirá teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó. No se presentó escrito de réplica.

El Recurso.

El recurrente pretende, según lo dice en el capítulo "Alcance de la Impugnación", "que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y, que, como Tribunal de instancia, confirme la proferida por el Juzgado Primero Laboral de Medellín".

En seguida, aduce como causal para pedir la infirmación del fallo, la contenida en el numeral 1º del Decreto extraordinario No. 528 de 1964, artículo 60, y formula dos cargos ambos por la vía directa.

Primer Cargo.

La sentencia recurrida es acusada de violación de la ley sustancial, "por interpretación errónea del artículo 5º de la ley 4ª de 1966 y artículo 6º del Decreto 1743 de 1966, en armonía con el art. 1º, art. 36 de la ley 6º de 1945, arts. 1º y 2º de Decreto 2127 de 1945, artículo 2º de la ley 65 de 1946, art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo y art. 2º de la ley 5ª de 1969".

Para demostrar el cargo, el recurrente dice que el Tribunal restringió el contenido del artículo 5º de la ley 4ª de 1966, limitando los efectos de su verdadero y cabal sentido, y que, lo divorció por sus diferencias

con el artículo 4º ibídem, en lugar de articularlos por sus semejanzas, todo lo cual, lo predica de lo que prevé el primeramente nombrado en materia de asignación, para liquidar, a partir de la vigencia de la ley la pensión de jubilación "de los trabajadores en actividad" y de aquellos a quienes ya se les hubiera reconocido dicha prestación.

Para el Tribunal, expresa el casacionista, los trabajadores que en vigencia de la ley adquieren el derecho a pensión, ésta se les liquida con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, incluidos todos los factores remuneratorios que se dan en favor de quienes de hallan laborando, pero en tratándose de personas ya jubiladas, a quienes de conformidad con la ley, va a reajustarse la pensión, entonces solo se toma en cuenta el 75% de la asignación actual del cargo, sin consideraciones a factores remuneratorios distintos, como horas suplementarias, primas, etc.

El acusador observa que en esta forma el Tribunal desnaturaliza el contenido del artículo 5º de la ley 4ª citada "al expresar como ánimo del legislador su voluntad de excluir factores remuneratorios 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".

Agrega el recurrente que "lo que hizo el legislador de 1966 fue precisamente lo que el Tribunal dice que no hizo: Incluir para beneficiar y no excluir para perjudicar".

Continúa el impugnante indicando cuál es la acepción de la palabra "asignación", de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia y dice que el sentenciador no podía distinguir allí donde la ley no lo hace, para señalar como tal en el sub-lite la asignación fija, y excluir la variable que el cargo tenía al momento de su vigencia, como cantidad señalada ya por la ley o bien por las partes de común acuerdo.

Termina el recurrente afirmando: "Esta interpretación del artículo 5º de la citada ley con su reglamento en el art. 6º del citado Decreto 1743 de 1966, es la fiel expresión de la interpretación auténtica que el legislador de 1969 hubo de hacer, al expedir en su ley 5ª del mismo año, el mandato contenido en el art. 2º, según el cual '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 kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966', disposición que hace parte de la sustancia del art. 5º de la ley 4ª de 1966, a virtud de lo dispuesto en el art. 14 del Código Civil".

Se considera:

El Tribunal, en la sentencia materia del recurso, se expresó así:

"Debidamente demostrado aparece en los autos no solo que el demandante para el 23 de octubre de 1966 estaba investido del status de jubilado, sino que para tal fecha la pensión le había sido aumentada a \$ 542.06, así como también que la asignación del jefe de estación de la Quiebra en dicha oportunidad, último empleo desempeñado por él, era de \$ 635.15. De consiguiente, la cuestión se reduce a determinar los efectos que en su caso haya de tener el art. 5º de la ley 4ª de 1966, y para ello, obviamente, debe considerarse el aspecto de favorabilidad de tal norma, por ser de la esencia del derecho laboral el que se acoja la disposición más favorable al trabajador. Por tanto de una vez debe decirse que el invocado precepto no favorece al demandante, pues el 75% de \$ 635.15 solo alcanza a \$ 485.37, inferior a la pensión devengada.

"Y ello es así porque los cuatro mil setecientos setenta y siete pesos con treinta y dos centavos (\$ 4.777.32) percibidos por quien sirvió el cargo entre el 24 de abril de 1965 y el 23 del mismo mes de 1966, por los conceptos especificados en el certificado de fl. 25, no pueden ser computados en relación con el demandante, ya que esta canti-

dad se concretó con relación al empleado que ejercía el cargo vale decir por actividades personales, no susceptibles por tanto de ser tenidos en cuenta con respecto a Luis Alfonso Vanegas Sánchez que ninguna actividad ejercía por aquél entonces.

"La anterior apreciación fluye nítidamente de los textos legales y reglamentarios en juego, es decir, la Ley 4ª de 1966 y el Decreto Nº 1743 del mismo año, que contemplan situaciones específicamente diferentes: El art. 4º de la Ley hace referencia a las pensiones de jubilación o de invalidez que hayan de ser reconocidas a los trabajadores de una o más entidades de derecho público, las cuales se liquidarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, o sea, para aquellas personas aún vinculadas al servicio activo en el momento de la expedición de la Ley. Mira pues esta norma a situaciones de futuro.

"El art. 5ª por su parte se ocupa de aquellas pensiones de jubilación o de invalidez ya reconocidas a la misma categoría de empleados, con respecto a las cuales se ordena el aumento por una sola vez hasta el 75% de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para su liquidación, o su equivalente, porcentaje que solo se pagará seis meses después de la vigencia de la Ley, o sea, que contempla situaciones de pasado y con relación a personas no vinculadas o sin actividad en dicha época.

"En perfecta concordancia con las preindicadas disposiciones sustantivas, el Decreto Reglamentario 1743 de 1966 establece en su art. 5º que a partir del 23 de abril inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual del salario devengado durante el último año de servicios. Hace, pues, referencia también esta disposición a trabajadores vinculados o en actividad, o en todo caso no jubilados ni pensionados a la fecha de su expedición. A su turno el art. 6º del mismo Decreto, dispone que a partir del 23 de octubre de 1966, vale decir, seis meses después de la vigencia

de la Ley 4ª de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho público con anterioridad a la vigencia de la Ley, serán aumentadas por una sola vez hasta el 75% de la asignación actual, o sea, la que devengan hasta el 23 de octubre de 1966 quienes sirvan el cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación.

“Es ostensible y manifiesto el ánimo del legislador respecto a los trabajadores que hayan de jubilarse o ser pensionados con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1966, y respecto a quienes ya disfrutaban de tales beneficios: Para los primeros el 75% se deduce del promedio mensual obtenido en el último año de actividad, en tanto que para los segundos, ya en receso o inactivos, dispone sólo el aumento hasta del 75% de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación de la jubilación o pensión de invalidez de que venían disfrutando. Igual criterio, como es apenas lógico se siguió en el Decreto Reglamentario, ya que con relación a quienes han cesado en actividad y disfrutaban de una pensión de jubilación o de invalidez, el aumento solo puede deducirse en proporción a la asignación actual del cargo, sin consideración a otros factores remuneratorios que solo pueden darse para quienes se hallan laborando, mas no para quienes ya habían entrado en receso. De ahí que resulte aventurada y sin fundamento la pretensión del demandante de lograr la conjugación de factores remuneratorios de actividad de otras personas, para aplicarlos a quienes por su status de jubilado o su situación de invalidez, tienen como único vínculo con la entidad obligada a su pago dichas calidades de jubilado y pensionado.”

Para el sentenciador, en consecuencia, tal como lo afirma el recurrente, existe diferencia entre la liquidación de pensión de jubilación que se hace al trabajador cuando dicha prestación se ha causado a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1966, en la cual se toman en cuenta todos los factores de salario, y el reajuste de la pensión para los trabajadores que tuvieron derecho a

aquella con anterioridad al 23 de abril de 1966, caso éste último en el cual solo se toma la asignación fija, mas no los demás elementos que integran el salario.

A pesar de que la lectura de los artículos 4º y 5º de la Ley 4ª de 1966, pudiera indicar, cuando ella entró a regir, que existiera alguna diferencia entre las dos situaciones que ellas prevén, tal regulación distinta, carece hoy de base legal, por cuanto la Ley 5ª de 1969, interpretó por autoridad en su artículo 2º el 5º de la primeramente citada, según su enunciado expreso, y dijo:

“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 kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva labor, actividad, 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.”

En presencia de este precepto que se entiende vigente desde el momento en que entró a regir la Ley 4ª de 1966, ya que no tuvo por objeto introducirle disposiciones nuevas, sino determinar, por existir duda, el sentido de ésta, aparece la errónea interpretación que dio el Tribunal al artículo 5º de la citada Ley 4ª, entendido rectamente por el a-quo, y por tanto, ha de prosperar el cargo en la forma alegada.

No se hace necesario, en consecuencia, estudiar el segundo cargo, formulado por el recurrente, por cuanto tiende al mismo fin que logró el primero.

Como se aprecia que el Juez a-quo, en la sentencia de primera instancia, tomó correctamente el promedio devengado por el Jefe de Estación de La Quebra, que constituía la asignación de quien desempeñaba el cargo el 23 de abril de 1966, y con base en éste liquidó la pensión que correspondía al

demandante desde el 23 de octubre del citado año, en consideraciones de instancia se confirmará la condena al reajuste de la pensión, así:

a) Condénase al Departamento de Antioquia, representado por el Gobernador, a pagar a Luis Alfonso Vanegas Sánchez, como reajuste de pensión de jubilación, la cantidad de doscientos cincuenta y dos pesos con setenta y tres centavos mensuales, (\$ 252.73), a partir del 23 de octubre de 1966; y,

b) Fijase en la suma de setecientos noventa y cuatro pesos con setenta y nueve centavos (\$ 794.79) mda./cte. mensuales, la pensión vitalicia de jubilación a que tiene derecho el demandante Luis Alfonso Vanegas Sánchez, a partir del 23 de octubre de 1966.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casa-

ción Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa totalmente** la sentencia de fecha 28 de junio de 1969 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, confirma la dictada por el Juzgado Primero Laboral Municipal de la misma ciudad, fechada el 27 de febrero de 1969, de conformidad con las consideraciones de instancia.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Vicente Mejía Osorio,
Secretario.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, AL CELEBRARSE EL CONTRATO DE TRABAJO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. septiembre quince de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).
(Acta N° 36)

Gustavo Faudel Lizarralde, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad Colectiva de Comercio "Rubén Avivi y Compañía", domiciliada en esta ciudad, y a Rubén Avivi Litvinova y Leonardo Kaplan, del mismo vecindario, para que solidariamente sean condenados al pago de salarios insolutos, saldos "por reliquidación" de cesantía y primas de servicio, compensación de vacaciones no disfrutadas, indemnización por los conceptos de lucro cesante y mora, reembolso de gastos médicos, farmacéuticos, obstétricos, hospitalarios y de primera infancia, resarcimiento de perjuicios morales y materiales y las costas del juicio.

Como hechos de la demanda, relaciona los siguientes:

Ingresó al servicio de la Sociedad demandada, el 1° de julio de 1952 y trabajó, sin interrupción, hasta el 14 de octubre de 1959. Al fin de cada año se le liquidó y pagó la cesantía, no obstante la prohibición legal. En los contratos escritos, relativos a los años de 1957, 1958 y 1959, se estipuló un plazo de once meses del 15 de enero al 15 de diciembre, pero el servicio fue del 1° de enero al 31 de diciembre en los dos primeros años mencionados y del 1° de enero al 4 de octubre en el último. En las convenciones se estipuló una comisión del 5% sobre las ventas y, sin embargo, en algunas

liquidaciones mensuales de los tres últimos años, los pagos se efectuaron con un porcentaje inferior. Las liquidaciones anuales de primas de servicio y cesantía también fueron incompletas y no se hizo pago alguno respecto a las vacaciones de los últimos cuatro años. No fue inscrito en el Seguro Social, por lo cual tuvo que costear la atención médica, farmacéutica y hospitalaria suya, y de su esposa en los embarazos y partos de 1956, 1957, 1958 y 1959, lo mismo que los gastos de lactancia y primera infancia de sus hijos. Fue despedido el 14 de octubre de 1959, y a raíz de su retiro, solicitó, sin eficacia, el examen médico y el certificado correspondiente. Además, la Empresa divulgó por la prensa su retiro, causándole con ello graves perjuicios.

En su respuesta la Sociedad se opuso a las peticiones del demandante. Manifiesta que no es verdad que éste hubiese trabajado a su servicio, sin interrupción, mediante un solo contrato de trabajo, pues existieron diferentes relaciones de trabajo, interrumpidas por lapsos en los cuales el actor no trabajó. La cesantía se le pagó a la terminación de cada uno de esos contratos, en forma definitiva, lo mismo que la prima de servicio y las vacaciones cuando éstas se causaron. De manera que el plazo de once meses de que habla la demanda fue libremente estipulado, sin el propósito, por parte de la Compañía, de evitar que el derecho al descanso anual se causara. El contrato terminó por voluntad unilateral del trabajador, y no por determinación de la Sociedad. Como excepciones propone las de pago, cosa juzgada, prescripción, falta de título en el demandante y de obligación en la demandada.

La decisión de primera instancia correspondió al Juzgado 3º del Trabajo de Bogotá, y en ella absuelve a los demandados y condena en costas al demandante.

Apeló el abogado del actor y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en providencia del 14 de marzo de 1966, revocó la del Juez y condenó al pago de \$ 379.85 por reajuste de primas; \$ 10.418.52 por compensación de vacaciones, y \$ 22.704.31, "como saldo por reliquidación de cesantía". Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, en cuanto a primas de servicio y vacaciones e infundadas las demás. Absolvió en costas al demandante, condenó a la parte demandada en el 50% de las de primera instancia y no condenó por ese concepto en la segunda.

Interpusieron recurso de casación los apoderados de ambas partes, el cual les fue concedido, admitido y tratamiento convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo estudio de las demandas presentadas para sustentarlo y de los correspondientes escritos de oposición.

La Sala estudiará, en primer lugar, el recurso de la parte demandada, porque ésta pretende, dentro del alcance de la impugnación, que se case la sentencia en los pronunciamientos condenatorios y se confirme en todas sus partes la de primer grado, que es absolutoria, en tanto que la demandante persigue el reconocimiento de una indemnización por mora.

El recurso de la parte demandada

Alcance de la Impugnación.

Pide, como ya se dijo, que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto revocó la de primera instancia y, en su lugar, condenó a los demandados, solidariamente, a pagar unas sumas de dinero por los conceptos de primas de servicio, vacaciones y cesantía, y declaró no probadas las excepciones propuestas, y que se confirme la de primer grado.

Para el efecto, con apoyo en la causal primera de casación, formula un solo cargo así:

"La sentencia acusada viola por aplicación indebida los artículos 19, 22, 23, 24, 31, 39, 45, 46, 61, 55, 140, 186, 187, 189, 249, 254, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 1602 del Código Civil; 51, 78, del Código Procesal del Trabajo; 604, 605 y 609 del Código Judicial, violaciones indirectas en que incurrió el Tribunal a través de error de hecho que provino de la errónea interpretación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras."

Dice el casacionista que el error de hecho consiste en haber dado por demostrado, sin estarlo, que entre las partes existió una sola relación laboral "interrumpida por intereses exclusivos del patrono", iniciada el 30 de junio de 1952 y finalizada el 26 de septiembre de 1959; que aquéllas consistieron en la celebración de varios contratos con el fin de hacer fraude a la ley, y que fueron parciales las liquidaciones de cesantía que se le hicieron al demandante. Y en no dar por demostrado, estándolo, que se trata de varias relaciones de trabajo, protegidas por diferentes contratos; que entre la terminación de uno y la iniciación de otro, no hubo prestación de servicio y que las liquidaciones de cesantía fueron definitivas.

Como pruebas mal apreciadas señala: a) Acta de conciliación (folio 57); b) Documentos que obran a folios 41, 35 a 37, 30 a 32, 38 a 40, 27 a 29, 59 a 62, 33 a 34, 51 y 88 a 91; c) Declaración de Carlos Guillermo Ortiz Gaitán (folios 78 a 83); d) Dictamen pericial (folios 366 a 368); e) Absolución de posiciones de Leonardo Kaplan Mier (folios 46 a 50). Y como no apreciadas: a) Declaración de Luis María Cortés (folios 340 a 350); b) Inspección ocular (folios 99 a 100, 194 a 196, y 200 a 202, y documentos que se anexaron, folios 101 a 338); c) Absolución de posiciones de Rubén Avivi Litvinova, folios 43 a 46; d) Documento que obra a folio 56.

Copiando algunos pasajes de la sentencia acusada, inicia el recurrente la demostración de la censura, y agrega que en forma inexplicable el Tribunal no relacionó las afirmaciones que el representante de la Sociedad hizo en su contestación a la pregunta sexta del pliego de posiciones, con la acla-

ración concerniente a los mismos hechos, consignada al finalizar la diligencia, en el sentido de que los contratos de once meses se hicieron en los años de 1957, 1958 y 1959 sin el propósito de evadir el pago de vacaciones. Que con este procedimiento el fallador dividió la confesión, y la apreció erróneamente al deducir de ella conclusiones contrarias a lo que claramente se desprende de la prueba.

De la declaración de Carlos Guillermo Ortiz, el casacionista transcribe uno de sus apartes y comenta que de ahí se infiere la terminación real de los contratos, "pues durante las interrupciones Faudel no prestaba ninguna clase de servicios, pues por razones de balance, no había ventas". Además, la cesación del trabajo no era por culpa del patrono, ni por su disposición, sino por mutuo acuerdo de las partes. En 1956 por renuncia aceptada de Faudel y, posteriormente, por cumplimiento de los plazos pactados. Tratándose, entonces de contratos diferentes, con esas modalidades en su extinción, y solución de continuidad entre uno y otro, tal como se desprende de los documentos respectivos, el Tribunal incurrió en evidente error —concluye el cargo— al admitir una sola relación laboral interrumpida por disposición del patrono.

Cuanto "a la intención fraudulenta de las partes" en la celebración de contratos sucesivos —prosigue la censura— tampoco ha sido demostrada, pues el actor recibió el pago de las vacaciones correspondientes al período comprendido entre el 30 de junio de 1952 y el 30 de junio de 1956. Así lo demuestran los documentos señalados como mal apreciados o dejados de estimar. Y en lo concerniente a cesantía, las liquidaciones tuvieron lugar cuando el demandante se encontraba desvinculado de la empresa por terminación de los contratos de trabajo respectivos.

Finalmente, dice el impugnador:

"Si bien es cierto que entre las dos primeras relaciones no existió interrupción, lo cual podría ser motivo para considerar que la liquidación de cesantía se hizo cuando el trabajador prestaba sus servicios, la acción para pedir la reliquidación de cesantía se

encuentra prescrita, pues la desvinculación del trabajador ocurrió el 31 de diciembre de 1956, y la demanda se notificó el 3 de octubre de 1960, es decir, cuando habían transcurrido más de tres años como lo disponen los artículos 448, 449 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, que también indico como violadas. La Honorable Corte deberá declarar, en el fallo de instancia la prescripción respectiva, como petición subsidiaria de esta demanda, y previa casación de la sentencia en los términos solicitados en el alcance de la impugnación."

Se considera:

El Tribunal, después de referirse a los diferentes contratos de trabajo celebrados entre las partes, a sus formas de disolución y a la liquidación y pago de las prestaciones causadas, dice:

"El anterior es el recuento de las relaciones entre las partes, según se deduce de la prueba literal que obra en autos. El último día de trabajo por parte de Faudel no aparece registrado. Este afirma que sus servicios se prestaron hasta el 14 de octubre de 1959. Pero el representante de la sociedad demandada dice que el demandante se retiró en septiembre de 1959, a lo largo de las posiciones absueltas (fs. 46 a 50).

"A falta de prueba distinta que indique con certeza la fecha de desvinculación definitiva entre las partes, se deberá estar a la liquidación elaborada por la empresa, equivalente a confesión y se tendrá como tal la del 26 de septiembre de 1959. Es verdad que la declaración del doctor Víctor M. Rodríguez (Fls. 84 a 85), al reconocer el certificado de folio 42, hace sospechar una fecha posterior. Pero la mera sospecha, la mera suposición, no es medio de prueba establecido en la Ley, y ni aun apelando a la más amplia apreciación probatoria, puede el Juzgador valerse de medios de convicción diferentes, pues el propio texto del artículo 51 del Código Procesal del Trabajo se lo impide. En otros términos, para los efectos de esta providencia, se tendrá como fecha última de las relaciones entre demandante y

demandados la del 26 de septiembre de 1959”.

Con la conclusión anterior surge una verdad aparente: la de que entre las partes se celebraron varios contratos de trabajo, el primero concluido por conciliación y los siguientes por mutuo acuerdo. Pero tal aserto toma un aspecto distinto al analizar la realidad de los hechos, que emerge de la respuesta de Leonardo Kaplan a la pregunta sexta del pliego de posiciones, cuyo texto es el siguiente:

“Es cierto, si o no, —yo lo afirmo— que la sociedad arriba mencionada celebró con Gustavo Faudel Lizarralde contratos de once meses de duración en cada uno de los años de 1952 a 1959, inclusive, o sea de 15 de enero a 15 de diciembre de cada año, para evadir el pago de las vacaciones y para liquidarle año por año, como lo hizo la sociedad, algunas sumas por cesantía? “Contestó: “Si es cierto y aclaro: que se firmaban los contratos año por año solamente con plazo de once (11) meses terminando el contrato se liquidaban sus prestaciones sociales y demás prestaciones, cesantía, etc., posteriormente con un mes después (sic) se le hacía un nuevo contrato por once meses, ésto era de común acuerdo entre la empresa Rubén Avivi & Compañía y su empleado Gustavo Faudel Lizarralde.”

“Complementase lo anterior con la declaración de Carlos Guillermo Ortiz Gaitán, Auxiliar de contabilidad de la empresa, fiel en grado sumo a ella, quien explica la razón de ser de los contratos a 11 meses y la no prestación de servicios, entre diciembre y enero de cada año:

“No trabajó durante los tiempos nombrados por tratarse de que la Compañía para su elaboración de balance anual cierra para el público ventas y por lo tanto no hace ningún despacho de mercancías labor que era la del señor Faudel de venderle a clientes. Durante esa época el señor Faudel no trabajó. Entre la interrupción de un contrato y otro, el señor Faudel no trabajó, tampoco efectuó ninguna correría por cuenta de la empresa.” (Fls. 79 a 80).”

“Del contrato de trabajo se ha dicho que es un contrato realidad, porque no está subordinado, tanto a las declaraciones de las partes, a las denominaciones o formas que le den, como a su propia ejecución, a la manera como se cumple por parte del trabajador la prestación del servicio y como se recibe y remunera por parte del patrono. De ahí que, más que del acto sinalagmático, la legislación se ocupe de la relación de trabajo propiamente dicha. Ejemplos abundan en la legislación. Cuando el Código Sustantivo del Trabajo se ocupa del trabajo de menores, aunque el contrato haya sido nulo por falta de capacidad, de todas maneras obliga al patrono al cumplimiento de las Leyes Sociales (Art. 31). Cuando quiere exonerar al trabajador de la carga de la prueba, le permite que acreditando el servicio personal para otro haga presumir los restantes elementos del contrato de trabajo (Art. 24). Es que siendo la ley del trabajo eminentemente tutelar, la autonomía de la voluntad al obligarse desempeña un papel secundario. Lo que importa es el servicio y la protección a la persona humana que lo presta. Las aparentes declaraciones de voluntad son apenas indicadoras de una realidad y, de no coincidir con ésta, se desestiman.”

“Tal el caso de autos. Mientras los documentos dan cuenta de diversos contratos, los hechos, como los relatan el representante de la demandada y su testigo de excepción, hablan de una sola relación de trabajo que cronométrica y periódicamente se interrumpía por razones del balance anual. Pero se reanudaba también al finalizar el balance.”

“Entonces mientras la verdad formal amerita la existencia de varios contratos de trabajo, la verdad real da cuenta de una sola relación laboral interrumpida por razones de interés exclusivo del patrono.”

“Pero Faudel firmó y consintió en que las interrupciones se hicieran en forma, o de conciliación, o de renuncia, o de mutuo acuerdo. Esta figura, si expresamente no está determinada en la Ley, ya la ha contemplado la doctrina, al ocuparse de la simulación o del fraude a la Ley. Más aún: la ha

previsto el Legislador cuando se ocupa del salario sin prestación del servicio, y ha dispuesto que cuando no se trabaja por culpa o disposición del patrono, de todas maneras el trabajador tiene derecho a percibir su salario (Art. 140 del Código Sustantivo del Trabajo). Es todavía más: el artículo 19 ibídem, a falta de norma expresa, consagra como de aplicación supletoria, el uso, la jurisprudencia, la doctrina. Esta ha dicho:

“El hecho de que la Ley del Contrato de Trabajo mencione como causa de terminación del contrato la de la “expiración del tiempo convenido” no puede ser utilizada por parte del empresario para burlar los derechos que el legislador tiene reconocidos a los trabajadores, valiéndose de la hábil fórmula de redactar uno o varios contratos, a cierto tiempo, de forma que aquéllos queden separados de la protección que las leyes laborales les reconocen.” (Sentencia del Tribunal de Casación Francés, Tomo II, de octubre de 1956, citada por Herrera Nieto B. “La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo. Pág. 307.”)

“Y es que, por el camino de los contratos sucesivos, se llega al fraude de las siguientes normas: de la que dispone que la cesantía se liquide con el último salario (Arts. 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo), de la que otorga el derecho a vacaciones con el año completo de servicios (Artículo 186 ibídem), y de la que obliga al patrono a pagar salario sin servicio cuando por su voluntad no se presta (Art. 140 de la norma citada).”

“Concurren en situación como la presente dos figuras claramente definidas en la jurisprudencia y la doctrina. La simulación y el fraude a la Ley. Hay simulación porque un acto aparente, un contrato a término fijo reiniciado con periodicidad, oculta o simula un hecho real, la suspensión del servicio por voluntad del patrono. Y a consecuencia de élla, se configura el fraude a la Ley, porque no se le da cumplimiento a las normas anteriormente citadas.”

“Pero, hablando del caso concreto, se podría aún afirmar que las anteriores conclusiones son aceptables frente a los contratos

de 1957, 1958 y 1959 y que no se pueden aceptar con relación al contrato terminado en 1954, porque hubo conciliación, cosa juzgada, para fenecerlo y renuncia en el que se inició el 1º de junio de 1954 y terminó el 31 de diciembre de 1956. No. En primer lugar, no puede hablarse de conciliación sin controversia y la diligencia que obra en autos apenas si se refiere a la protocolización de un acuerdo aparente sobre terminación de un contrato que jamás terminó. En un plano de absoluta objetividad se comprende este aserto. La conciliación se hizo dizque para terminar un contrato el 30 de junio de 1954, siendo así que el 1º de julio el trabajador continuó prestando sus servicios. Y lo más sugestivo de todo: se protocolizó el acta el 23 de julio del mismo año, cuando se seguía en plena ejecución la relación laboral no interrumpida. No se hable tampoco de la renuncia de 1956. De muchos vicios adolece ese documento. Uno de ellos el de haber sufrido adulteraciones mecanográficas, como se demostró plenamente en concepto grafológico.”

“Así las cosas, no puede la Sala sino concluir que hubo una sola relación de trabajo entre las partes finalizada el 26 de septiembre de 1959, e iniciada el 30 de junio de 1952.”

Revela el acta de conciliación que el 23 de julio de 1954, las partes concurren ante el Inspector del Trabajo de Bogotá con el propósito de acordar en presencia de dicho funcionario el monto de las prestaciones causadas por la ejecución de un contrato de trabajo que se inició el 30 de junio de 1952 y terminó, por mutuo consentimiento, el 30 de junio de 1954. El mismo funcionario verificó las operaciones aritméticas, tomando como base un salario promedio mensual de \$ 2.064.55, y dedujo a cargo del patrón la suma de \$ 7.216.74 por los conceptos de cesantía, vacaciones y prima de servicios, que fue pagada en el acto. Sin embargo, el fallador le niega efecto jurídico al arreglo amistoso que recoge ese documento, incurriendo con ello, según el casacionista, en un evidente error de hecho por equivocada apreciación de la prueba.

A propósito de tal impugnación, observa la Sala que el Tribunal no se detiene en el

análisis aislado de ese antecedente, sino que lo relaciona con el hecho de que el trabajador, sin solución de continuidad, prosiguió la prestación de sus servicios a la empresa, circunstancia que ha tomado en cuenta, precisamente, para negarle al acuerdo los efectos jurídicos de una disolución real del contrato en esa fecha. Y contemplado el asunto dentro de esa circunstancia, que tiene su comprobación en el proceso, no se ve que el fallador, por este aspecto, hubiese incurrido en el error de hecho que se le atribuye. Cabe la posibilidad de un acto simulado y esta hipótesis, no desprovista de fundamento, hace que si hubo equivocación en la estimación de la prueba, ella no aparezca con la evidencia que se requiere dentro de las exigencias de la técnica para la eficacia del recurso.

Pero sí hay error ostensible, a juicio de la Sala, en la apreciación del documento de folio 41, cuyo tenor es el siguiente:

“Bogotá, D. E., Diciembre 14/56.

Señores
“Rubén Avivi y Leonardo Kaplan
“L. C.

“Distinguidos señores:

Lamento positivamente tener que comunicar a Uds. que con fecha 31 de diciembre corriente presento renuncia del cargo que como Agente Vendedor vengo desempeñando en su importante Empresa, desde hace cinco años. Discontinuadas en Junio 30 de 1954 según resolución del Ministerio de Trabajo.

Aprovecho la presente para agradecerles todas sus gentilezas, y me reitero incondicionalmente a sus órdenes,

Atto. Amigo y Servidor,

(Fdo. Gustavo Faudel L.”

El demandante, en diligencia de folios 98, después de reconocer la autenticidad de su firma puesta en ese y otros documentos que

para el efecto le fueron presentados, manifiesta que el de folios 41 lo firmó en blanco en 1954, de acuerdo con una exigencia del gerente “para hacer una carta de renuncia después de la conciliación”. Tal manifestación del actor dió lugar a la intervención de un perito grafólogo y a su dictamen y ampliación de él pertenecen los siguientes apartes:

“1º) La carta renuncia del folio 41 fue escrita en dos tiempos mecanográficos distintos, por cuanto la adición que dice: “Discontinuadas en Junio 30 de 1954 según resolución del Ministerio de Trabajo” ofrece, a la regla o casilla de Osborn, desnivel literal, lineal y de margen frente al texto original del mismo documento. (véase gráfica N° 1). Tal irregularidad denota que la parte aditiva fue puesta en acto mecanográfico distinto al que se efectuó para escribir el texto inicial. No hubo, pues, continuidad en la acción o factura del documento.”

“4º) Para escribir el texto de la carta renuncia aludida, antes de la adición, se utilizó la máquina Olivetti N° 2223818, Lexikon 80, de propiedad de la parte demandada. Tal identidad se establece frente a las muestras de prueba, por la igual identificación, tipo, especificidad y contorno de los unos y otros caracteres, ninguno de los cuales descontada la distinta presión de las teclas, ofrece merma o superación esencial. (Véanse, al respecto ampliaciones demostrativas en las gráficas 3 y 5).”

“5º) Para hacer la adición arriba transcrita se usó la máquina de marca Olivetti, N° 2224215, Lexikon 80, de propiedad, de la parte demandada; objetivamente, en efecto, entre esta y la de adición existe manifiesta y ostensible concordancia grafométrica, de peculiaridad y de impresión (Véase gráfica N° 4).”

“1º) La firma “Gustavo Faudel L”, de la carta renuncia del folio 41, fue escrita por su autor después de la confección del texto mecanografiado escrito con la máquina Olivetti N° 2223818, Lexikon 80, de que trata el numeral 4º del dictamen que obra del folio

366 a 368. El hecho se comprueba al microscopio, por cuanto los tintes del trazado de dicha firma pisan, formando grumos de coloración azul, los gramas de las letras de cruce de la aludida máquina. Esto, tomada la homogeneidad del texto completo del citado documento, sin contar aquí la parte aditiva; porque si bien la firma no hace contacto con todo el cuerpo original de la carta escrita con la máquina enunciada, es lo cierto que este es uniforme en intensidad, aliteración del teclado y desplazamiento de las letras, vista su relación con los tipogramas de entrecruzamiento y superposición, razón por la cual lo que se dice y deduce de estos, puede predicarse también lógicamente de la integridad del texto, el que de seguro fue obtenido dentro de las mismas condiciones de tiempo, acción, márgenes, cinta e impresión."

"2º) Ningún accidente gráfico autoriza tomar igual conclusión a la antes vista, en relación con la parte aditiva de la carta; en efecto, no hay entre esta y la firma rasgos de cruce o contacto que permitan saber objetivamente qué se escribió primero, si la frase complementaria o la firma de Faudel; tampoco es dable deducir esto por la tinta, ya que la firma y la del texto de adición son de composición diferente y su impregnación a través de la fibra del papel, en uno y otro caso, alcanza índices distintos no cotejables prácticamente."

Luego no es verdad la afirmación del demandante de haber firmado en blanco ese documento, en lo que se refiere al texto principal, o sea, a la renuncia, y en cuanto a la frase complementaria no se sabe si ella fue escrita antes o después de la firma. Es decir, que no concurre hecho alguno que tienda a restarle eficacia probatoria a esa carta como lo admite el ad-quem.

Además, el documento que obra de folios 35 a 37, firmado por el demandante ante testigos, el 31 de diciembre de 1956, confirma el hecho de su renuncia en esa fecha. Ahí declara que sale de la Empresa "por renuncia voluntaria" y que recibe \$ 10.256.00 por concepto de prestaciones sociales.

No lo entendió así el fallador, para quien la carta de renuncia carece de eficacia por-

que ofrece en su escritura "adulteraciones mecanográficas". Y este error de apreciación, que es notable, a juicio de la Sala, favorece la prosperidad de la censura.

Los demás documentos señalados en el cargo como mal apreciados, se refieren a los contratos de trabajo que las partes firmaron en 1957, 1958 y 1959, todos a término definido. El primero, suscrito el 20 de enero, terminó por vencimiento del plazo, el 15 de diciembre. El segundo, firmado el 15 de enero, también se extinguió, por cumplimiento del período, el 15 de diciembre, y el último rigió del 15 de enero al 26 de septiembre, en que el trabajador voluntariamente hizo dejación de sus servicios.

El por qué de esta modalidad en la celebración de los contratos, se encuentra en la declaración de Luis María Cortés, (f. 340 y ss.) "Preguntado: Sabe el testigo, como Contador le la Empresa y conocedor de los contratos de trabajo que esta firma con sus empleados, si todos los empleados o todos los vencedores y agentes viajeros han venido celebrando contratos de once meses en cada año o únicamente se hizo esto con el señor Faudel? Contestó: Únicamente con el señor Faudel porque era el único Agente Vendedor de la empresa. Preguntado: Querría decir el testigo si el contrato que se celebró con el señor León Marín es de once meses o de una duración distinta? Contestó: el contrato celebrado con el señor Marín es de once meses al igual que los celebrados con el ex-vendedor señor Faudel, porque, como ya lo dije, en los primeros días de diciembre comienza el arreglo y disposición de las mercancías para la ejecución de los inventarios. Por otro lado los vendedores de los artículos de la empresa hacen su provisión de mercancía hasta fines del mes de noviembre, quedando de consiguiente el mes de diciembre y parte del mes de enero en blanco para actividades comerciales."

No es pues una verdad aparente, como se dice en la sentencia, que las partes hubiesen celebrado varios contratos de trabajo, citando como apoyo, en forma incompleta, las respuestas del Gerente en absolución de posiciones. Este, al finalizar la diligencia, aclaró su respuesta a la pregunta sexta, así:

“Los contratos de once (11) meses cada uno fueron en 1957, 1958 y 1959, este último no se cumplió por abandono del empleo señor Faudel Lizarralde (sic). En 1956 el señor Gustavo Faudel Lizarralde renunció a su empleo y se adjunta la carta de renuncia. Aclaro además, que los contratos de once (11) meses no se hicieron para evadir el pago de vacaciones sino simplemente fue un acuerdo mutuo entre la Compañía y su empleado Gustavo Faudel Lizarralde.”

Los contratos se ajustaron en su ejecución a lo pactado, como fácilmente se comprende comparando las estipulaciones con el dicho de los testigos. Luego el fallador debió atenerse a la forma contractual estipulada por las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad. No ofrecen los autos elemento de juicio alguno que pueda invocarse para sustentar la tesis de la simulación y del fraude a la ley, considerada en la sentencia como soporte para decidir que hubo una sola relación de trabajo entre las partes, iniciada el 30 de junio de 1952 y finalizada el 26 de septiembre de 1959, lo que llevó a las condenaciones por prima de servicios, vacaciones y cesantía, concretadas en el fallo que se revisa.

El cargo prospera y la sentencia debe ser casada, para decidir en instancia lo que sea de rigor.

En cuanto al recurso de la parte demandante la Sala queda relevada de entrar a considerarlo porque, como ya se anotó, él pretende la casación parcial del fallo, para que, en instancia, se revoque el de primer grado en cuanto absuelve de la indemnización moratoria y, en su lugar, se haga esa condenación. Es decir, que el casacionista hace esa solicitud fundado en los pronunciamientos condenatorios que la parte demandada ha impugnado con éxito en el recurso.

Para resolver en instancia, además de lo que se expuso anteriormente, se considera: la parte demandada, al contestar la demanda, propuso la excepción de prescripción y este medio de defensa tiene efecto respecto de la obligación u obligaciones que pudieron originarse por el cumplimiento del con-

trato que se inició el 1º de julio de 1952 y terminó el 31 de diciembre de 1956, pues la demanda fue notificada el 3 de octubre de 1960, cuando la acción o acciones correspondientes se habían extinguido por efecto de ese fenómeno jurídico.

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 condena al pago de prima de servicio, vacaciones y cesantía; en cuanto declara infundadas las excepciones de pago, “falta de título, y de causa en el demandante y falta de obligación de la demandada” y en cuanto revoca la condenación del demandante en costas y condena a la parte demandada al pago del 50% de las costas de primera instancia y, en su lugar,

Resuelve:

1º. Declárase probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones que pudieron originarse por razón del contrato que rigió entre el 1º de julio de 1952 y el 31 de diciembre de 1956.

2º. Confírmase el fallo de primer grado en cuanto absuelve de los cargos formulados con apoyo en los contratos que rigieron en 1957, 1958 y 1959, y condena en costas al demandante.

No la casa en lo demás.

Costas en el recurso a cargo de la parte demandante recurrente.

El doctor Adán Arriaga Andrade tiene poder suficiente para representar en este juicio al demandante Gustavo Faudel Lizarralde, de conformidad con el mandato a él conferido y que obra al folio 37 de este Cuaderno.

Cópiese, publíquese, 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.

TESTIGOS Y PERITOS

Es bien sabido que la misión del testigo en las actuaciones judiciales consiste en narrar los hechos que personalmente ha percibido, mientras que la función del perito es la de conceptua sobre esos mismos hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintidos de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

Acta N° 38)

El señor Luis Alberto García, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta a la sociedad "Pedro Felipe Lara e Hijos Limitada", representada por su Gerente Hernando Lara Hernández y al doctor Alfonso Lara Hernández, para que sean condenados, solidariamente, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, a pagarle:

\$ 2.310.00 por concepto de salarios correspondientes al lapso comprendido entre el último día de marzo y el primero de julio de 1962, o sea, tres meses completos, suma que comprende \$ 870.00 como salario en dinero y \$ 1.440.00 (alimentación, alojamiento y pasturaje) como salario en especie; \$ 5.390.00 o lo que resulte probado en el juicio por concepto de auxilio de cesantía, calculado sobre \$ 770.00 cantidad que comprende el salario en dinero y en especie, correspondiente a siete (7) años de servicios; \$ 2.695.00, o la cantidad que se demuestre, por concepto de vacaciones correspondientes al tiempo servido ya mencionado; \$ 1.000.00 como subsidio familiar por un hi-

jo del trabajador, suma que comprende los últimos sesenta meses; \$ 5.000.00 por concepto de asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria; la indemnización por enfermedad contraída por el demandante por causa y con ocasión del trabajo y, por último, los salarios caídos calculados con base en un sueldo de \$ 770.00 o el que resulte probado en juicio.

Las anteriores peticiones tienen apoyo en los hechos siguientes: 1°—Que Luis Alberto García prestó sus servicios a órdenes de los demandados, como mayordomo de la hacienda "Lara La Jarra" desde el 1° de julio de 1955 hasta el 30 de marzo de 1962, fecha en la cual fue reemplazado de manera definitiva; 2°—Que el contrato fue terminado por el Dr. Lara Hernández, quien como socio de la firma era el patrono inmediato del demandante y quien ejercía a plenitud los actos propios de los patronos, como que invocaba su calidad de administrador; 3°—Que el 19 de febrero de 1962, el ya mencionado doctor Lara Hernández le pasó al demandante una carta en la cual le expresaba su propósito de terminación del contrato, dándole un preaviso de cuarenta y cinco días, sin alegar causal alguna justificativa del despido; 4°—Que el patrono posee un capital superior a \$ 200.000.00; 5°—Que la demandada consignó una suma írrita de \$ 2.933.30, que no corresponde al monto de las prestaciones causadas; 6°—Que el salario del demandante se descomponía así: En dinero, \$ 290.00; por alojamiento del trabaja-

dor y su familia, \$ 90.00 en promedio; \$ 240.00 por alimentación del trabajador, su esposa y su hijo; \$ 150.00 por concepto de pastaje para quince (15) reses, a razón de \$ 10.00 cada una; 7º—Que a Luis Alberto García no se le practicó examen médico de ingreso ni de salida y la enfermedad de que padece, que ya se mencionó, le fue certificada por un médico particular, al cual se vio obligado el trabajador a acudir.

El representante de la sociedad demandada no se hizo presente en el juicio pero sí el del doctor Alfonso Lara Hernández, que procedió a dar contestación en su nombre a la demanda instaurada y negó los hechos en los cuales se fundamentan las peticiones del libelo y propuso la excepción perentoria de pago.

Con fecha 23 de septiembre de 1963, el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por medio de sentencia en la que dispone:

“Condenar solidariamente a la empresa Pedro Felipe Lara e Hijos Limitada, representada por su gerente y a Alfonso Lara Hernández, tres días después de ejecutoriada esta providencia y a favor de Luis Alberto García Ochoa a lo siguiente.

“a) Al pago de la asistencia, quirúrgica, médica, hospitalaria y farmacéutica hasta por seis meses de los pterigios bilaterales que padece García Ochoa.

“b) A pagarle en dinero la cantidad de \$ 329.20 por concepto que se discriminaron (sic) en la parte mutua (sic) de la sentencia.

“c) Costas a cargo de la parte demandada, pero en un 50%, se absuelve de los demás cargos”.

Apelada la anterior providencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dijo en la parte resolutive de la sentencia por medio de la cual resolvió el recurso:

“Primero.—Modifícase la sentencia apelada y en su lugar dispone:

“1º—Condénase solidariamente a la Sociedad denominada Pedro Felipe Lara e Hijos Ltda., representada por su gerente Hernando Lara Hernández, o quien haga sus veces, y al doctor Alfonso Lara Hernández, a pagar tres días después de ejecutoriada esta providencia y a favor de Luis Alberto García Ochoa, los siguientes valores:

a) Por cesantía	\$ 4.970.60
b) Por vacaciones	2.020.00
c) Por primas	4.040.00
d) Por tiempo presuntivo.	4.407.00

TOTAL \$ 15.437.92

“De esta suma se descontará la cantidad de \$ 2.933.30, ya cancelada por la parte demandada.

“2º—Confírmase los numerales (sic) a) y c) de la sentencia apelada.

“3º—Condénase a las personas mencionadas en el numeral 1º de esta sentencia, a cancelar al demandante como sanción por el no pago oportuno de la totalidad de sus prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65 del C. S. del T. un mes de salario por cada uno de retardo, desde la época en que fue despedido hasta aquella en que se cubran los valores aquí establecidos.

“Segundo.—Costas a cargo de los demandados”.

El doctor Alfonso Lara Hernández por medio de su apoderado interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación, y en la demanda respectiva señala en estos términos el alcance de la impugnación:

“Con la presente demanda pretendo que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haga las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que se case en su totalidad la sentencia de veintiocho (28) de octubre de 1963 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del D. J. de Cúcuta, en el negocio instaurado por Luis Alberto García Ochoa contra la sociedad Pedro Felipe Lara e Hijos Limitada y el doctor Alfonso Lara Hernández.

“Segunda.—Que en su lugar, la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— convertida en Tribunal de Instancia, disponga lo siguiente:

“a) Modificar la sentencia apelada y en su lugar disponer:

“Condénase solidariamente a la sociedad denominada “Pedro Felipe Lara e Hijos Limitada” y al doctor Alfonso Lara Hernández, al pago a favor de Luis Alberto García Ochoa, de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica, hasta por seis meses, de los pterigios bilaterales de que éste padece;

“b) Condenar a las personas mencionadas en el numeral anterior, a pagar a favor del señor Luis Alberto García Ochoa, los siguientes valores:

“Por cesantía	\$ 1.377.53
(4 años-9 meses)	
“Por vacaciones de tres años	435.00
“Por presuntivo de tres meses	870.00
TOTAL	\$ 2.682.53

“Como la parte demandada canceló ya la suma de \$ 2.933.30, el excedente se imputará a la suma que deba pagar por concepto de la condena hecha en el numeral anterior.

“c) Revocar el numeral c) (sic) de la sentencia apelada”.

Y luego de indicar que invoca el ord. 1º del art. 87 del C. de P. L., formula en los siguientes términos el primero de los siete cargos que contra la sentencia acusada contiene la demanda en cuestión:

“Violó la sentencia recurrida, indirectamente, por aplicación indebida, las normas contenidas en los artículos 64 (ord. 1º), 65 (ord. 1º), 127, 186, 190, 193, 249 y 306 del C. S. del T., por violación medio del artículo 61 del C. de P. L., en relación con los artículos 38, 47, 49, 55, 64 (ord. 2º), 129, 132, 189

(ord. 2º) y 253 del C. S. del T. en concordancia con los artículos 1546, 1603 y 1613 del C. C., a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, al apreciar la prueba que más adelante singularizaré y que la condujo a dar por demostrado que el salario real del extrabajador Luis A. García Ochoa fue de \$ 1.010.00 mensuales”.

Dice el recurrente que la prueba mal apreciada por el Tribunal es el dictamen pericial que obra a los folios 35 a 37 de cuaderno No. 1 del expediente. Y hecha esta manifestación procede a la demostración del cargo, indicando:

Que el error de hecho en que incurrió el ad-quem consistió en lo siguiente: “...por un error de apreciación del dictamen pericial que obra a folio 35 a 37 del cuaderno No. 1 del expediente, la Sala Laboral dió por probados en juicio, hechos constitutivos del salario en especie, que no figuran determinados o establecidos por ninguno de los medios idóneos para ello (confesión, testimonios, etc.)”. Y agrega el recurrente: “No resulta aceptable, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que no estando demostrado en juicio que el extrabajador García Ochoa recibía de mi mandante los servicios constitutivos de salario en especie, el peritazgo pueda servir de fundamento para hacer una condenación de vacaciones, cesantía, primas de servicio e indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, con un salario básico de \$ 1.010.00 mensuales. Y no puede servir el experticio de fundamento de las condenas señaladas, por cuanto es bien sabido que la prueba pericial debe ser considerada como accesoria o complementaria y relacionada con las pruebas principales (testimonios, confesión, inspección ocular, etc.). De acuerdo con cada una de éstas debe ser apreciado cada clase de informe pericial”. Y ya refiriéndose más concretamente al caso en estudio, dice: “...La prueba pericial, solicitada por el apoderado del extrabajador García Ochoa (fols. 13 y 33 del Cuad. Nº 1), era eficaz y conducente para avaluar los servicios de alimentación, vivienda y los de pasturaje, pero carentes de entidad para establecerlos, es

decir, para probar que existieron, menos aún fundamentándose en el dicho de otra persona que no fue decretado como prueba ni recibido en forma legal...". Y continúa diciendo el impugnador, que el Tribunal ha debido desechar la prueba por error grave, como lo hizo el a-quo, para no llegar al extremo de asignarle el poder de convicción de que carece para determinar hechos constitutivos de salario en especie que con ella nunca podían ser probados, y concluye con estas palabras sus argumentos: "El error de hecho en la apreciación de la prueba citada es, pues, evidente, ya que da por establecidos hechos que claramente no aparecen en la prueba invocada en apoyo de ellos y por el contrario, contradichos de modo evidente en otros documentos del mismo proceso (declaraciones que obran a los fls. 31 y 32 del cuaderno N^o 1 del expediente y confesión que obra a fl. 18 del mismo cuaderno)".

Se estudia.

La inconformidad del recurrente con el fallo que acusa expresada en este cargo, estriba en que el perito, sobre hechos no establecidos en el juicio, emitió algunos conceptos que al ser acogidos por el sentenciador, le sirvieron para dar por demostrados aquéllos y cimentar una sentencia condenatoria, con la que, según afirma, se violaron las disposiciones que señala.

Considera el recurrente que con los medios de prueba decretados y recepcionados en la primera instancia, no se demostraron los hechos que él ad-quem, con apoyo en el dictamen pericial, há dado por establecidos, como se desprende de las propias palabras del perito y de las consideraciones de aquél. Dice el perito: "...estos hechos quedaron confirmados en la investigación personal que hice al actual mayordomo de la Hacienda Lara, quien lleva once meses de servicio. En efecto, él y su esposa y sus siete hijos viven en la casa principal de la finca, gozando de todas las dependencias; gana \$300.00 mensuales y le pagan subsidio familiar por cuatro hijos... Así mismo la yuca y el plátano para su consumo familiar lo recibe de dos hectáreas de huertas de propiedad del patrono, que existen en la finca. Para la fe-

cha de la diligencia tenía pastando en los potreros de la hacienda Lara, diez animales de su exclusiva propiedad". Y el Tribunal expresa en su providencia: "...El experticio que obra de folio 35 a 37 del expediente, no es producto de improvisación y menos de la rapidez o de carencia de fundamento, por el contrario, el perito concurrió con el Juzgado a la diligencia de inspección ocular practicada en la Hacienda, recorrió gran parte de ésta, observó las condiciones de vida de los trabajadores, la del actual mayordomo y su familia y comprobó cuáles beneficios derivaba de los patronos como complemento de su salario en especie; constató el número de reses que tiene el actual mayordomo pastando en los potreros del fundo donde se prestaron los servicios, etc., y todas estas observaciones las comprobó con la expresa afirmación de la persona que reemplazó en las mismas labores al actor Luis Alberto García Ochoa. No ve el Tribunal, —agrega—, cómo puede decir el señor Juez a-quo que esta prueba carece de solidez y que por eso no puede aceptarse procesalmente. El experticio se elaboró observando la labor desempeñada por el actual mayordomo de la Hacienda, la casa habitada por él y su familia, el número de reses que pastan libremente en los potreros de la finca y que son de propiedad de éste, la calidad de los pastos, las verduras recibidas para el mantenimiento suyo y el de su familia, todo lo cual le dio un valor razonable a las referidas especies, que según el actor y los testigos fueron canceladas como parte del salario devengado...".

Y de la investigación personal adelantada por el perito, concluye el sentenciador que el señor García Ochoa, demandante, disfrutó de los mismos beneficios de que estaba gozando el 'actual mayordomo' cuando la diligencia se realizó y en consecuencia acepta el experticio en lo referente a la valoración de los incrementos del salario en especie, dando por demostrado que el demandante con su familia residió en la casa de la hacienda, que recibió parte de la alimentación y que tenía derecho a pastaje para los animales de su propiedad, todo, porque el mayordomo actual disfrutó de tales beneficios, así como también su propia familia.

Cabe advertir aquí, que al dar contestación a la demanda el apoderado del doctor Alfonso Lara Hernández manifestó, aceptando parcialmente un hecho de la misma, que el sueldo de García Ochoa era de doscientos noventa pesos (\$ 290.00); dijo además, que el demandante suministraba su propia alimentación y por último, que su poderdante nunca tuvo conocimiento de que el actor hubiera tenido ganados pastando en los predios de la finca, lo que de ser así, constituiría un abuso de confianza, debiendo en consecuencia, pagarle el demandante al demandado el valor del pastaje. Es decir, que fuera de lo relativo al salario, aceptado en la suma arriba indicada, correspondía a García Ochoa demostrar los demás hechos sobre los cuales se afianzan los puntos demandados. Sobre este aspecto salarial y algunos otros, hablan los testigos Teresa Mejía, cajera de la sociedad demandada, y Luis Alberto Rosal, contador de la misma, quienes en sus exposiciones expresaron, la primera, que es cierto que García Ochoa fue mayordomo de la finca Lara, que ignora quien lo contrató así como también el tiempo durante el cual prestó sus servicios y afirma que últimamente ganaba como sueldo \$ 290.00 mensuales. Que éste nunca relacionó ganados de su propiedad que pastaran en la hacienda, ni presentó papeles relacionados con el subsidio familiar y que, enviado al médico doctor Musa Brahim éste le ordenó una intervención quirúrgica que nunca se realizó porque seguramente a García Ochoa 'le dio miedo'. Y el segundo, el señor Rosal, rindió una declaración muy similar a la anterior. Afirmó que el sueldo del demandante fue de \$ 290.00, que no tuvo conocimiento, de que hubiera tenido ganados de su propiedad pastando en la Hacienda, y que fue enviado al médico Brahim quien le ordenó una intervención quirúrgica que no se llevó a cabo por culpa del mismo demandante, y para concluir su exposición dijo que éste con su sueldo atendía lo relacionado con la alimentación suya y de su familia.

Es decir, que los hechos básicos de la demanda quedaron sin demostración en el juicio y que, los puntos de apoyo de la sentencia los hubo el sentenciador del dictamen

pericial rendido por el doctor Luna, quien luego de una información o investigación personal, como él mismo califica su actuación, llevada a cabo sobre el actual mayordomo, —persona distinta de García Ochoa—, concluye que éste gozó de los mismos beneficios de que disfrutó en la actualidad su reemplazo.

Conocido lo anterior, se procede al examen de la cuestión propuesta. Considera el impugnador que la violación de las normas que ha señalado ocurrió como consecuencia del error de hecho consistente en la equivocada apreciación del dictamen pericial, apreciación equivocada que condujo al adquem a "dar por demostrado que el salario real del extrabajador Luis A. García Ochoa fue de \$ 1.010.00 mensuales", cargo que sustenta con las consideraciones que con amplitud formula, y que lo llevan a estimar, que por tal medio no se pueden demostrar los hechos en los cuales se apoyan las peticiones de la demanda inicial.

Es bien sabido que la misión del testigo en las actuaciones judiciales consiste en narrar los hechos que personalmente ha percibido, mientras que la función del perito es la de conceptuar sobre esos mismos hechos, o como dice el tratadista Carmelutti, "... el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del Juez, mientras el perito conoce por encargo de éste". De lo anterior se desprende que el perito obra por designación del Juez, y conceptúa sobre hechos ya judicialmente esclarecidos. Es, en otras palabras, un auxiliar del Juez y actúa sobre cuestiones de complejidad técnica que están fuera del conocimiento del fallador. Esto quiere significar que no encaja dentro de la misión que corresponde al perito establecer, a través de sus propias investigaciones, hechos que han debido ser demostrados por otros medios probatorios, como quiera que su actividad, se repite, se desarrolla o cumple sobre hechos conocidos. Lo contrario llevaría a concluir que corresponde al perito establecer los hechos sobre los cuales se apoyan las peticiones enmarcadas en la demanda, convirtiéndose así en el poder decisorio por excelencia en el juicio, con facultades muy por encima de las

que la ley asigna al Juez, lo que sería contrario a la técnica procesal y anularía las normas sobre pruebas que el código de la materia trae señalándoles su ámbito y capacidad demostrativa. Y no se diga que lo anteriormente expresado no encaja en materia laboral por virtud del principio de la racional formación del convencimiento, porque no puede el Juez, pese a lo preceptuado por el artículo 61 del C. de P. L., ni crear nuevas pruebas por fuera de las señaladas por la ley ni asignarle a una cualquiera de estas un poder de convicción de que carece para demostrar determinados hechos que con ella nunca pueden ser establecidos.

El señor García Ochoa, es la verdad, no logró demostrar en el curso del juicio los hechos relacionados con la alimentación para él y su familia, con el alojamiento y el mantenimiento de reses de su propiedad en la finca Lara, en una palabra, que recibía del patrono tales servicios y de ahí que no pueda aceptarse el peritazgo como base suficiente para hacer unas condenaciones tomando como salario básico el de \$ 1.010.00 mensuales, cuando solamente se estableció mediante las declaraciones rendidas por la señorita Mejía y por el señor Rosal, pruebas presentadas por la parte demandada, y con la contestación de la demanda, que su sueldo fue de doscientos noventa pesos (\$290.00) mensuales. De suerte, pues, si como es evidente no se demostraron aquéllos otros factores, por imposibilidad o descuido del demandante, su valoración hecha por el perito, no puede tener incidencia ninguna en la determinación del salario real que pueda tomarse en cuenta para señalar, determinar o fijar el monto de las condenaciones a que haya lugar, por las razones que se han expuesto.

Y en relación con el dictamen, habida consideración de la forma como fue rendido, considera la Sala del caso, formular algunas observaciones: No era necesario, como lo hizo el perito, realizar un recorrido de la finca para concretar su valor, porque el capital del patrono no fue materia del debate judicial como quiera que éste, tácitamente aceptó tener el suficiente para asumir la totalidad de las prestaciones recla-

madas por el señor García Ochoa. Además, no es ésta la prueba que la ley exige para el caso, la que debe ser aportada por el patrono siendo susceptible por su omisión de considerarse su capital suficiente para la asunción total de las obligaciones a su cargo. De otro lado la costumbre, a la que hace especial referencia el perito, no se prueba, como se pretende, por tal medio, ya que la ley procesal específicamente señala la forma como debe ser establecida. Y por último, debe anotarse que al perito no le es dado, como sucede en el caso de autos, acudir al dicho de personas extrañas al proceso, para deducir como lo hizo, luego de escuchar al 'actual mayordomo', que las condiciones contractuales del anterior eran las mismas de aquél.

Por motivo de lo expresado, el cargo que se ha analizado prospera.

La prosperidad del cargo anterior releva a la Sala de estudiar el segundo, como quiera que pretende idéntico propósito por la misma vía de acusación, pero con señalamiento de otros medios de prueba que fueron dejados de apreciar por el sentenciador, como son las declaraciones de la señorita Teresa Mejía y del señor Luis Alberto Rosal y la confesión hecha por el doctor Josué Guillermo Canal al dar contestación a la demanda, en lo concerniente al monto del salario.

El tercer cargo lo formula el recurrente así:

"La sentencia recurrida violó indirectamente, por aplicación indebida, la norma contenida en el ord. 1º del artículo 64 del C. S. T., por violación medio del artículo 61 del C. de P. T., en relación con los artículos 47, 49 y 64 (ord. 2º) del C. S. del T., a consecuencia de evidente error de hecho cometido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, al apreciar las pruebas que más adelante singularizaré y que la condujo a dar por demostrado que el tiempo faltante para cumplir el nuevo plazo presuntivo, era de cuatro meses, once días".

Y a continuación procede el impugnador a indicar las siguientes, como pruebas mal

apreciadas: a) El documento suscrito por el doctor Alfonso Lara Hernández, que obra a folio 2 del Cuaderno Primero, y b). La confesión hecha por el doctor José Luis Villamizar Melo, apoderado del demandante García Ochoa, en el hecho 1º de la demanda que obra a los fs. 11 y 15 del mismo cuaderno.

Y en la demostración del cargo expresa: El error de hecho consistió en dar por establecido con la carta de folio 2, suscrita por el doctor Lara Hernández, que el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo de seis meses que comenzó a correr el primero de enero de 1962, era de cuatro meses y once días, cuando en realidad era solo de tres meses. Y agrega el impugnador que la conclusión y la condena que de ella derivó el ad-quem, no hubiera sido posible de acuerdo con lo preceptuado por los arts. 51, 60 y 61 del C. de P. T. en concordancia con el art. 607 del C. J., que permite darle todo su valor probatorio a la confesión, en el caso de autos a la que hizo el doctor Villamizar Melo en el hecho primero de la demanda que obra a los folios ya indicados, —15 a 18— del Cuaderno Primero, “según la cual el contrato de trabajo verbal que ligó a las partes, se prolongó hasta el 30 de marzo de 1962, es decir, hasta tres meses antes de vencerse un nuevo plazo presuntivo”. Y termina así el recurrente su argumentación demostrativa del cargo: “...El error de hecho en la apreciación de las pruebas citadas es, pues, evidente, ya que da por establecido un hecho contradicho en forma fehaciente por otra prueba del mismo proceso, prueba que tiene plena validez según el inciso 2º del art. 607 del C. J.”.

Se estudia.

Como la acusación que contra la sentencia del Tribunal de Cúcuta formula el recurrente en este cargo, hace referencia a dos pruebas que en su opinión fueron mal apreciadas, como son la confesión hecha por el apoderado del actor en la demanda, relacionada con el término presuntivo del contrato de trabajo que ligó a García Ochoa con la sociedad demandada y con el doctor Alfonso Lara Hernández, y la comunicación por

éste pasada al actor, y que obra al folio 2 del expediente, referente al mismo punto, procede la Sala a examinar dichos dos elementos de prueba, tomando en cuenta, en consideración con el primero, que el art. 607 del C. J. preceptúa en su segundo inciso que, la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, autorización que se presume para el escrito de demanda, caso contemplado en el ataque a la sentencia en referencia, encuentra esta Sala que en el hecho primero de aquella el apoderado de García Ochoa, en acuerdo con la petición primera, dice: “1. Don Luis Alberto García Ochoa estuvo al servicio de los demandados, mediante contrato de trabajo verbal, durante el lapso comprendido entre el primero (1º) de julio de 1955 y el treinta de (30) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962) en que fue definitivamente reemplazado en el ejercicio de su cargo de mayordomo de la llamada “Hacienda Lara La Jarra”. Y en la parte petitoria, como ya se anotó, solicita por tanto, que los demandados sean condenados a pagar a su poderdante, los siguientes valores: “... a) Por concepto de salarios correspondientes al lapso comprendido entre el último día de marzo y el primero de julio del corriente año, es decir, tres meses completos, la suma de...”.

Bien, con fundamento en lo afirmado en la demanda relacionado con la fecha de iniciación del contrato de trabajo celebrado entre el actor García Ochoa y la sociedad demandada y el doctor Lara Hernández, demandado solidariamente con ella, el último período presuntivo se inició el primero de enero de 1962 y terminaba, en consecuencia, el 30 de junio del citado año. De suerte que si el actor laboró los tres primeros meses del año en cuestión, obviamente tendría derecho a que se le reconocieran los salarios de los tres faltantes para completar los seis del período presuntivo. Y así lo entendió el apoderado de García Ochoa, cuando simplemente solicitó el pago de las remuneraciones correspondientes, por el concepto arriba mencionado, el lapso comprendido entre “último día de marzo y el primero (1º) de julio del corriente año (1962), es decir, tres meses completos”.

Ahora bien: El doctor Alfonso Lara Hernández, con fecha 19 de febrero de 1962, pasó al señor García Ochoa la carta que obra al folio 2, en la cual le manifiesta que ha decidido resolver el contrato de trabajo que los ligaba, dándole en tiempo un preaviso de cuarenta y cinco (45) días, con la advertencia de que "si usted se retirare antes del plazo se le pagará en dinero efectivo". Se desprende de esta comunicación que la determinación del patrono se hizo efectiva en la forma en ella indicada y de la prueba en cuestión, muy clara para el efecto, se colige que el contrato terminó el último día de marzo, de donde la conclusión extraída de este medio de prueba tiene que ser por necesidad, la misma que se dedujo de la analizada anteriormente.

De lo anterior surge que el ad-quem hizo, efectivamente una equivocada interpretación de los medios de prueba señalados por el recurrente al estimar que el tiempo faltante para completar el término presuntivo del contrato de trabajo que vinculaba al demandante con los demandados era de cuatro meses y once días, y de ahí que el cargo que se examina deba tener prosperidad.

Como el cargo cuarto que presenta a la consideración de la Sala el impugnador persigue el mismo fin del anterior, por aplicación indebida del numeral 1º del artículo 64 del C. S. del T., por violación medio del 50 del C. de P. L., en relación con los artículos 47, 49 y 64 (ord. 2º), por considerar que el sentenciador, sin facultad para ello, falló, ultra-petita al condenar tomando en cuenta como tiempo faltante para completar el término presuntivo del contrato de trabajo celebrado entre la parte demandada y el actor García Ochoa, el de cuatro meses y once días, la Sala queda relevada de estudiarlo, habida consideración de la prosperidad del cargo tercero.

El quinto cargo lo formula en estos términos el impugnador: "La sentencia recurrida violó por aplicación indebida, las normas contenidas en el artículo 306 del C. S. del T., por violación medio del art. 50 del C. P. T., en relación con los artículos 19, 55 y 253".

Y en el capítulo destinado a la demostración del cargo expresa el recurrente: "La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, violó por aplicación indebida, las normas contenidas en el art. 306 del C. S. del T., por violación medio del artículo 50 del C. del P. T., en relación con los arts. 19, 55 y 253 del C. S. del T., por cuanto la condenación por concepto de primas de servicio, que supuestamente se le adeudan al extrabajador García Ochoa, no fue solicitada en la demanda presentada por el apoderado de éste, ni el juez de primera instancia, que es el único que por mandato del art. 50 del C. de P. T. tiene facultad para fallar extra-petita, lo hizo. - Y si dicho funcionario no condenó extra-petita, ni la condenación fue solicitada en el libelo de demanda, mal podía la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, que carecía y carece de facultad para ello, decretar el pago de las sumas correspondientes a dichos conceptos".

Y agrega el casacionista para concluir sus argumentaciones: "...que se hace necesario concluir que la norma que contempla la prima de servicio obligación que emana de la naturaleza de todo contrato de trabajo, que pertenece a esa relación jurídica por mandato legal (art. 55 C. S. del T.) y se liquida, por aplicación analógica, en la misma forma en que lo es el auxilio de cesantía (art. 253 C. S. T.), al no reclamarse en juicio ni ordenarse pagar por el juez a-quo, fue infringida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por violación medio del art. 50 del C. de P. T.". Y de tales consideraciones concluye que debe salir la prosperidad del cargo que ha formulado.

Se estudia.

Es principio generalmente admitido en derecho procesal el de que la demanda limita los poderes del juez, en forma tal que no le está permitiendo fallar por fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Sin embargo, lo preceptuado en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral constituye una excepción a tal principio como quiera que autoriza al juez de primer grado para resolver extra o ultra-petita pero siempre condicionada tal facultad a los siguientes

requisitos: Que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido materia de debate en el juicio y que estén debidamente probados. Es del caso precisar que la facultad para condenar extra y ultra-petita es exclusiva del Juez de primera instancia y carecen de ella los Tribunales de segundo grado, "en virtud, ha dicho la Corte, de la conservación que se ha hecho de la figura procesal conocida con el nombre de 'reformatio in pejus'. Por tanto, dice la Corporación en la misma providencia, hecha una condena extra o ultra-petita por el Juez de primera instancia, el Tribunal de segundo grado no puede hacer más gravosa la situación del demandado apelante".

Se dijo ya al examinar uno de los cargos anteriores, que el señor García Ochoa, demandante, no demostró por acción directa suya, los hechos sobre los cuales apoya las peticiones de la demanda que instauró y más concretamente, puede hacerse tal afirmación en relación con las primas de servicio, ya que ni siquiera sobre ellas se formuló petición alguna en el libelo inicial, de donde se explica el silencio guardado por el juez a-quo al respecto. Ahora bien: si se tienen en cuenta las consideraciones formuladas anteriormente por la Sala, se encuentra que el Tribunal sentenciador incurrió en la violación señalada por el recurrente, como quiera que no tenía ni tiene, la facultad consagrada en el art. 50 del Código de Procedimiento Laboral, y en uso de ella produjo condenación por primas de servicio, de donde el cargo formulado prospera.

El sexto cargo lo presenta en estos términos el impugnador: "La sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, las normas contenidas en los arts. 186, 189 (ord. 2º), 190 y 192 del C. S. del T., en relación con el artículo 488 de la misma obra y los artículos 2512 y 2535 del C. C."

Expresa el recurrente en la demostración del cargo, que la sentencia acusada violó, por el concepto de aplicación indebida, las disposiciones que ha citado, porque la conclusión del sentenciador, según la cual no se alegó, respecto de las vacaciones causadas, pero no disfrutadas en tiempo, la prescripción, no tiene asidero legal alguno.

En efecto, dice, que el doctor Canal apoderado del doctor Lara Hernández en las instancias, en el punto sexto de la contestación de la demanda, manifestó: "...ruego al señor Juez, imputar las cantidades correspondientes a los cuatro años de vacaciones prescritas a la suma que se le adeuda por concepto presuntivo de trabajo (f. 18 Cuaderno N° 1)". Y agrega el casacionista: "Y si a esta afirmación se le hubiera dado todo el valor que tiene, es decir, de que con ella se estaba proponiendo la excepción perentoria de prescripción de las vacaciones correspondientes a cuatro años, por no consagrar el Derecho Colombiano determinadas fórmulas para obtener determinados resultados, es indudable que el Tribunal no hubiera condenado al pago de las vacaciones correspondientes a cuatro años sino a tres como lo hizo el a-quo y por lo tanto, no hubiera violado, por aplicación indebida..." las disposiciones citadas en el cargo.

Se estudia.

No siempre el fallador cita las disposiciones sobre las cuales apoya sus determinaciones, pero de éstas se deduce claramente cuáles son aquéllas. En el caso de autos el ad-quem implícitamente fundamenta su decisión en la norma consagrada en el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el punto materia de la acusación, que enseña que la época de las vacaciones debe ser señalada por el patrono a más tardar dentro del año subsiguiente, las que deben ser concedidas a petición del trabajador u oficiosamente por aquél, buscando no perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. De esta norma se concluye que, las vacaciones correspondientes al primer año de servicio pueden ser concedidas oficiosamente por el patrono o a petición del trabajador en el año siguiente, y así sucesivamente con las que se vayan causando, de donde, como en el caso de autos, su exigibilidad en relación con las causadas cada año opera al vencimiento del siguiente. De ahí que el fenómeno prescriptivo en lo tocante a los descansos anuales, tenga efecto jurídico cada cuatro años, y no cada tres, como está previsto para las demás prestaciones de carácter laboral, que es la tesis que consagra la sentencia que se revisa.

En ese entendimiento no se ha producido la violación que el casacionista imputa al sentenciador. Pero hay más: El cargo tal como ha sido presentado es incompleto ya que no se ataca en él el citado artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con las demás disposiciones que cita, pasando por alto que la norma que consagra constituye el más serio soporte de la sentencia acusada.

El cargo no prospera, en consecuencia.

El séptimo y último cargo dice así: "La sentencia recurrida violó, indirectamente, por aplicación indebida, la norma contenida en el ordinal 1º del art. 65 del C. S. del T., por violación medio de los arts. 50, 51, 60 61 del C. de P. del T. y los arts. 607 y 697 del C. J., en relación con los arts. 38, 64, 65 (ord. 1º), 47, 49, 127, 129, 186, 189, 190, 193 249, 253 y 306 del C. S. T., en concordancia con los arts. 1546, 1603 y 1613 del C. C., a consecuencia de evidentes errores de hecho cometidos al apreciar las pruebas que más adelante singularizaré y que condujeron a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a dar por demostrado, que mi poderdante había procedido de mala fe y por lo tanto, era del caso hacer la condenación por salarios caídos".

Y como pruebas mal apreciadas por el sentenciador, relaciona el recurrente las siguientes: a). El dictamen pericial que obra a los folios 35 a 37 del cuaderno N° 1 del expediente; b). La declaración de Teresa Mejía, que obra a f. 31 del mismo cuaderno; c). La declaración rendida por Luis Alberto Rosal, que obra a f. 32 del citado cuaderno; d). La confesión presunta del doctor José Luis Villamizar Melo, apoderado del demandante García Ochoa, hecha en el punto primero de la demanda, fls. 11 a 15 del cuaderno N° 1, y e). La confesión presunta hecha por el Dr. Josué Guillermo Canal al contestar la demanda, folio 18 del tantas veces citado cuaderno N° 1.

Dice en la sustentación del cargo el recurrente: Que el error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador, a consecuen-

cia del cual resultó indirectamente violada, por aplicación indebida, la disposición citada anteriormente, puede apreciarse prima facie. Consistió el error imputado, expresa el casacionista, en dar por probados con el dictamen pericial, hechos constitutivos del salario en especie, no determinados o establecidos por medio probatorio alguno y por el contrario, contradichos de modo evidente con otras pruebas del mismo proceso como las declaraciones de la señorita Mejía y del señor Rosal y la confesión del doctor Canal, "y sobre esa base hacer liquidaciones y condenas de prestaciones sociales (cesantía, vacaciones y primas) e indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, llevó al Tribunal a deducir que no cubriendo la consignación hecha por mi poderdante, la mitad de la condena establecida en la sentencia, era del caso ordenar las sanciones dispuestas por el ord. 1º del art. 65 del C. S. del T., y como consecuencia, a violarlo indirectamente, por aplicación indebida".

Y agrega el impugnador: Que tal conclusión y condena no hubieran sido factibles si la Sala Laboral del Tribunal, desecha el experticio por el error grave de que adolece por falta de fundamentación y aprecia las demás pruebas que ha citado, que contradicen de manera evidente los hechos que da por demostrados el perito en su dictamen. Y de ahí concluye que de haberse aceptado por el ad-quem las objeciones que en su oportunidad fueron formuladas al experticio, así como las otras pruebas del proceso "la liquidación verificada en la sentencia recurrida hubiera sido muy similar a la realizada por el patrono y por lo tanto, la mala fe, fundamento y soporte de la condenación a salarios caídos, no se tipificaría ni se justificaría". De otro lado, si el sentenciador le hubiera dado todo su valor probatorio a la confesión del apoderado del demandante, hecha en el punto primero de la demanda, según la cual el contrato de trabajo se prolongó hasta el 30 de marzo de 1962 y por lo mismo, no falla ultra petita, ni lo hace extra petita en relación con las primas de servicio, la liquidación hubiera sido también, muy similar a la practicada por el patrono.

Con base en lo anterior, solicita que la sentencia acusada sea casada.

Se estudia.

Efectivamente, al examinar el cargo primero, se vio cómo simplemente se demostró por medio de pruebas aportadas por la demandada, que el salario del actor fue de doscientos noventa pesos (\$ 290.00) y se dijo cómo el experticio, prueba decretada y cumplida, no sirve para establecer, por las razones que entonces se expusieron, hechos de la demanda que han debido ser establecidas por otros medios. Ahora bien, con la demanda misma y con las declaraciones rendidas por la señorita Teresa Mejía y por el señor Luis Alberto Rosal, se hizo tal comprobación. El error del Tribunal fue el anotado en el estudio del primer cargo e insinuado en éste, de dar al dictamen pericial un valor que no podía atribuírsele, en virtud del cual error se computó un salario en especie cuya existencia no fue demostrada por el actor.

Al no haberse demostrado el salario en especie dentro de la etapa probatoria del proceso, —pese a lo expresado por el perito— el ad-quem debía estar, para los efectos de las liquidaciones previas y condenas posteriores, al salario establecido. Al no hacerlo así, como ocurrió, las condenas proferidas se elevaron con exceso, circunstancia que considerada en sí misma, es suficiente para restarle aplicabilidad al artículo 65 del C. S. del T., de donde, como conclusión, el cargo formulado debe prosperar, por cuanto que desaparece la razón que llevó al sentenciar a aplicarlo.

Consideraciones de instancia.

Le sirven a la Sala, como Tribunal, de Instancia, las consideraciones hechas por ella en el estudio de los cargos formulados en casación, así: No habiéndose establecido por parte del actor el derecho a salario en especie, debe estarse para todos los efectos de condena al demostrado, o sea, doscientos noventa pesos (\$ 290.00) mensuales. De suerte, pues, que todas las liquidaciones que hayan de efectuarse, deberán serlo sobre dicho salario.

Se estableció que el actor García Ochoa desempeñó al servicio de los demandados el puesto de mayordomo de la hacienda "Lara La Jarra" durante cuatro años y nueve meses, lo que quiere decir que tiene derecho por concepto de auxilio de cesantía a la suma de \$ 1.377.53, y por vacaciones de conformidad con lo expresado al examinar el cargo que a dicha prestación se refiere, a \$ 580.00. Ahora bien, como el contrato fue terminado por parte de los demandados faltando tres meses para cumplirse el término presuntivo, le corresponde por tal concepto \$ 870.00. Todo lo anterior da un total de \$ 2.827.53. Tiene también derecho el actor a que se le pague el valor de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica hasta por seis meses, de los pterigios bilaterales de que padece.

Ahora bien, como los demandados consignaron a órdenes del actor la cantidad de \$ 2.933.30, oportunamente, no hay lugar a condena por indemnización moratoria. Tampoco hay lugar a condena por primas de servicio, porque estas no fueron materia del juicio, como quiera que no fueron solicitadas en la demanda. Ocorre lo mismo en relación con las costas a cargo de los demandados.

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 acusada en lo referente a auxilio de cesantía, vacaciones, lucro cesante, primas de servicio, indemnización moratoria y costas, y en función de instancia revoca los literales b) y c) de la de primer grado y en su lugar resuelve:

Condénase solidariamente a la Sociedad "Pedro Felipe Lara e Hijos Limitada" y a Alfonso Lara Hernández, a pagar al demandante Luis Alberto García Ochoa, por los conceptos que se enuncian, las siguientes cantidades:

a) Por auxilio de cesantía ..	\$ 1.377.53
b) Por vacaciones	580.00
c) Por lucro cesante	870.00
TOTAL	2.827.53

Esta suma se descontará de la cantidad consignada por los demandados.

No casa la sentencia acusada en lo referente a la confirmación de la de primer grado, o sea, "al pago de la asistencia quirúrgica, médica, hospitalaria y farmacéutica hasta por seis meses de los pterigios bilaterales que padece García Ochoa".

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 Osorio, Secretario.

SERVICIO DE VIGILANCIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, Septiembre veintiseis (26) de mil novecientos setenta (1970).

(Ponente: Abogado Asistente Doctor Mario Barrios M.).

(Acta Nº 53).

Carlos Torres Prieto, por medio de apoderado, demandó en Santa Marta, ante el Juzgado Unico del Trabajo, a la “Compañía Colombiana de Tabaco S. A.”, Sociedad con domicilio en Medellín, representada por Jorge Pérez Vásquez o por quien fuere el representante legal de aquella entidad en el momento de notificarse la demanda, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condene a pagarle las cantidades que resulten probadas por los conceptos de auxilio de cesantía, primas “y demás prestaciones sociales”, compensación de vacaciones, dominicales y festivos laborados, salarios insolutos, calzado y overoles, indemnización por lucro cesante, indemnización moratoria, perjuicios morales y materiales, intereses legales y las costas del juicio.

Reza el libelo que Torres Prieto trabajó al servicio de la demandada como celador externo de sus oficinas, con un salario de quince pesos (\$ 15.00) mensuales, desde el 1º de enero de 1941 hasta el 15 de diciembre de 1959, fecha en la cual fue despedido de manera injusta e intempestiva. Agrega además, que laboró todos los días domingos y feriados comprendidos en el lapso anteriormente indicado y que hasta la fecha de la demanda no le han sido cubiertos los salarios así como tampoco las prestaciones e indemnizaciones que reclama.

Admitida la demanda y corrido el traslado de ley, por medio de apoderado la entidad demandada la contestó, negó los fundamentos de hecho y de derecho en que toma apoyo, por considerar que nunca existió una relación contractual laboral entre ella y el actor. Y para finalizar, propuso la excepción perentoria de prescripción.

Cumplidos los trámites de rigor el Juzgado del conocimiento desató la controversia en providencia mediante la cual absolvió a la empresa demandada de todos los cargos que le fueron formulados y condenó en costas al actor.

Por virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Santa Marta, cuya Sala Laboral, luego de agotados los trámites propios de la instancia, en sentencia fechada el 5 de junio de 1963, confirmó en todas sus partes la del inferior, pero se abstuvo de condenar en costas.

La sentencia anterior ha sido recurrida en casación por el apoderado del actor el cual, previa la relación de hechos, señala en estos términos el alcance de la impugnación:

“Que la H. Sala, obrando como tribunal de instancia revoque la sentencia proferida por el ad-quem y acusada en el presente recurso y en su lugar condene a la demandada a pagar al actor las siguientes prestaciones sociales y reajustes de salarios e igualmente indemnizaciones...”. Y acto seguido procede a determinar las condenaciones que pretende, hecho lo cual formula contra la sentencia recurrida un cargo único concedido en los siguientes términos:

“Primera causal del art. 87 del C. P. L., por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad-quem, originada por error evidente de hecho, al haber estimado e interpretado errónea y equivocadamente las siguientes pruebas: a) La absolución de posiciones rendida por el actor, folios 51 a 53; b) Las declaraciones de: Marcelo González Lizcano, folio 69, Antonio P. Zagarra, folio 72, Guillermo Enrique Manjarrés, folios 75 a 78, Miguel Dau y Gualberto Patiño, folios 86 a 89 y 92; violación de la calidad indicada que trajo como consecuencia la infracción de las siguientes disposiciones laborales de orden sustantivo: Arts. 1º, 10, 13, 14, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 45, 47, 49, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 127 a 157, 172 a 185, 186 a 192, 193 a 198, 230 a 235, 249 a 258, 306 a 308, del C. S. T. y Decretos 616 y 617 de 1954, Decreto 3871 de 1949, Decreto 70 de 1950, Decreto 71 de 1950, Ley 136 de 1948, Decreto 2000 de 1949, Decreto 2350 de 1944, Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, Resolución 46 de 1952, Decreto 2214 de 1956, Ley 187 de 1959, Decreto 2118 de 1956, Decreto 1090 de 1960 y Decreto 118 de 1957”.

En la sustentación del cargo dice el recurrente: “El ad quem da por establecido que la parte demandada demostró que no hubo contrato de trabajo del actor a la demandada, por cuanto que el trabajo que prestó el actor no fue en forma personal, no se le pagó una retribución por su labor de celador y porque no hubo dependencia ni subordinación”. Dice que el Tribunal hizo una crítica superficial a los tres primeros testimonios que relaciona y que afirma que no le merecen credibilidad, “sin entrar en su estudio detallado”. Agrega que el sentenciador habla del cuerpo de Serenos de Santa Marta como si se tratara de una entidad de hecho o de derecho por medio de la cual se hubiera prestado el servicio de celaduría por el actor. Y luego de estas consideraciones previas y con transcripción de algunos apartes de las declaraciones que considera fueron equivocadamente apreciadas, concluye que está demostrada la existencia del contrato de trabajo entre Torres Prieto y la Compañía demandada, porque dice, los elementos que integran la relación laboral se

conjugan en el caso presentado a la consideración de la Corte, y arguye que la presunción que consagra el art. 24 del C. S. del Trabajo, no ha sido desvirtuada por ninguno de los medios de prueba que en el juicio fueron incorporados al proceso de donde, concluye, “establecidos los extremos del contrato de trabajo que ligó a las mismas partes litigantes, se impone la condenación del reajuste de los salarios, el pago de las indemnizaciones y la solución de las prestaciones sociales, en la forma y términos como aparece en el alcance de la Impugnación”.

Se estudia.

Pese a los errores que se observan relativos a la técnica que orienta este recurso extraordinario, y que se hacen palpables en la presentación del alcance de la impugnación, como quiera que allí se pide que la Corte, como tribunal de instancia, revoque la sentencia recurrida, y en el cargo mismo, en cuanto se acusan como violados estatutos completos sin determinar las normas de ellos que se consideran infringidas por el sentenciador, procede la Sala a examinar el cargo único que el recurrente presenta a su consideración y con el cual busca que se case la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta.

Conviene previamente conocer los términos utilizados por la sentencia para deducir la no existencia de vínculo laboral entre el demandante Torres Prieto y la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. Son ellos: “De las pruebas allegadas al expediente no es posible deducir que entre el demandante Carlos Torres Prieto y la demandada hubiese existido un vínculo contractual de naturaleza laboral. En efecto, los testimonios rendidos por los señores Marcelo González Lizcano, Antonio Zagarra y Guillermo Enrique Manjarrés (folios 69 a 72; 72 a 75 y 75 a 78, respectivamente) a solicitud de la parte demandante, no merecen la menor credibilidad por la forma vaga e imprecisa como declaran, por las contradicciones en que incurren, porque muchos de los hechos afirmados por ellos no les constan directamente sino a través de las manifestaciones que dicen haberle oído al propio demandante, y, en fin, porque las razones que dan de sus

dichos no llevan al ánimo del juzgador ningún convencimiento. Pero si por amplitud se les concediera algún crédito, el resultado de la prueba favorecería la posición sostenida por la demandada, pues solamente son contestes cuando afirman que Torres perteneció al Cuerpo de Serenos de la ciudad de Santa Marta, y que prestó sus servicios de celador a varias casas comerciales de la ciudad y en diferentes sitios”.

La apreciación de la prueba hecha por el sentenciador en los términos anteriores, corresponde exactamente a lo expresado en sus declaraciones por los señores González Lizcano, Zagarra y Manjarrés. En efecto, el primero dijo: Que por el año de 1942 Torres Prieto “ya estaba prestando sus servicios de celador al Comercio”. Más adelante, sobre el mismo tópico, expresó, refiriéndose desde luego a Torres Prieto: “Me consta que en el año de 1942 prestaba servicios de vigilancia nocturna al comercio, en varios sitios y todavía los presta actualmente. Sí me consta que desde 1942 ha venido trabajando en celaduría nocturna en varios sitios del comercio hasta la fecha”. Y en relación con las prestaciones sociales manifestó el testigo que “nunca recibió esas prestaciones sociales, y lo se porque muchas veces se quejaba delante de mí de que como el sueldo era poco no lo favorecía en calzado y overoles”. Y para terminar dijo que no sabe la fecha en que prestó sus servicios como celador a la demandada, ni la fecha en que dejó de prestarlos. Agregó que estuvo ausente de Santa Marta desde 1945 hasta 1953 “pero no en forma definitiva porque siempre en forma periódica venía a esta ciudad”.

Zagarra dice que Torres Prieto le prestó servicios de celaduría nocturna a la demandada. Que sabe que la Compañía lo despidió sin causa justa, porque así se lo contó el demandante. Expresó que Torres Prieto perteneció al Cuerpo de Serenos, el que tuvo una duración de unos cuatro años, “y ese cuerpo de Serenos prestaba servicios a varias casas comerciales y particulares. Carlos Torres Prieto sí prestaba servicios para ese cuerpo de serenos”. Y en relación con el tiempo servido por Torres a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., manifestó: Que comenzó en

el año de 1941, no recuerda el día ni el mes, y dejó de prestarle sus servicios en 1960.

Manjarrés dijo que Torres Prieto le prestó como celador sus servicios a la demandada desde 1941, lo que consta porque el testigo era policía, y que dejó de prestarlo en 1959, en diciembre. “Me consta, dijo, que comenzó a trabajar en el año de 1941, porque fue cuando se fundó aquí un cuerpo de serenos y cuyo cuerpo de serenos se acabó en 1942, y Carlos Torres Prieto trabajaba en el cuerpo de serenos; al acabarse el cuerpo de serenos continuó prestando sus servicios a las casas comerciales que lo llamaron para que les siguiera prestando ese servicio”. Adelante expresó que comenzó a prestar sus servicios de policía en 1943 y los dejó de prestar en 1956. Dijo luego que comenzó el testigo a prestar sus servicios como sereno en el año de 1954. Y para concluir dijo: “Me consta que Carlos Torres Prieto prestó sus servicios de sereno a varias casas comerciales en varios sitios”.

Ha querido la Sala transcribir algunos apartes de las declaraciones de los testigos mencionados arriba, para resaltar cómo la apreciación de dichas pruebas hecha por el Tribunal no es equivocada. En efecto, sin precisar tiempos, de manera acorde, indican que el demandante Torres Prieto fue miembro del Cuerpo de Serenos, entidad que prestaba el servicio de celaduría a varias casas comerciales. Y que Torres prestó tal servicio en varios sitios. Estos aspectos indican que si por amplitud, como dice el Tribunal se les concediera algún crédito, el resultado de la prueba favorecería la tesis sostenida por la empresa demandada, pues ellas solamente demuestran que Torres Prieto sirvió en el Cuerpo de Serenos como celador y que en tal carácter prestó sus servicios a varias casas comerciales y en lugares distintos, o sea en aquellos que le señalaba la dirección del Cuerpo de Serenos. Y si ésto es así, no puede decirse que de manera continuada el actor hubiera prestado sus servicios exclusivamente a la demandada. Ahora bien: en relación con otros aspectos se tiene, como el que toca con las prestaciones sociales, que las expresiones de los declarantes se apoyan, como ellos mismos lo dicen, en las informaciones que recibieron del propio de-

mandante Torres Prieto, Incurren de otro lado los testigos en contradicciones y en la mayor parte sus respuestas son vagas, de donde puede afirmarse que el Tribunal no incurrió en errada apreciación de tales testimonios, como lo pretende el recurrente.

Considera el casacionista que el ad-quem apreció equivocadamente la declaración del señor Miguel Dau. Mas al examinarla se encuentra que no hubo tal. En efecto, este testigo, y así fue apreciado por el Tribunal, aclara totalmente la cuestión planteada cuando afirma: Que fué nombrado por la Alcaldía y por el Comercio como Director del Cuerpo de Serenos de Santa Marta, en el año de 1941. Que este cuerpo se creó con el fin de ofrecer un mejor servicio de vigilancia en las noches a las empresas comerciales y a los particulares "y al que quería entrar". Que el Director con el visto bueno del Alcalde nombraba los serenos, y que el primero daba las órdenes para que los serenos ocuparan un sitio determinado. Que al principio a los serenos los pagaba el mismo Director, pero que luego designaron para este efecto a una señorita. Que el servicio era pagado por las empresas comerciales al Tesorero del Cuerpo de Serenos directamente. Que Torres Prieto fue precisamente uno de los serenos contratados por el dicho organismo. Que "todos los días se hacía cambio de sectores, es decir, de vigilancia, ningún sereno estaba en puesto fijo".

Y por último, el señor Gualberto Patiño ratifica con su testimonio lo dicho por el anterior declarante. Dijo: "Es cierto que el servicio de vigilancia de serenos a la Compañía Colombiana de Tabaco en esta ciudad, era prestada (sic) por distintas personas que componían el Cuerpo de Serenos. Me consta lo anterior por haberlo visto yo, ya que soy empleado de la Compañía". Adelante expresó que esto le consta porque transita con frecuencia por la Avenida Campo Serrano en la cual se encuentran situadas las oficinas de la Empresa demandada. Agregó que durante el año de 1959 no vio que se prestara por persona alguna el servicio de celaduría, lo que le consta porque al pasar por la Avenida mencionada no vio a ninguno de los serenos prestando el servicio, cir-

cunstancia que informó, como empleado de la Compañía que era, al señor Cayón, su jefe. Y en relación con el demandante Torres Prieto dijo que lo conoce de vista desde cuando formó parte del Cuerpo de Serenos y luego cuando éste terminó, como sereno individual, dando así a entender que prestaba el servicio de celaduría independientemente.

Como puede apreciarse, ninguna de las pruebas examinadas permite colegir la existencia de una relación laboral entre el demandante señor Torres Prieto y la Empresa Compañía Colombiana de Tabaco S. A., y si algo demuestran es que el actor hizo parte del Cuerpo de Serenos de Santa Marta, organización encargada de la vigilancia nocturna para las empresas comerciales que a bien tuvieran utilizar sus servicios pero en modo alguno la existencia de un contrato de trabajo con aquella compañía.

Cabe advertir aquí además, que el cargo tal como ha sido formulado lo ha sido de manera incompleta, porque el sentenciador se apoya para sacar su conclusión igualmente en otros medios probatorios que no han sido atacados tales como la inspección ocular que produjo resultados negativos para el demandante como quiera que en las planillas de salarios correspondientes a los años comprendidos de 1943 a 1959 (no aparecieron las de los años de 1941 y 1942), no figura el nombre de Carlos Torres Prieto. Tampoco figuró en las relaciones de caja correspondientes al mismo lapso, apareciendo en ellas en cambio los pagos efectuados por la demandada al Cuerpo de Serenos. En la diligencia mencionada se comprobó la existencia de los recibos respectivos expedidos por la Alcaldía de Santa Marta y más tarde por la propia Tesorería del aludido Cuerpo de Serenos, corroborándose así lo afirmado por el testigo Dau, y por último, afirma el sentenciador sus puntos de vista en los recibos que aparecen en los folios 20, 21 y 22, que a su turno sacan avante lo asegurado por el testigo atrás mencionado, documentos éstos expedidos con membrete que dice "Servicio de Vigilancia" y que llevan un sello que reza: "Cuerpo de Serenos. Fundado en 1941, Santa Marta".

Ha pasado pues, por alto el recurrente soportes importantes del fallo acusado que por sí solos llevarían a la determinación sacada por el ad-quem. Y para concluir en cuanto toca con las posiciones absueltas por el señor Torres Prieto, basta decir que si algún mérito tienen como prueba, no es otro que la aceptación que hace de haber pertenecido al Cuerpo de Serenos de Santa Marta, con la cual viene a darle más fuerza si cabe a la conclusión del sentenciador.

No ha habido, pues, por parte del Tribunal de Santa Marta errónea o equivocada apreciación de las pruebas señaladas por el recurrente, de donde el cargo único presentado contra la sentencia acusada, no puede tener prosperidad.

Conviene precisar aquí que la demanda por medio de su apoderado presentó en su oportunidad escrito de oposición con el

fin de resaltar los puntos de vista expuestos en la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte actora.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia acusada del Tribunal Superior de Santa Marta.

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

Alejandro Córdoba Medina, Guillermo Camacho Henríquez, —Conjuez— Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía O., Secretario.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., Septiembre veintiseis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 55).

Efraín del Toro Rojas, por conducto de apoderado, demandó a la Fábrica de Licores del Atlántico, entidad domiciliada en Barranquilla y representada por Gabriel Martínez Aparicio y por el Agente del Ministerio Público, para obtener el reajuste de su pensión de jubilación a la suma de \$ 5.625.00 mensuales; la diferencia entre la pensión pagada y la que en realidad le correspondía, que estimó en \$ 2.250.00 y por un total de \$ 63.000.00 equivalente a 28 meses, y las mesadas ocasionadas con posterioridad a la demanda.

Como hechos relató que había sido jubilado por la demandada, según resolución número 000423 de 14 de octubre de 1960, con una pensión de \$ 1.126.36; que la ley 4ª de 1966, dispuso en su artículo 5º que las pensiones de jubilación de las entidades oficiales, semioficiales etc., “debían ser aumentadas en un equivalente al 75% de la asignación actual del cargo que sirvió de base para la liquidación de la pensión”, y que el aumento empezó a regir seis meses después de entrar en vigencia la mencionada ley; es decir, el 23 de octubre de 1966, ya que ella fue sancionada el 23 de abril del mismo año, y que la empresa le había hecho un reajuste mediante resolución número 000285 de 21 de julio de 1967, pero para hacerlo no tomó en cuenta como base el sueldo del gerente, sino el vigente en el momento de la sanción de la ley, que era de \$ 4.500.00

En derecho fundamentó sus pretensiones en la ley 4ª de 1966, su decreto reglamentario y demás disposiciones que la complementan y adicionan.

Con posterioridad a la presentación de la demanda el actor la corrigió en el sentido de que “en lugar de notificar de la misma al señor Agente del Ministerio Público se notifique al señor Gobernador del Departamento” (folio 10, cdno. No. 1).

El Juzgado del conocimiento que lo fue el Tercero Municipal del Trabajo de Barranquilla, admitió la demanda por auto de 14 de abril de 1969 y ordenó correr traslado de ella, tanto al Gerente de la Fábrica de Licores del Atlántico como al Gobernador del Departamento. Notificada la providencia respectiva, sólo se hizo parte en el juicio la Fábrica de Licores la cual, por conducto de apoderado contestó el libelo aceptando que la empresa había decidido reconocer y pagar al demandante por medio de resolución No. 423 de 11 de octubre de 1960 una pensión de jubilación por la suma de un mil seis pesos con treinta y seis centavos mensuales (\$ 1.006.36), y que, en cumplimiento de la ley 4ª de 1966, había reajustado dicha pensión teniendo para ello en cuenta la asignación que devengaba el gerente el 23 de abril de dicho año. Como consecuencia dijo: “no es cierto que la demandada esté obligada a hacer un nuevo reajuste o aumento de la pensión de jubilación del demandante, por cuanto que al hacerlo como queda dicho en los puntos anteriores, procedió estrictamente ajustada a la ley”. Propuso, en consecuencia, la excepción perentoria de inexistencia de la obligación de la demandada para con el actor.

Tramitado el juicio en legal forma, el Juez a-quo dictó sentencia el 9 de junio de 1969, en la cual resolvió:

“1º—Decretar la pensión jubilatoria a favor del señor Efraín del Toro Rojas, representado por el Dr. Oscar Solano de la Hoz y contra la Fábrica de Licores del Departamento del Atlántico, representada por el Dr. Rafael Anaya Buitrago, en cuantía de \$ 5.525.00, como se ha expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“2º—Como consecuencia de lo anterior ordenase pagar al señor Efraín del Toro Rojas, representado por el Dr. Oscar Solano de la Hoz, por parte de la Fábrica de Licores del Departamento del Atlántico, representada por el Dr. Rafael Anaya Buitrago, la diferencia de lo dejado de pagar desde el día 23 de octubre de 1966, hasta la última cancelación de las mesadas jubilatorias, de conformidad como lo establece la Ley 4ª de 1966 y como se ha expuesto en el cuerpo de esta providencia, y teniendo en cuenta la pensión decretada en el punto 1º de esta providencia.

“3º—Sin costas.”

Contra la decisión del Juzgado interpuso recurso de apelación el apoderado de la Fábrica, y el Tribunal Superior del Atlántico lo decidió en sentencia de 25 de septiembre de 1969, mediante la cual revocó la del Juzgado y en su lugar absolvió a la demandada de los cargos que se le formularon en el libelo.

El apoderado del demandante, inconforme con la resolución del Tribunal, interpuso en tiempo recurso extraordinario de casación, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a decidirse teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó. No hubo escrito de oposición.

El Recurso.

La demanda con que se sustentó, adolece de serios defectos técnicos, entre otros, que el alcance de la impugnación es incompleto, ya que solamente se pide a la Corte la casa-

ción de la sentencia de segunda instancia, sin que diga concretamente el casacionista qué tratamiento deba darse a la de primer grado.

Sin embargo, al apreciar el contexto íntegro de la demanda de casación, queda claro que la intención del recurrente es hacer por este medio —la casación del fallo de segunda instancia— y que quede en firme la del a-quo, que le fue favorable.

Con el fin indicado el recurrente formuló tres cargos, todos dentro de la causal primera del artículo 60 del Decreto N° 528 de 1964, es decir, por violación directa de la ley. Esta circunstancia, a la que se agrega la similitud de los argumentos empleados en la demostración de cada cargo, permiten estudiarlos conjuntamente, como pasa a hacerse.

El acusador sostiene en el primer cargo que el Tribunal violó el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 por falta de aplicación y errónea interpretación, y para demostrar las infracciones indicadas, lo divide en dos capítulos, cada uno de los cuales contiene los argumentos con los cuales el casacionista pretende demostrar, por una parte, que no se aplicó la precitada disposición, y por otra, que fue interpretada erróneamente por el sentenciador.

En el capítulo III se formula otro cargo por aplicación indebida del artículo 6º del Decreto No. 1743, reglamentario de la ley 4ª de 1966 y en el siguiente y último, afirma que se violó el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación.

Para demostrar la falta de aplicación del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, dice el recurrente que el Tribunal fundamentó su decisión no en tal disposición, -sino en el artículo 6º del decreto que la reglamentó, distinguido con el N° 1743 del mismo año; lo transcribe, y comenta que esta última norma fue más allá de lo que dispone el precepto legal, al fijar el 23 de abril de 1966, como fecha para liquidar y pagar los aumentos, y en consecuencia tomar ese día para determinar el sueldo base que deba servir para dicha liquidación, cuando la ley dice expre-

samente: "Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta ley".

Agrega, que en parte alguna el texto del citado artículo 5º ha dicho que es el 23 de abril la fecha que sirve "para liquidar, pagar y tomar el sueldo base" y que lo que pasó fue que el Tribunal contrariando el artículo 12 de la ley 153 de 1887, aplicó la norma reglamentaria no obstante ser ésta contraria a la legal.

Pasa luego el recurrente, en el capítulo II, a indicar cómo el sentenciador interpretó erróneamente el mencionado artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 y dice que, de su simple lectura se deduce que, "debe tomarse como base el sueldo que en el momento de hacer la liquidación y pago de la pensión tenga el cargo que sirvió para decretar la pensión que el beneficiario estaba disfrutando", y que tan exacta es esta interpretación que la disposición ordenó en su último inciso "que esa liquidación y pago solamente se puede hacer seis meses después de entrar en vigencia la ley". Agrega que, cuando la ley es clara, como es el caso de autos, le está vedado a los jueces desatender su texto a pretexto de consultar su espíritu, según lo determina el artículo 27 del Código Civil, pero que si se quisiera desentrañar el verdadero sentido de la norma legal, debe atenderse a que el legislador quiso mejorar la situación económica de los pensionados, con un sentido amplio y generoso, y no retringido e inequitativo.

En el capítulo III, el impugnador dice que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 6º del Decreto Nº 1743 porque "visiblemente estaba más allá del alcance de lo preceptuado por la ley, pues ésta en ninguno de sus apartes, incisos o numerales, determinó la fecha en que debía tomarse el sueldo base para la liquidación, sino que simplemente dijo 'la asignación actual', y es de lógica justicia que debe ser el sueldo asignado al cargo mismo, en el momento que se haga la liquidación y pago del reajuste, y no en la fecha arbitraria que fijó el decreto, que está fuera de su alcance reglamentario".

Finalmente, en el capítulo IV, se refiere el recurrente a que la falta de aplicación por parte del Tribunal del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, basado en que si existe conflicto entre un artículo de la ley con uno de su decreto reglamentario, debe aplicarse la norma legal y no su reglamento.

Consideraciones de la Corte.

El recurrente, en el ataque que formula contra la sentencia, es impreciso y confuso. El argumento central que esgrime consiste simplemente en afirmar que el ad-quem dio una interpretación equivocada al artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, cuando entendió que la "asignación actual" de que habla la norma para reajustar pensiones de jubilación o invalidez, es la que se devengaba el 23 de abril de 1966, fecha de la sanción del estatuto y desde la cual empezó a regir, y no aquélla correspondiente al cargo o cargos que sirvieron de base para su primitiva liquidación, en el momento en que se solicita el aumento de la pensión respectiva.

Este argumento no lo integra el casacionista, sino que para demostrarlo formula los tres cargos ya sintetizados, de los cuales los que singulariza en los capítulos III y IV, deben rechazarse por las siguientes razones:

a) El primero, por no ser viable, ya que, la indebida aplicación de una norma reglamentaria, en el caso de estudio el artículo 6º del Decreto No. 1743 de 1966, no constituye disposición de carácter sustancial que pueda atacarse en casación, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Y,

b) El segundo, por cuanto sólo se acusa el artículo de una ley civil, y por tanto, de acuerdo con lo que también ha dicho la jurisprudencia, no es posible estudiar violación de disposiciones que no se relacionan con la legislación laboral, salvo que su infracción implique a su vez la de éstas, las cuales es indispensable que se indiquen también como violadas.

Respecto al cargo primero, por falta de aplicación del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 y por errónea interpretación del mismo, observa la Corte que el recurrente con-

funde dos motivos distintos de violación de la ley que acumula en un solo ataque, el cual sólo para efectos de la demostración de la impugnación divide en dos capítulos.

Esa confusión y falta de claridad del casacionista, hacen pensar a la Corte que lo que plantea aquel como cuestión principal es ante todo un fenómeno de interpretación errónea de la ley que llevó al juzgador, precisamente a no aplicarla, como consecuencia del equivocado entendimiento que tuvo de la misma.

En este orden de ideas, la Corte procede al estudio del cargo.

Dice el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966:

“Las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho público con anterioridad a la vigencia de esta Ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para su liquidación, o su equivalente. Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta ley.”

La norma anterior la interpreta el recurrente, como primeramente se vio, en el sentido de que la “asignación actual”, es la que tiene el cargo cuando se hace la solicitud de reajuste de la pensión, pues agrega, en la norma no se fijó la fecha del 23 de abril de 1966, para indicar que con la asignación devengada ese día se procedería a verificar las operaciones de reliquidación de pensiones.

Para la Corte, el artículo 5ª de la Ley 4ª de 1966 es claro y por tanto no se presta a interpretaciones distintas a lo que él mismo reza.

Las pensiones de jubilación decretadas con anterioridad a la expedición de la Ley

4ª se aumentan, por una sola vez, hasta llegar al 75% de la “asignación actual” del cargo o cargos que sirvieron de base para la primera liquidación, y la remuneración a que se alude en esta norma no puede ser otra que la que tenga el cargo o cargos el 23 de abril de 1966, por la sencilla razón de que, según el artículo 14 de la ley, ella “rige desde su sanción”, y precisamente fue sancionada en la fecha indicada.

Cuestión diferente es que verificada la reliquidación, el aumento se pague seis (6) meses después de la precitada fecha, o sea, a partir del 23 de octubre de 1966.

El decreto reglamentario no hizo otra cosa que precisar la fecha primeramente citada, regulando, en esta forma, los artículos 5º y 14 de la Ley 4ª de 1966.

El Tribunal, en consecuencia, no se equivocó al proveer en este sentido, y por tanto interpretó correctamente el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, sin que por otra parte el decreto reglamentario hubiera ido más allá de lo dispuesto por la Ley.

El cargo no prospera.

A mérito de los razonamientos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medtña, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSTITUCION PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 57).

Se resuelve el recurso de casación sustentado por **Laboratorios Picott de Colombia, S. A.**, contra la sentencia que dictó, el 11 de diciembre de 1969, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla** en el ordinario de trabajo que le promovió, a la dicha sociedad, el señor **José Gabriel de la Peña Blanco** y que había sido resuelto, en primera instancia, por el **Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla**, en fallo del 27 de marzo del año expresado.

En la litis el demandante afirmó haber servido para la sociedad mencionada desde el 1° de junio de 1940 hasta el 31 de diciembre de 1961, en forma ininterrumpida, es decir, durante 21 años y 7 meses y haber cumplido 55 años de edad el 9 de marzo de 1966. En esta misma fecha pidió al liquidador de la demandada se le reconociera y pagara la pensión de jubilación que causan aquellos dos hechos principales, pero no obtuvo respuesta alguna. Agrega que el sueldo por el que debe pagársele la prestación que reclama es el de \$ 1.300.00 último que devengó, en promedio, al servicio de la empresa denominada **Cosmoquímica Ltda.**, en la cual cumplió la edad pensionable, pretensión que basa en la sustitución de patronos que se operó entre las dichas sociedades, fenómeno al que se acoge solamente para este efecto.

Fundándose en los hechos anteriores pidió se condenara a la demandada al pago de la prestación jubilatoria, a partir del 9 de marzo de 1966, con reconocimiento de las mesadas atrasadas; al de la indemnización moratoria y al de las costas del proceso. En subsidio, las mismas condenaciones en contra de la sociedad denominada **Vick Chemical Inc. Colombia**, que opera en el país como subsidiaria de la compañía norteamericana **Richardson Merrell Inc.**, que compró, en su totalidad, a la empresa demandada, y para el caso de que este hecho se alegara.

Laboratorios Picott admitió el hecho de los servicios del demandante aclarando que no hubo terminación del contrato de trabajo con ella, pues éste continuó vigente con la sociedad **Cosmoquímica Ltda.** en virtud de sustitución de patronos, y se opuso a las pretensiones del actor por haberse causado la jubilación bajo la dependencia de la sustituta, en donde **De la Peña** cumplió los 55 años de edad. Excepcionó inepta demanda sustantiva y prescripción. **Vick Chemical**, por su parte, formuló inepta demanda.

El **Juzgado del conocimiento** encontró probados los hechos fundamentales de la pretensión jubilatoria y el fenómeno de sustitución de patronos, y con base en el sueldo devengado en **Cosmoquímica Ltda.** condenó a los **Laboratorios Picott de Colombia, S. A.**, y subsidiariamente a **Vick Chemical Inc. Colombia**, al pago de una pensión de \$ 975.00 mensuales, en favor del demandante **De la Peña Blanco**, a partir del 10 de marzo de 1966, con costas, y declaró no probada la excepción de inepta demanda.

El Tribunal de Barranquilla reformó el fallo del a-quo así:

“1º) Declárase no probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por la parte demandada.

“2º) Condénase a “Laboratorios Picott de Colombia S. A.” en liquidación, a pagar al señor José Gabriel de la Peña Blanco, una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$ 617,47 mensuales, a partir del día diez (10) de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

“3º) Condénase a la misma empresa a pagar al actor de la Peña Blanco, las mesadas correspondientes a la pensión de jubilación, a partir del día diez (10) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) fecha a que se hace mención en el punto 2º de esta sentencia y en cuantía expresada allí.

“4º) No procede la condena solidaria contra la empresa “Vick Chemical Inc. Colombia”.

“No hay costas en esta instancia”.

El Recurso Extraordinario.

Persigue el quebrantamiento de la sentencia del ad-quem para que, en su lugar, se revoque la de primer grado, se declare probada la excepción perentoria de falta de legitimación pasiva para obrar en Laboratorios Picott y, por lo tanto, se la absuelva de la jubilación demandada.

A este efecto en cargo único se acusan la aplicación indebida del artículo 260 CST, ordinal 1º, en relación con el artículo 70 del mismo estatuto, y la falta de aplicación del artículo 69 ibídem, en sus ordinales 1º, 2º y 3º, infracciones en que incurrió el sentenciador a consecuencia de error de hecho consistente en haber dado por demostrado, sin estarlo, que entre Laboratorios Picott de Colombia S. A., patrono sustituido, y Cosmoquímica Limitada, patrono sustituto, se celebró un contrato por medio del cual aquella se comprometió a reconocer y pagar las pensiones de jubilación de los trabaja-

dores suyos que, en el momento de la sustitución, tuvieran veinte o más años a su servicio, y que se llegaren a causar, por el cumplimiento de la edad requerida, estando dichos trabajadores bajo la dependencia de la segunda.

Este error evidente de hecho provino de la equivocada apreciación del documento de folios 89 y 90 del cuaderno primero del expediente, contentivo de la escritura pública N° 1574 de 14 de junio de 1967, de la Notaría Cuarta del Circuito de Barranquilla, que no acredita el compromiso referido que le atribuyó el fallador. En efecto, agrega, “en ese documento dice el Notario ante quien se pasó que ante él se presentó Carlos Martín Leyes, afirmando ser Gerente de “Cosmoquímica Limitada”, a elevar a escritura pública varios apartes de un contrato que aseveró celebrado entre esta sociedad y “Laboratorios Picott de Colombia, S. A., el 22 de diciembre de 1961; agrega el Notario que el encabezamiento de dicho contrato, que se le puso de presente, rezaba así: ‘Entre los suscritos, Rodulfo Quinones, con cédula número 30374 R. E., expedida en Barranquilla, en su carácter de Sub-Gerente y en representación de ‘Laboratorios Picott de Colombia, S. A., quien en adelante se llamará Picott, y Carlos Martín Leyes, con cédula de ciudadanía número 831098, en su carácter de Gerente y en representación de ‘Cosmoquímica Limitada’, quien en adelante se llamará Cosmoquímica... se ha convenido el siguiente contrato...’; y copia en seguida su cláusula tercera y su final, para, por último, hacer constar que los firmantes del contrato, ya nombrados, hicieron ante él, en ese momento, el reconocimiento de sus firmas.

“Por consiguiente, el contrato de cuya existencia da cuenta la escritura pública número 1574, de 14 de junio de 1967, no tiene fecha cierta distinta de la de ese mismo instrumento. De otro lado, el Notario no da fe de que Carlos Martín Leyes hubiera tenido el carácter de Gerente de “Cosmoquímica Limitada” en la fecha en que se pretende celebrado el contrato, pero tampoco, lo que es mucho más grave, de que Rodulfo Quinones hubiera llevado, en esa misma fecha,

como Sub-Gerente de ella y por ausencia temporal o definitiva de su Gerente, la representación legal de 'Laboratorios Picot de Colombia, S. A.', ni aparecen protocolizadas, en el cuerpo de la escritura de marras, certificaciones de ninguna Cámara de Comercio autorizada que abonen los dichos de Carlos Martín Leyes y Rodolfo Quiñones al respecto.

"De lo expuesto aparece claro que la escritura pública número 1574, de 14 de junio de 1967, no demuestra que el contrato de cuya existencia da cuenta hubiera sido celebrado por 'Laboratorios Picot de Colombia, S. A.', y no era oponible a ella, por lo tanto".

En cuanto a la cuestión de fondo el recurrente sostiene: "Conviene puntualizar que en el juicio no se discutió que José Gabriel de la Peña prestó sus servicios a 'Laboratorios Picot de Colombia, S. A.', durante más de veinte años y que, sin solución de continuidad, por sustitución de patronos, continuó luego prestándolos a 'Cosmoquímica Limitada', bajo cuya dependencia cumplió cincuenta y cinco años de edad.

"Esta situación de hecho ha debido conducir al ad-quem a la absolución de 'Laboratorios Picot de Colombia, S. A.', por cuanto coloca la responsabilidad de la pensión de jubilación de José Gabriel de la Peña en cabeza de 'Cosmoquímica Limitada', conforme a las enseñanzas de los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero, como encontrara —de forma equivocada desde luego— que aquella sociedad había asumido contractualmente esa responsabilidad, se atuvo a los términos del contrato, atendiendo las voces del precepto 70 de ese mismo estatuto, para condenarla a pagar al actor la pensión de jubilación consagrada en el ordinal 1º del artículo 260 ibídem.

"Sin embargo, encontró también responsabilidad en 'Cosmoquímica Limitada', por razón de la situación de hecho indiscutida que se dejó debidamente explicada, con olvido de que su primera conclusión conducía, necesariamente, a eximirla de toda responsabilidad en punto a la prestación que se

examina. Además, como ya había deducido la concerniente, según él, a 'Laboratorios Picot de Colombia, S. A.', tildó de solidaria la que puso en cabeza de 'Cosmoquímica Limitada', entendiendo que no puede haber dos responsables de una misma obligación sin solidaridad. Empero, por no habérsela demandado en el juicio, se abstuvo de proferir condena contra esta última sociedad".

El opositor replica que, en casos como el de autos, la correcta interpretación de las normas sobre sustitución patronal y del artículo 260 CST, le permite al ex-trabajador escoger al antiguo patrono o al nuevo, para que le paguen su pensión jubilatoria; mas si no se acoge esta tesis, sostenida en asuntos anteriores, ya resueltos por la Corte, y se mantiene el criterio que funda la condena en la existencia de un acuerdo entre patronos, la apreciación del fallador no puede descalificarse por razones de personería de los representantes legales que suscribieron el documento apreciado, ya que en la litis no se objetó el valor de la mencionada escritura; que cualquiera que hubiese sido el carácter con que Quiñones la hubiera suscrito hubo aquiescencia tácita de los representantes de la demandada; que el error, de haber existido, no sería notorio u ostensible, ni sería de hecho sino de derecho; que hay en el proceso otros medios de convicción para establecer el dicho acuerdo entre patronos, como la declaración del doctor Carlos Martín Leyes y que todo lo que ahora se alega constituye un medio nuevo en casación.

Para resolver se considera:

El recurrente, como se ha visto, se enfrenta a la decisión del ad-quem en el campo de la sustitución de patronos, suponiendo que tal fenómeno laboral fue reconocido en el sub-lite por el fallador, y que con base en él se dedujo la responsabilidad de Laboratorios Picot en virtud de un arreglo entre ésta y la empresa sustituta, Cosmoquímica Ltda., pacto cuya existencia o validez se ataca a través de la comisión de un error de hecho en la apreciación de la prueba documental que se ha singularizado.

Para la Sala, la providencia recurrida es imprecisa en ese aspecto principal de la litis, pues en algunos pasos parece referirse a la dicha sustitución de patronos, especialmente en consideraciones relativas a la definición de un negocio judicial anterior, y en los demás prescinde de esa fundamentación, o al menos parece prescindir de ella, para fijar la obligación jubilatoria de la demandada en el tiempo de servicios que el demandante le prestó, tan pronto como cumplió los 55 años de edad y aunque este hecho hubiese ocurrido encontrándose bajo la dependencia de Cosmoquímica Ltda. Así lo indican las expresiones del fallador sobre el "ahinco" con que Laboratorios Picot ha alegado la sustitución patronal "con el fin de configurar la responsabilidad de la pensión a la empresa Cosmoquímica Ltda." (f. 16 del cuaderno del Tribunal); el rechazo de la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la recurrente en razón de que el Tribunal encontró probados los requisitos para la prestación demandada (f. 19 del mismo cuaderno), y la condena producida con base en el sueldo devengado al servicio de Laboratorios Picot y no con el percibido en Cosmoquímica, como lo pretendía el demandante y como lo hizo el a-quo, porque "sería a todas luces improcedente aceptar la sustitución patronal" para este solo efecto (f. 19 ibídem).

Si el asunto, pues, se mira conforme a estas últimas consideraciones del fallador, el ataque resulta desenfocado ya que se desenvuelve en un campo que no fue el de su definición judicial, efectuada directamente sobre los requisitos jubilatorios, respecto de Laboratorios Picot, con prescindencia de la sustitución de patronos.

Mas si se parte de los mismos supuestos del acusador debe resolverse:

a) En ningún momento de la litis la sociedad mencionada fijó su defensa en el hecho, que ahora aduce, de no haber celebrado compromiso con Cosmoquímica para reconocer y pagar las jubilaciones de sus extrabajadores de 20 o más años de servicios, que cumplieren la edad pensionable al servicio de la sustituta; ni desconoció la exis-

tencia de la escritura 1574 de 1967, que ha obrado en el proceso, ni la validez de sus cláusulas, ni la obligación que le comportaran. Su posición siempre fue la de no estar obligada, debido a que la sustitución patronal causó la jubilación a cargo de Cosmoquímica, por consideraciones de hecho y de derecho distintas de aquel acuerdo entre patronos. Lo alegado ante la Corte, en consecuencia, constituye un medio nuevo en casación, y como tal es inatendible.

b) Mas si no se le calificara así, entendiendo todo el asunto contenido en la posición defensiva general de Picot y de modo particular en la cita que se hizo, al contestar la demanda inicial, de "los artículos 67 y siguientes" del Código Sustantivo del Trabajo, entre los cuales se encuentra el 70 sobre que versa el recurso extraordinario, éste tampoco aparecería fundado, pues acerca del hecho que se señala como erróneo existe en el plenario otra probanza que lo acredita, sin que el acusador la censure. Tal la escritura pública N° 2388 de 4 de septiembre de 1967 de la Notaría Cuarta del Circuito de Barranquilla, que obró en el proceso a folios 91 y 92 sin objeción alguna, por la que las mismas personas que suscribieron la escritura 1574 de 1967 solemnizaron su entendimiento, con el carácter de representantes de Picot y de Cosmoquímica que ahora se les desconoce, de que aquel contrato fue un "arreglo entre patronos de acuerdo con el cual Laboratorios Picot de Colombia S. A. quedó con la responsabilidad contractual de pagar las pensiones de jubilación por los tiempos trabajados en dicha empresa, a los empleados, viajeros, científicos e inspectores que pasaron a trabajar a Cosmoquímica Limitada, lo cual obviamente se haría a medida que se fueran presentando las solicitudes respectivas al cumplimiento de los requisitos de tiempo y edad", circunstancias, las últimas, que no se discuten respecto del promotor de la litis, ni en ésta ni en el recurso de casación, en razón de sus 20 años y más de servicios para Picot y de su edad de 55 años cumplida cuando ya trabajaba para Cosmoquímica. Entonces, el hecho del acuerdo entre patronos del artículo 70 CST., para el supuesto que plantea el recurrente, reposa

también en probanza distinta de la que concreta en su acusación, la cual, por ello, resulta ineficaz según las explicaciones constantes de la jurisprudencia y la doctrina. Todo lo anterior sin mencionar, como sí lo hace el opositor, el testimonio de Carlos Martín Leyes, quien suscribió el referido arreglo en nombre de la empresa sustituta, debido a que, por las restricciones de ley para la casación laboral, el acusador no podía incluirlo entre las probanzas de la causal pertinente, aunque sí estudiarlo, como también puede hacerlo la Corte, en las consideraciones subsiguientes para la instancia de juzgamiento.

Finalmente debe observarse que la acusación fue propuesta por la vía del error de hecho proveniente de la mala apreciación de una escritura pública, cuando el recurso, por haber sido interpuesto el 12 de diciembre de 1969, se gobierna por la ley 16 de 1968, que construyó tal error a la falta de apreciación de documento auténtico, modalidad que solo ha recogido de nuevo

la casación laboral a partir del 19 de los dichos mes y año, en virtud de la ley 16 de 1969.

Por todo lo expuesto el cargo es inestimable.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CONSULTA

El grado de jurisdicción que se llama “consulta”, establecido por el artículo 69 del C.P.L. en favor de la Nación, del Departamento o del Municipio, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a ellos, y en favor de los trabajadores cuando les fueren totalmente perjudiciales, se ha instituido en interés de la ley y no del litigante, resultando ser una verdadera apelación que permite al superior la revisión plena del proceso.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Sección Primera—. Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas Bueno).

(Acta N° 56).

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, en el juicio ordinario que Luis Rocha promueve contra el Departamento del Magdalena y la Junta Urbanizadora de “El Rodadero”.

Antecedentes.

Luis Rocha pidió por medio de apoderado, que el Departamento del Magdalena y la Junta Urbanizadora de “El Rodadero”, fueran condenadas a pagarle los valores correspondientes a los siguientes conceptos:

a) Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado; b) Los salarios correspondientes al tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 1962 al 1º de junio de 1964; c) Los salarios, “por no haberse concedido los

descansos legales, por concepto de vacaciones y por el tiempo que prestó sus servicios como Celador”; d) Las primas por todo el tiempo de servicio; e) El auxilio de transportes; f) Zapatos y overoles por todo el tiempo de servicio; g) Indemnización moratoria; h) Perjuicios morales y materiales; e i) Intereses legales.

Los hechos en que el actor apoya sus peticiones, pueden resumirse así:

A) Luis Rocha trabajó, mediante contrato de trabajo, en la Urbanización de los terrenos de “El Rodadero”, en el Municipio de Santa Marta, bajo la dependencia de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Magdalena.

B) Las funciones que desempeñó el trabajador fueron las de celador, con un salario al día de quince pesos (\$ 15.00).

C) El vínculo de trabajo se prolongó desde el 3 de mayo de 1961, hasta el 1º de octubre de 1962, fecha esta última en que Luis Rocha fue unilateral e injustamente despedido del servicio.

D) Los salarios del trabajador fueron cubiertos durante todo el tiempo por la Secretaría de Obras Públicas del Departamen-

to del Magdalena, y el contrato de trabajo fue suscrito por el Gobernador del Departamento en su calidad de tal y en su carácter de Presidente de la Junta Urbanizadora de "El Rodadero".

E) Rocha formó parte del Sindicato de Trabajadores del Departamento, el cual había suscrito dos convenciones, así: el 20 de mayo de 1960, por el término de dos años, y la del 25 de mayo de 1962, con una duración igual de dos años.

F) De acuerdo con estas convenciones el contrato de trabajo de Rocha debía terminar el 1º de junio de 1964, no obstante la fecha de la suspensión lo fue, según se dijo, el 1º de octubre de 1962.

G) El trabajador agotó la vía gubernativa, sin que se le hubiese cubierto por las entidades demandadas el valor de las prestaciones sociales que sirven de objeto a la demanda, habiendo sido, como lo fue, un trabajador de sanas costumbres y de correcto y eficiente comportamiento.

La demanda solamente la respondió el Departamento del Magdalena, negando los hechos, los fundamentos de derecho en que se apoya, y proponiendo la excepción de ilegitimidad de personería del demandado, por cuanto que "...los empleados, como los trabajadores del Departamento del Magdalena están afiliados a la Caja de Previsión Social del Departamento", siendo por lo tanto la Junta de esta Caja la que debe responder por las prestaciones demandadas. "La Caja de Previsión Social, agrega el Departamento, es una entidad autónoma con Personería Jurídica".

Terminada la primera instancia se produjo el fallo de 8 de octubre de 1965, en virtud del cual se condenó al Departamento del Magdalena y a la Junta Urbanizadora de "El Rodadero", solidariamente, al pago de la suma de nueve mil pesos (\$ 9.000.00) por concepto de lucro cesante y a la entrega, al trabajador, de "una camisa, un par de zapatos de cuero y un pantalón u overol, adecuados para el trabajo". Además declaró probada la excepción de pago que el

apoderado del Departamento propuso en la primera audiencia de trámite, en cuanto a los valores correspondientes a cesantía, vacaciones y primas de servicio, y absolvió a los demandados en los restantes cargos señalados en el libelo de demanda.

Apelada la decisión del juez a-quo por el apoderado del trabajador, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta modificó el fallo del inferior por medio de la providencia del 16 de diciembre de 1965, condenando al Departamento solamente a la entrega de dos pares de zapatos de caucho o cuero, y dos pantalones u overoles adecuados al trabajo que desempeñaba el demandante, y al pago de la suma de quinientos ochenta y cinco pesos (\$ 585.00) por concepto de indemnización por lucro cesante, absolviéndolo en los restantes cargos. Contra esta providencia se propuso el recurso extraordinario de casación por el apoderado del demandante.

Sustentación del Recurso

Sustenta el recurrente el recurso, proponiendo como alcance de su impugnación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, "obrando como Tribunal de instancia, se sirva casar la sentencia extraordinariamente recurrida de segunda instancia de fecha 16 de diciembre de 1965, que obra a folios 73 a 79, en la forma siguiente:

"1º. Que se condene a la parte demandada al pago de la suma de nueve mil pesos (\$ 9.000.00) M. C., por concepto de lucro cesante, tal como lo hizo el a-quo en esta materia, ya que no habiendo apelado sino el actor de la sentencia de primera instancia, el ad quem no podía al resolver el referido recurso hacer más gravosa la situación del demandante".

"2º. Que se condene a la parte demandada al pago de los salarios caídos que se causaron 90 días después del despido del actor que tuvo lugar el 1º de octubre de 1962, o sea, desde el primero de enero de 1963, en adelante, a razón de \$ 15.00 M. C. diarios hasta el 30 de septiembre de 1963, o sean 9 meses de salarios, por la mora en el pago de la cesantía".

"3º. Que se condene al pago de las especies que comprende el ordinal b) de la sentencia de primera instancia, en su punto 1º, y,

"4º. Que la sentencia recurrida profesada por el ad-quem se confirme en todo lo demás".

Para sustentar el recurso, el impugnante formula tres cargos que explica así:

Primer Cargo.

"Causal contenida en el numeral segundo (2º) del Artículo 60 del Decreto 528 de 1964 —reformatio in pejus— por violación indirecta o de medio al haber dejado de estimar la convención colectiva de trabajo que obra en copia en el expediente —folio 39 a 44— en su punto 14º "estabilidad", lo que trajo como consecuencia que se revocara la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena que comprendía el lucro cesante. Por esta falta de estimación —continúa el recurrente— en que incurrió el ad-quem en su sentencia de segunda instancia violó el Artículo 494 del C. J. y esta misma violación lo condujo a la no aplicación de las siguientes disposiciones de orden sustantivo laboral: Artículos 4º, 6º, 7º, 18, 19, 21, 37, 38, 40, 43, 49 y 51 del Decreto 2127 de 1945; Artículos 46 y 49 de la Ley 6ª de 1945, e inclusive el 11º ibídem: Artículo 3º de la Ley 64 de 1946; Artículos 1º y 6º del Decreto 2767 de 1945; Artículos 3º, 491 y 492 del C.S.T., y Artículo 1º del Decreto 904 de 1951".

Luego de citar y transcribir el punto 14 de la convención aplicable al actor, el casacionista agrega:

"La violación en que incurrió el ad-quem consiste, además, en haber dejado de estimar las siguientes pruebas en su verdadero valor legal: 1º La Convención colectiva que obra a los folios 39 a 44 del expediente; b) La copia de la Resolución número diez y siete (17) de primero de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962) que en copia auténtica obra al folio veintiseis (26) y la cual no fue tachada en ningún momento por la parte opositora".

En la demostración del cargo empieza afirmando que la solidaridad de las demandadas no ha sido materia de controversia; y que esa situación se ha aceptado por los juzgadores de instancia (sic). Luego dice que al producirse el despido injusto del trabajador, el Departamento del Magdalena ha debido tener en cuenta la convención colectiva suscrita entre el sindicato y el Departamento, no produciendo dicho despido, por cuanto se había pactado la "estabilidad". Afirma que en el mismo error en que incurrió el Departamento, incurrió igualmente el Tribunal, al desconocer el contenido de dicha convención que era favorable al trabajador, en cuanto que el punto 14 que se ha citado establece la "estabilidad".

Agrega que la violación en que incurrió el ad-quem, es más grave aún, habiendo caído en ella "con una frialdad que espanta". "Efectivamente —dice— violó las anteriores disposiciones sustantivas citadas en el presente cargo, además, porque, este ad-quem no podía hacer más gravosa la situación ya de por sí desventajosa para el actor producida por el a-quo, puesto que no condenó en salarios caídos a la parte demandada". Comenta que la apelación del fallo de primera instancia se hizo, de conformidad con el artículo 494 del C. J., únicamente en lo desfavorable a los intereses jurídicos y económicos del demandante, de manera que, no habiendo apelado el Departamento, la sentencia de primera instancia "era intangible por parte del ad-quem en cuanto a los derechos que le había reconocido en su favor el a-quo. Finaliza su comentario diciendo que si el Departamento hubiera apelado igualmente como lo hizo el actor, el cargo tal como se formula, no podría alegarse.

Como el Tercer Cargo se plantea por el recurrente a través de la misma causal, y afecta en sentir de él la misma disposición fundamental de la Ley, verificándose además de manera indirecta por la falta de apreciación de igual documento probatorio, la Sala hará el estudio de los dos cargos en forma conjunta.

Tercer Cargo.

"Causal contenida en el numeral 2º del Artículo 60 del Decreto 528 de 1964 —re-

formatio in pejus—, violación indirecta o de medio del Artículo 494 del C. J., la cual trajo como consecuencia la de los artículos 19, 21, del C.S.T. Artículo 1º del Decreto 147 de 1958, Artículos 231, 232 del C.S.T., por haber dejado de apreciar la prueba contenida en el numeral décimo (10º) de la segunda convención lectiva (sic) de trabajo que obra a los folios 39 a 44 del expediente y que obra en copia por haberse tomado en audiencia pública de trámite cuando tuvo lugar una inspección ocular”.

Al plantear la demostración del cargo, el impugnador empieza diciendo que el ad-quem no tuvo en cuenta la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre las partes, en el punto 10º, en cuanto ella se refiere a la dotación de especies sin ninguna consideración al salario, habiendo, por esta circunstancia, revocado la sentencia del a-quo. Luego entra a hacer un comentario semejante al del cargo anterior, para concluir que el fallador de segundo grado incurrió en la figura jurídica de la *reformatio in pejus*, en cuanto modificó la sentencia del juez a-quo en los puntos que le eran favorables, no habiéndose producido, como no se produjo la apelación, sino por parte del demandante y no además por el Departamento.

Consideraciones de la Corte

Deberá insistirse, por imperativa necesidad, en que la Corte no es un Tribunal de instancia al que se le pueden formular demandas con el contenido formal y el alcance jurídico de las que se presentan ante los jueces respectivos. La casación, se ha dicho, es un recurso extraordinario establecido en defensa de la Ley, de manera que él no puede entenderse como una simple prolongación del juicio o como una tercera instancia. No debe por esta razón pedírsele a la Corte que se coloque como Tribunal de Instancia, para que case un fallo, ni menos formularse una serie de súplicas como si se tratara de un juzgador que entra, en el primer grado de la jurisdicción, a resolver sobre los múltiples intereses del demandante. Estas declaraciones en sí mismas, son improcedentes, porque no encajan en el or-

den de las atribuciones que se reconocen a la entidad, ni se compadecen con los fines del recurso como se ha explicado antes.

En orden a la presentación de los cargos que se estudian, ellos fueron presentados dentro de la causal 2º señalada por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, que a la letra dice: “Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta”.

Como atrás se relacionó, el fallo del a-quo condena a las entidades demandadas al pago de la cantidad de nueve mil pesos (\$ 9.000.00) por concepto de un lucro cesante, y además hace igual pronunciamiento en lo relacionado con los elementos de trabajo cuya demanda se había formulado, y a este respecto se ordena la entrega de “una camisa, un par de zapatos de caucho o cuero y un pantalón u overol, adecuados para el trabajo”.

Por su parte el fallo recurrido, al referirse al lucro cesante, consideró que no pudiendo aceptarse la tesis de que el contrato de trabajo debía prolongarse tanto como el término de la Convención Colectiva, tal como fue admitido y reconocido por el juzgador de primer grado, el valor del lucro cesante no podía ser la suma señalada por éste último sino la cantidad de quinientos ochenta y cinco pesos (\$ 585.00). Es verdad entonces que se hizo por el ad-quem una reducción muy notable en la cuantía de esta condena en relación con el fallo del juez. Respecto a la condena de los elementos solicitados, zapatos y overoles, el fallo impugnado acepta el criterio del a-quo pero duplicando el número de los elementos pedidos. De manera que en relación con este acápite de la resolución ella la modificó en su cuantía, pero en beneficio del trabajador.

Sin embargo de lo expuesto, conviene afirmar que, no obstante que se evidencia el hecho de que solamente apeló del fallo de primera instancia el actor, el a-quo decretó la consulta de la providencia a favor

del Departamento del Magdalena en el supuesto de que éste no propusiera el recurso pertinente. Y en orden a esta cuestión, la Sala reitera su criterio en el sentido de que el grado de jurisdicción que se llama "consulta", establecido por el artículo 69 del C.P.L. en favor de la Nación, del Departamento o del Municipio, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a ellos, y en favor de los trabajadores cuando las fueren totalmente perjudiciales, se ha instituido en interés de la ley y no del litigante, resultando ser una verdadera apelación que permite al superior la revisión plena del proceso. De manera que la parte en cuyo favor se estableció este grado de jurisdicción no pierde interés en el juicio, aunque no haya apelado de la sentencia de primera instancia. No puede entonces proponerse como causal de casación, en este caso concreto, la incursión del ad-quem en la figura jurídica de la reformatio in pejus, porque ella ciertamente no se presentó dada la totalidad de poderes de que disponía el Tribunal Superior de Santa Marta para la revisión del fallo cuestionado.

Pero conviene reiterar igualmente, que tal como los cargos fueron formulados por el recurrente, adolecen de manifiesta irregularidad formal, y pecan contra la técnica de la casación. En efecto, la presentación de ellos se ha formulado —dentro de la indicada causal— como una violación indirecta o de medio, radicándola en la falta de apreciación de elementos de prueba que obran en los autos, y en la rebeldía del ad-quem en la aplicación de una serie de normas del derecho sustantivo. Sin embargo, en múltiples ocasiones se ha dicho por esta Sala de la Corte, que en el caso de esta causal no procede la indicación de normas legales violadas, ni el concepto en que lo fueron, puesto que sólo le basta al recurrente plantear la irregularidad que determina una situación más gravosa para el apelante en relación con el fallo recurrido. Es pues una simple cuestión de confrontación entre el fallo del a-quo y el del Tribunal, observando a la vez la que se relaciona con el ejercicio del recurso.

No prosperan pues, los cargos.

Segundo Cargo.

"Causal comprendida por el numeral primero (1º) del Artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y primera causal del Artículo 87 del C.P.L. por violación directa del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por falta de aplicación en que incurrió el ad-quem lo que trajo como consecuencia la violación de esta norma legal de orden sustantivo laboral. El presente cargo se formula independientemente de toda situación probatoria o de hecho". En su presentación el recurrente afirma que en ningún momento el fallador de segunda instancia dudó sobre la existencia de un contrato de trabajo subsistente entre las partes. "La violación en que incurrió el ad-quem en el presente cargo (sic) —dice— consistió en el hecho de que estando pendiente el pago de la cesantía omitió su cancelación después de los 90 días que tenía para hacerlo y dejó transcurrir un (1) año. O sea que causaron 9 meses de salarios caídos que al ad-quem, como al a-quo no les significaron nada en materia legal". Y agrega: "Es evidente que si el patrono oficial no hace el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones dentro de los 90 días de gracia que tiene, posteriormente tiene que pagar la sanción moratoria hasta el día en que haga todas las cancelaciones ya referidas".

La Corte considera.

Como se aprecia por la presentación y sustentación del cargo, se plantea la ausencia en el fallo impugnado de una condena por indemnización moratoria debida a la falta de pago oportuno de las prestaciones imputadas al trabajador, todo ello dentro del plazo de gracia otorgado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, vigente en la época de la mencionada providencia. Respecto a este punto concreto dice el ad-quem lo siguiente: "El Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, dice que se aplique esta sanción cuando no se paguen oportunamente los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, pero tal reglamentación no obliga al patrono a dar zapatos y overoles, ni lo obliga la expresada ley 6ª. Los trabajadores del

Departamento tienen derecho a lo que se estipuló en la convención, y ella no dice que se aplique la expresada sanción cuando no se entreguen tales elementos. Además, debe decirse que la indemnización procede tratándose de prestaciones ordinarias y no de estas extralegales de entregar calzados y overoles. Tampoco procede ella cuando se condena a indemnizar”.

La postura que asume el impugnador frente al fallo, según se ha expresado, es la de un ataque por vía directa, debido a una falta de aplicación del mencionado Decreto 797 de 1949. Sin embargo, no es exactamente éste el error del ad-quem como se aprecia por la lectura de su opinión al respecto de lo demandado. El ataque del casacionista no corresponde pues, a una realidad manifiesta en la sentencia acusada. En efecto, el Tribunal no ha mencionado este último Decreto, sustituto del 2127 de 1945 en lo referente al ordenamiento del artículo 52. Empero, este error en sí del ad-quem no lo condujo a la violación de los derechos del trabajador consagrados por la ley y demandados como indemnización por mora en el pago. La cita, en verdad, se relaciona con esta figura jurídica, pero hace de ella una interpretación, puesto que para privarse de darle aplicación considera que el precepto no obliga al patrono a dar al trabajador zapatos y overoles, y afirma además que la indemnización demandada

sólo procede tratándose de prestaciones ordinarias y no de extralegales como la de entregar aquellos elementos. No ha procedido pues una rebeldía en la aplicación de la norma que favorece de todas maneras los derechos del trabajador, sino que se ha presentado un fenómeno interpretativo de ella por parte del ad-quem, que lo condujo a la decisión tomada por él. Y como es obvio, para interpretar hay que estudiar el derecho, aplicándolo. El cargo se encuentra en estas circunstancias mal formulado, no pudiendo por ello la Corte entrar a hacer ninguna decisión de fondo, de aquí que no procede el ataque.

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 Santa Marta.

Sin costas porque no se causaron.

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

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Ramiro Araújo Grau —Conjuez—.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

El inevitable tránsito del tiempo va creando en unos un derecho, como en la prescripción adquisitiva, y en otros una excepción como en la extintiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, septiembre treinta (30) de mil novecientos setenta (1970).

(Ponente: Abogado Asistente Doctor Gerardo Rojas).

(Acta Nº 53).

Surtido el trámite de ley, entra la Sala al estudio del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo de segunda instancia producido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en el juicio seguido por Carlos Ramírez Preciado contra la sociedad Martínez Cárdenas & Cia. Ltda. y otro.

Antecedentes.

Se propuso la demanda inicial con el objeto de que la sentencia definitiva hiciera las siguientes condenas:

1º. Pago de una pensión vitalicia de jubilación por mesadas sucesivas, “o en forma anticipada —según lo insinúa el petitum— por estar uno de los demandados en liquidación, a razón de \$ 720.00 mensuales (75% de \$ 960.00), debida desde el once de julio de 1961”. El valor anticipado de esta prestación se estima por el actor en la suma de \$ 97.213.60.

2º. Pago de un excedente de cesantía, que corresponde al tiempo servido, de más de veinte años, “o el tiempo de cesantía per-

tinente en caso de un futuro supuesto de que no haya incompatibilidad entre cesantía y jubilación”.

3º. Pago de la indemnización “por una hernia inguinal, accidente de trabajo, operada y su nuevo tratamiento” (sic). “Por lo menos el 10% de disminución de la capacidad laboral, tres meses de salario...”.

4º. Pago del lucro cesante que se demuestre en el juicio, según el tiempo que faltaba para terminar la obra P. Bravo...”.

5º. Reajuste de las primas de servicio.

6º. Reajuste de las vacaciones.

7º. Salarios caídos pasados y futuros. Hasta la fecha de la demanda y a partir del 27 de junio de 1961”.

8º. Las costas del juicio.

Dijo el demandante en los hechos lo siguiente en forma sintética:

El trabajador Preciado se inició como maestro de construcción, con la empresa demandada, desde el 10 de diciembre de 1933, habiendo disfrutado de un jornal diario, en los dos últimos años, de \$ 32.00. El trabajador fue despedido injustamente por Martínez Cárdenas y Cia. Limitada, el 21 de junio de 1961, luego de haber laborado sin solución de continuidad desde la fecha de iniciación. Las empresas negocian en obras o actividades de construcción, pero por muerte de uno de los socios “Martínez Cárdenas y Compañía”, en liqui-

dación, sustituyó a la firma Trujillo Gómez y Martínez Cárdenas Limitada". Es decir que, según el demandante, "Martínez Cárdenas y Compañía Limitada", es la liquidadora de "Martínez Cárdenas y Compañía" en liquidación.

La última obra en que intervino Preciado, fue el edificio P. Bravo, que está ubicado en la Carrera 12, número 15-95 de Bogotá, pero como esta construcción fue suspendida, y con él los servicios del demandante, "el período presuntivo es el tiempo que faltaba para terminar su construcción, que es un poco más de un año".

El trabajador sufrió al servicio de las demandadas, dos accidentes de trabajo. Uno de ellos le produjo como resultado la estrangulación de una hernia inguinal que no le fue tratada ni indemnizada por el patrono. El otro le dio como resultado la pérdida de un tanto por ciento de la capacidad visual, pues le afectó el ojo derecho. Tampoco por este accidente el trabajador fue tratado e indemnizado.

Dice el demandante que entre las irregularidades que la empresa verificó contra los intereses del demandante, puede contarse el que le liquidaba periódicamente la cesantía, sin licencia previa del Ministerio, y además "sin terminar el contrato de trabajo, las empresas le daban vacaciones en dinero" al mismo trabajador.

Al tiempo de darse por terminado el contrato de trabajo en las condiciones en que se hizo, el trabajador tenía más de 55 años de edad, luego tiene derecho a la pensión de jubilación, puesto que por otra parte, las empresas están "dedicadas exclusivamente a explotar ese negocio y siempre en edificaciones de más de \$ 800.000.00, con equipos, herramientas, técnicos y dirección propias".

Por escritura pública número 932, de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, el 25 de febrero de 1960 se disolvió y entró en liquidación una de las sociedades demandadas,

habiendo sido designada como liquidadora la nueva sociedad "Martínez Cárdenas y Cía. Limitada", que se constituyó por medio de la escritura pública N° 925 de 24 de febrero de 1960, de la misma Notaría 5ª. En estas circunstancias, afirma, se presentó el fenómeno jurídico de la sustitución patronal.

Ramírez Preciado trabajó al servicio de las demandadas, según se dijo atrás, por un tiempo de 20 años, habiendo sido certificado este por la misma empresa. Durante todo este tiempo desempeñó el cargo de maestro de construcción en múltiples edificios edificados por aquellas.

Las demandadas no contestaron la demanda indicada, pero al producirse la primera audiencia de trámite compareció su apoderado, y propuso las siguientes excepciones perentorias: Pago, Prescripción, Inexistencia de la obligación y en subsidio Compensación. El juez de primer grado decidió sobre la instancia mediante el fallo de 10 de febrero de 1967, en virtud del cual declaró probada la excepción de prescripción que se había propuesto, en cuanto a las súplicas formuladas por concepto de cesantía, accidente de trabajo, lucro cesante, reajuste de primas de servicio y reajuste de vacaciones. Además absolvió a las demandadas de los restantes cargos que se les habían formulado, y condenó en costas al actor. No habiéndose interpuesto el recurso de apelación por parte del actor, el Juez ordenó que se surtiera la consulta de ley por haber sido totalmente adverso a las pretensiones del actor el fallo de esa instancia. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, examinó el negocio, y le puso término igualmente por medio de la providencia de 15 de mayo de 1967, que confirmó en todas sus partes la de primer grado, no habiendo en ella condenado en costas. Contra esta decisión se interpuso por el apoderado del demandante el recurso de casación, el que se procede a resolver, observando que la última demanda fue replicada por el apoderado de las empresas demandadas.

Alcance de la Impugnación.

El recurso se encamina a obtener que la Sala case totalmente la sentencia recurrida, y que obrando como Tribunal de instancia acceda a todas y cada una de las peticiones del libelo inicial. En orden a la consecución de estos objetivos el impugnador formula siete cargos, todos dentro de la causal primera del artículo 87 del C. P. L. Por haberse planteado el Primero, el Sexto y el Séptimo dentro del mismo concepto de violación, esto es por la vía indirecta debido a evidentes errores de hecho, según se dice, la Sala los estudiará conjuntamente para mayor facilidad y orden de la decisión.

Los tres se enuncian así:

Primer Cargo.

Se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 34, 35, 64, 65, 260 y 489 del C. S. T., en concordancia con el artículo 151 del C. P. L. y el artículo 2539 del C. C., a más del artículo 3º de la Ley 1ª de 1963, "a causa de evidente error de hecho, manifiesto en los autos y proveniente de falta de apreciación de pruebas".

Sexto Cargo.

Se impugna la sentencia por la misma vía indirecta, "a causa de evidente error de hecho, manifiesto en los autos y proveniente de falta de apreciación de pruebas", lo cual condujo a la violación de los artículos 65, 204, reglas 1ª y 2ª, ordinal b), 209, grupo II-16, y 217 del C.S.T.

Séptimo Cargo.

Igualmente se ataca la sentencia recurrida por violación indirecta del artículo 260 del C. S. T., en concordancia con el 65 ibídem, a causa de evidente error de hecho manifiesto en los autos y provenientes de la falta de apreciación de pruebas.

Sustenta el casacionista los cargos enunciados, afirmando cómo el ad-quem no tuvo en cuenta en su pronunciamiento, ni la solidaridad existente entre el contratista y

los beneficiarios de las obras realizadas, ni el tiempo servido por el trabajador, ni el capital de la empresa, ni la falta de terminación de la última obra en la que el demandante estuvo vinculado en su actividad personal, ni el hecho del despido para los efectos del lucro cesante, ni el que la prescripción había sido interrumpida "definitivamente el 5 de marzo de 1962, o por lo menos el 16 de marzo del mismo año", ni tampoco tuvo en cuenta el accidente de trabajo, "o que había prescrito —afirma— sin haberse hecho exigible".

Respecto a estos puntos fundamentales del ataque, el recurrente, luego de transcribir la parte del fallo del Tribunal en el que éste acepta, como con razón y fundamentos el juez de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción en cuanto a las peticiones de lucro cesante, accidente de trabajo, cesantía, reajuste de prima de servicios y vacaciones, absolviendo dicho juez a las demandadas de los restantes cargos, y cómo, en relación con la pensión de jubilación, ni está demostrado el tiempo de servicios requerido, ni puede aceptarse la tesis de acumular el valor de las obras construídas por las empresas demandadas para calificar el capital de éstas, empieza a enumerar las pruebas dejadas de apreciar por el fallador de instancia, y en su orden cita y comenta las siguientes:

a) El certificado expedido por los demandados, y por el cual se reconoce que Carlos Ramírez Preciado trabajó a su servicio "por espacio de veinte años...", documento que se encuentra debidamente reconocido.

b) El certificado del ICSS, en el que se dice que el demandante se encontraba afiliado a él por cuenta de la empresa demandada, en la 8ª categoría que corresponde a un salario de \$ 780.00 a \$ 1.079,99.

c) La aclaración contenida en la ampliación del dictamen pericial, en la parte en que afirma: "En los contratos que hice referencia en mi peritazgo, no se hace mención alguna sobre las pensiones de jubilación".

d) La obligación contenida en la Cláusula Cuarta del contrato de trabajo que figura en el folio 34, letra e), según la cual los arquitectos deberán “salarios, sueldos y prestaciones sociales que se causen en relación con la obra, lo mismo que los exámenes médicos para admisión de obreros”.

e) La aclaración del dictamen pericial contenida en la letra c), según la cual “Los contratistas no asumen los riesgos derivados de las relaciones laborales con los trabajadores por actuar como simples delegados de las obras, pero asumen la responsabilidad de carácter técnico en cuanto a calidad y bondad de la construcción”.

f) La aclaración contenida en el ordinal e) del dictamen, según la cual “Los constructores realizan las obras con libertad y autonomía técnica y directiva, pero sujetos a los planos previamente aprobados por el propietario y aquellos (sic) respondía de dicha técnica y dirección”.

g) La demanda de folios 76 a 86 y la de los folios 2 a 11, que son de la misma índole, entre las mismas partes, dirigida al mismo Juez del Trabajo de Bogotá y en la que se reclaman idénticas prestaciones e indemnizaciones.

h) La notificación personal de la demanda que obra a folios 16 y 17, notificación que tuvo lugar el 5 y el 10 de marzo de 1962, “con la cual se interrumpió definitivamente la prescripción extintiva del derecho”.

i) La que se refiere al tiempo de servicio en el último contrato de trabajo, en la que consta que el Edificio Bravo estaba proyectado para un tiempo de 24 meses, y Ramírez sólo trabajó en él por espacio de un (1) año, seis (6) meses y once (11) días.

j) En relación con este mismo punto, la respuesta dada por el doctor Hernando Martínez Cárdenas en posiciones, cuando al preguntársele: “Es o no cierto que la obra P. Bravo, al ritmo con que fue comenzada necesitaba para su terminación cuando fue suspendida a medio construir en junio de 1961, más de un año de trabajo? Contestó: “Sí es cierto”.

k) Se desestimó el peritazgo de folio 145, según el cual todas y cada una de las obras enumeradas en la demanda costaron más de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00), y la última en que trabajó el demandante, el edificio P. Bravo, su costo fue de dos millones ochocientos cincuenta y ocho mil seiscientos sesenta pesos (\$ 2'858,760).

l) Se aceptó como prueba del patrimonio líquido gravable para 1961, una hoja (fol. 29) con algunos sellos, pero sin firma de funcionario competente ni de funcionario respectivo. E igual se hizo con la prueba del patrimonio para 1960 (f. 32).

m) No se tuvo en cuenta “que la prescripción extintiva del derecho fue interrumpida definitivamente el 5 de marzo o el 16 del mismo mes, según se ve a folios 106 y 107, “no con simple reclamación escrita, sino demanda presentada en debida forma”. Respecto a esta prueba dice: “El fallo inhibitorio que aparece de autos no tiene ningún valor, porque fue una equivocación. Constituye cosa juzgada o no. Si lo último, no hay nada más que debatir, si no lo constituye, hay que llegar al resultado de que no hubo en sí una sentencia de mérito, sino un error judicial que tiene y debe corregirse”.

n) Tampoco se apreció el certificado del médico de la empresa (f. 104), en el que consta que la “hernia se ha reproducido debido a laxitud de los tegumentos y que si aún desea continuar en trabajos fuertes es preciso reoperarla con injerto”.

o) El certificado del Ministerio de Salud Pública en el que consta que el doctor Germán Trujillo Gómez, médico de la empresa que expidió el documento mencionado antes, está registrado como médico cirujano.

p) El examen médico de retiro (f. 104), que afirma que el trabajador salió con “piel cicatriz hernisera por inguinal derecha”. Y, finalmente,

q) El dictamen médico número 726-ML, de 27 de diciembre de 1963 (f. 148) en que consta que el mismo trabajador “representa-

ta hernia inguinal derecha reproducida, susceptible de curación con tratamiento quirúrgico adecuado”.

A continuación enumera el impugnante las disposiciones violadas y el concepto de la violación, y al respecto dice: “El artículo 34 del C.S.T., que determina que son contratistas independientes, y por lo tanto verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contratan la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado (porcentaje) asumiendo todos los riesgos, para realizarlas con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”.

Cita igualmente el numeral 3) del artículo 35 del mismo estatuto, relacionado con la obligación que tiene quien celebre contrato de trabajo como simple intermediario, de declarar esta facultad y manifestar el nombre del patrono. El 45 ibídem, que preceptúa que el contrato de trabajo puede celebrarse por el tiempo que dure la realización de una obra. El numeral 2) del mismo artículo que, en sentir del casacionista “ordena que en caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo” (sic). El 46 siguiente, relacionado con la indemnización moratoria. El 260 que crea, dice, el derecho a la pensión para los trabajadores que hayan servido durante veinte años. El 309 de la misma obra, “que determina que son actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de las casas o edificios; y que se entiende por valor de la obra o actividad, el valor de su presupuesto o de su costo total estimado pericialmente”. El 3º, en concordancia con el 1º de la Ley 1ª de 1963, que ordena que a partir del 1º de enero de 1963, las pensiones de jubilación deben ser aumentadas en \$ 120.00 mensuales.

Por otra parte cita como violadas, las siguientes disposiciones del mismo Código: El 204 en sus reglas 1ª y 2ª, el 209, grupo

II, números 16 y 217, y al respecto de ellas comenta: “Con la violación del artículo 65 dejó de pagarse el salario caído, según liquidación a obra a fines del primer cargo (sic). Con el desconocimiento del artículo 204 dejó de cubrirse el tratamiento médico. Con la infracción del artículo 209 dejó de pagarse la indemnización de tres meses de salario, y con la infracción del artículo 217 dejó de cubrirse la indemnización, por lo menos a partir de la fecha del despido”.

En relación con las restantes disposiciones que en su sentir fueron violadas, el recurrente comenta: “Con la violación del artículo 64, dejó de condenarse al pago del lucro cesante, que consiste en más de un año de trabajo, que por lo menos son de 366 días, a razón de “33,00 diarios (fol. 137), que fue el último salario devengado por Ramírez Preciado...”. “Con la violación del artículo 260 se ha dejado de pagar la pensión de jubilación, a razón del 75% de (30 x \$ 33) igual a \$ 742 mensuales, desde el 28 de junio de 1961 hasta el 31 de diciembre de 1962, o sea durante 18 meses y 3 días...”. Y sobre este mismo punto de la demanda, agrega: “...el Tribunal al absolver por pensión de jubilación, dejó de condenar al pago de las mesadas pensionales a partir, del día siguiente del despido, o sea desde el 28 de junio de 1961... , a razón de un salario de \$ 33.00 diarios, o \$ 990.00 mensuales, cuyo 75% es igual a \$ 742,50, hasta el 31 de diciembre de 1962, o sea 18 mensualidades...”. “Y a partir del 1º de enero de 1963 con un aumento de \$ 120.00 mensuales, según la Ley 1ª de ese año, hasta la fecha de esta demanda, 55 meses a \$ 872,50 mensuales...”. “O por lo menos a partir de 3 años anteriores al 1º de julio de 1965 (f. 15, notificación de la segunda demanda), o sea desde el 1º de julio de 1962, a \$ 742,50 hasta el 31 de diciembre de ese año...”. “Y a partir del 1º de enero de 1963 a razón de \$ 862,50, hasta la fecha de la demanda.”

La oposición.

En su réplica a los cargos indicados el opositor expresa los siguientes conceptos: en forma sintética:

El escrito de demanda fuera de ser antitécnico, es injurídico o infundado, contenitivo además de "improperios y calumnias contra Jueces, Magistrados, Empresas, abogados, asesores jurídicos, peritos, etc.". Varias de las muchas pruebas que el impugnador afirma que fueron desestimadas, si aparecen debidamente apreciadas y tenidas en cuenta en el fallo atacado, dentro del principio de la "libre formación del convencimiento", que es inatacable en casación según lo tiene establecido una copiosa jurisprudencia.

En el juicio quedó plenamente establecido "mediante dictamen pericial solicitado por ambas partes" que las sociedades demandadas tuvieron la calidad de **interventoras** y no de **contratistas o propietarias** de las obras en las cuales Carlos Ramírez Preciado dice haber prestado sus servicios, por consiguiente no hay fundamento ni en la ley ni en la realidad procesal para deducir a las Sociedades demandadas responsabilidad por eventuales prestaciones sociales en favor del demandante, puesto que en el sólo caso del edificio de la Cámara de Comercio, las demandadas pagaron lo que al respecto consideraron deber, habiendo recibido Ramírez Preciado de los propietarios de las restantes obras, los salarios y las prestaciones a que tenía derecho, según se infiere del dictamen pericial a que se ha hecho mención.

Por lo demás, las demandadas demostraron por medio de las copias de sus declaraciones de renta, debidamente autenticadas por funcionario competente, y por medio de las liquidaciones de los respectivos impuestos de renta y patrimonio, que su capital era muy inferior a \$ 800.000.00, circunstancia ésta que explica la absolución proferida por el ad-quem en relación con la súplica relativa a la pensión vitalicia de jubilación.

Es evidente, por otra parte, que la prescripción extintiva de las acciones que eventualmente hubieran podido corresponder a Ramírez Preciado, por concepto de prestaciones sociales, se operó definitivamente el 26 de marzo de 1965, "una vez cumplidos los tres años de interrupción derivada de la notificación de una demanda anterior en

marzo 16 de 1962". Ratifica el opositor su criterio a este último respecto, haciendo la cita del artículo 29 de la Ley 95 de 1890, sobre el hecho de que no se podrá alegar interrupción civil de la prescripción, en el caso del artículo 2524 del C. C., cuando el demandado haya obtenido sentencia absolutoria. Y afirma que el primer fallo inhibitorio tuvo este carácter al haberse pronunciado en contra de la totalidad de los intereses del trabajador.

Finalmente sostiene el opositor que la demanda, adolece de una gravísima falla de técnica procesal, puesto que no se hace a la Sala ninguna petición concreta, en el sentido de que una vez invalidada la sentencia condene a las demandadas a pagar al actor determinadas cantidades de dinero por prestaciones sociales, indemnizaciones, salarios, auxilios, subsidios, etc., con indicación exacta de los conceptos respectivos y de las correspondientes sumas. De manera que "no habiéndose solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación (de este cargo) condena alguna concreta en contra de la parte demandada, la H. Corte se halla impedida por ministerio de la ley para proferir condena alguna, aún en el caso de que invalide total o parcialmente el fallo impugnado, como lo solicita el actor".

El opositor recurre a los mismos argumentos para responder a la totalidad de los cargos formulados, destacando en cada caso lo infundado de ellos, su calidad de injurídicos y su carencia de técnica en la presentación y orientación, a más de que en ninguna se formula ninguna solicitud concreta para el supuesto de que la Sala case parcial o totalmente el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

No hay duda que la demanda que presenta el recurrente adolece de fallas que la demeritan. En primer lugar, la carencia de un orden lógico en la sustentación de los cargos, y luego la circunstancia de que, en general, el escrito es un largo alegato de instancia ajeno al rigorismo exigido para estos casos. Además, los términos desobligantes e injuriosos con que se refiere en to-

do su desarrollo a jueces, magistrados, profesionales y demandados en general, le restan la dignidad y mesura que deben ser la nota formal de quien se enfrenta en una controversia, en la que el peso de los argumentos vale por lo que ellos son en sí mismos y no por el menosprecio con que se pretende señalar la transitoria posición de los contradictores.

Mirada en lo estrictamente fundamental la sentencia recurrida comienza ella destacando la circunstancia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva que se ha propuesto. Al efecto su exposición es sencillamente clara. "Hay elementos de juicio en el expediente —dice— que permiten concluir que en efecto entre las partes de este juicio existió un contrato de trabajo aun cuando no durante el lapso indicado. Sin embargo, como acertadamente lo dice el a-quo los posibles derechos derivados de esa vinculación como lucro cesante, reajustes, se encuentran prescritos en los términos de los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T., ya que si bien es cierto que con la demanda instaurada y notificada el día 16 de marzo de 1962 según las copias de los folios 106 y siguientes, se interrumpió la prescripción, no lo es menos, que lo fue por una sola vez por un periodo de tres (3) años. Como la presente demanda fue notificada en el día 18 de junio de 1965 habían transcurrido entre la primera y la segunda reclamación, tres años, tres meses, dos días, es decir, ya los posibles derechos del actor habían prescrito por el transcurso del tiempo..."

Por su parte el juzgador de primer grado, a quien se refiere el ad-quem en el párrafo transcrito, afirma lo siguiente: "Es innegable que entre el actor y la demandada Martínez Cárdenas & Cía. Ltda., en liquidación, existió un contrato laboral durante cierto tiempo. A pesar de que no están claramente determinados los extremos del vínculo laboral, habría la posibilidad de conferir condena por lucro cesante, y por los reajustes de primas de servicios y de vacaciones. Empero el Juzgado no podrá llegar a esa conclusión por la potísima razón de que los derechos del trabajador respecto a esas súplicas están prescritos".

No puede afirmarse entonces que el fallo recurrido deje de reconocer el vínculo jurídico de índole laboral que existió entre las partes trabadas en la presente litis. Se acepta, ciertamente, la realidad de un contrato de trabajo y la posibilidad del reconocimiento, por efectos de esta relación, de los derechos derivados del rompimiento unilateral e injusto de dicho contrato, y los inherentes al reajuste demandado. Empero, como era lógico que sucediera, la presencia en los autos de una excepción de prescripción propuesta y alegada por las demandadas impidió al juzgador entrar al fondo del petitum para determinar la exactitud de él y las cuantías correspondientes. Frente a un fenómeno de esta índole, no debe olvidarse que la prescripción es uno de los modos de extinguir la acción, lo que indudablemente supone la aceptación por el Juzgador de la existencia de la obligación, porque no se puede declarar extinto lo que no ha existido. La prescripción no puede ejercer influjo alguno sobre una obligación que ni ha existido ni existe aún. Como lo proclama la jurisprudencia, esta verdad elemental es la que se expresa en el adagio latino: "Actioni non natae non praescribitur". De manera que en el caso sub-judice no se podrá alegar que el ad-quem abandonó inadvertidamente el estudio de medios probatorios que le impidieron por tal razón, aplicar determinadas normas del derecho en interés del actor. Como clara y terminantemente lo afirma el fallo atacado, existen elementos de prueba que conllevan al reconocimiento de derechos y obligaciones, pero las acciones que sobre ellos se tenían, perdieron su vigencia por razón de la prescripción extintiva propuesta y alegada como medio defensivo por las demandadas.

No sobra comentar, dentro de este mismo orden de ideas, que la prescriptibilidad de la acción en ningún caso puede entenderse como privilegio que destruya la obligación, puesto que ésta permanece insoluta. Se ha clausurado es verdad, para el actor, toda oportunidad de relación jurídico-procesal referente a los derechos cuya acción ha prescrito, pero subsiste la obligación natural en el contexto de todas sus secuencias, según lo adocina el artículo 1527

del C. C. De manera que en una situación de esta índole, el demandado se coloca en posición activa y no de mera negación o de simple hipótesis, precisamente dentro del marco de la regla *reus in excipiendo fit actor*. Implica ello en el juzgado una actitud de relación directa e inmediata con el excepcionante, que lo obliga a estudiar las causas y fundamentos de la prescripción sin entrar al fondo de los presuntos derechos demandados.

Por una simple razón lógica, si el derecho a impetrar las reclamaciones correspondientes se extinguió por prescripción, y así lo reconoce y acepta el juzgador de segundo grado, la postura de esta Sala de casación debe estar acorde con el criterio metodológico impreso por aquél. Esto es, que ese hecho la priva de hacer el examen de los cargos en que se consideren violados textos legales reguladores de situaciones jurídicas que por obra de la prescripción dejaron de tener vida legal. Esta ha sido su opinión jurisprudencial de tiempo atrás, porque es obvio que tal estudio no conduce a ningún resultado práctico y eficaz, como tampoco tendría significado el que el Tribunal, una vez aceptada la existencia del derecho del acreedor a cuya prosperidad se opone el presunto deudor, entrase al fondo de la cuestión controvertida para deducir el cómo y el quantum de las diferentes obligaciones.

En el caso sub-judice no cabe la menor duda respecto a la existencia de la, por el demandante controvertida figura de la prescripción. En efecto, se ha constatado que Carlos Ramírez Preciado prestó sus servicios a las demandadas hasta el 27 de junio de 1961, según lo destaca en su informe el perito Ortiz Amaya (fol. 55). Igualmente obra en los autos la copia debidamente autenticada de las notificaciones que a las mismas Sociedades se hizo por el Juzgado Primero Laboral de Bogotá (fols. 106 y 107), las cuales se dataron el cinco (5) y el diez y seis (16) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962). Es decir, que esta última circunstancia tuvo los efectos de interrupción prescritos por los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.L. Sin embargo, tal fe-

nómeno jurídico no es ilimitado, como lo presume el casacionista, sino que tiene el término racional y de naturaleza que la misma prescripción conlleva, y el que expresamente le señalan los artículos 489 del C.S.T. y el 151 del C.P.L. Esto es, un tiempo igual al señalado para la prescripción correspondiente, el que resulta ser, para los derechos regulados por los preceptos laborales, de tres (3) años, tal como lo predica el artículo 488 *ibídem*.

Siendo así que la demanda sub-lite se notificó a las demandadas el diez y ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco y el primero de julio del mismo año, hasta estas fechas había transcurrido un lapso de tres años, tres meses y dos días, desde la interrupción, lo que significa que las acciones impetradas realmente estaban prescritas en forma definitiva.

Dice sin embargo el impugnador al respecto de esta cuestión, que el Tribunal "no tuvo en cuenta que la prescripción extintiva de los derechos reclamados fue interrumpida el 16 de marzo de 1962, sin haber transcurrido los dos años de la terminación del contrato de trabajo". Y considera que, para llegar a esta violación, no se tuvo en cuenta por aquel las demandas, tanto la primera que terminó con un fallo inhibitorio, ni la segunda que "es la misma entre las mismas partes en la que se reclaman idénticas prestaciones e indemnizaciones, dirigida al mismo Juez del Trabajo de Bogotá". Tampoco se apreció, según el mismo recurrente, "la notificación personal de la demanda, que obra a folios 106 y 107, notificación que tuvo lugar el 5 y el 10 de marzo de 1962, con la cual se interrumpió definitivamente la prescripción extintiva del 'derecho'".

No es correcta la imputación formulada por el casacionista en los términos que se han transcrito, porque lo cierto es que el ad-quem apreció las referidas pruebas documentales cuando en su fallo dijo lo siguiente: "Sin embargo, como acertadamente lo dice el a-quo los posibles derechos derivados de esa vinculación como lucro cesante, reajustes, se encuentran prescritos en los términos de los artículos 488 del C.

S. del T. y 151 del C. P. del T., ya que si bien es cierto que con la demanda instaurada y notificada el día 16 de marzo de 1962 según las copias de folios 106 y siguientes, se interrumpió la prescripción, no lo es menos, que lo fue por una sola vez, por un período de tres (3) años. Como la presente demanda fue notificada el día 18 de junio de 1965 habían transcurrido entre las primera y la segunda reclamación, tres años, tres meses, dos días, es decir, ya los posibles derechos habían prescrito por el transcurso del tiempo. . .". Es, no sólo correcta la apreciación que el juzgador de segundo grado hace de las pruebas que obran en el informativo, sino que lo es la aplicación de los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.L. Adolece de incorrección, a contrario sensu, el criterio de aplicación que presume el casacionista que debe darse a estos preceptos en armonía con el 2539 del C.C. Y al respecto de esta cuestión, conviene dejar claramente establecido algunas opiniones.

Presenta el impugnador como violadas indirectamente las normas contenidas en los artículos 489 y 151 citados, en armonía con la del 2539 del Código Civil. Conviene aclarar, en primer lugar, que el régimen de prescripción en materia laboral se encuentra reglado por las disposiciones que se han transcrito, en forma específica y singular. No hay razón entonces para buscar con otros preceptos, una concordancia que se hace innecesaria, y, por el contrario, muy fuera de todo criterio hermenéutico según se encuentra establecido por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887. De manera que serán aquellos artículos —489 y 151— los que orienten al juzgador para decidir sobre esta materia. Y precisamente fue lo que realizó el Tribunal de Bogotá, acoplando las normas con la realidad procesal. Sucede, sin embargo, que el casacionista padece de un error al respecto del alcance de la interrupción, desde luego contrario al clarísimo contenido de las dos disposiciones. En efecto, en ambas se prevé el fenómeno de la interrupción mediante un simple reclamo escrito del trabajador. Pero tal interrupción de la prescripción es por una sola vez, la cual empieza a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado

para la prescripción correspondiente. De tal suerte que formulada la interrupción, cuando menos a través del simple reclamo escrito del trabajador o por medio de una demanda en forma, no puede esperarse que la interrupción produzca el efecto de una imprescriptibilidad de la acción, que es precisamente lo que presume el recurrente cuando habla de "interrupción indefinida".

Considera esta Sala de la Corte, que es conveniente recordar al casacionista lo que tanto se ha dicho respecto a la naturaleza jurídica de la prescripción. Esto es, que ella tiene el alcance de consolidar situaciones, mediante el simple tránsito del tiempo. En efecto, no existe un orden jurídico que permita relaciones o estados de derecho irremediables o insolutos, precisamente por el mero concepto de orden. La simple noción de norma jurídica implica su coercibilidad, vale decir la necesidad de su cumplimiento o ejercicio bajo el imperativo de una pena. La sanción no es sino una resultante de la violación o del abandono, que también es una infracción. Quizás por esto se ha dicho con tanta propiedad que es norma jurídica la que enlaza a un hecho condicionante una consecuencia coactiva.

De aquí que el inevitable tránsito del tiempo vaya creando en unos un derecho, como en la prescripción adquisitiva, y en otros una excepción como en la extintiva. Estas situaciones, una vez cumplida la condición, establecen inevitablemente la pena. Ahora bien, si esta es la noción de prescripción, no puede esperarse que ella se modifique, o que el fenómeno desaparezca cuando se ha cumplido el hecho condicionante. Pretender, como lo hace el recurrente, que la interrupción de la prescripción se realizó indefinidamente, o que ella desapareció en forma definitiva, es concebir un orden jurídico contradictorio que permite la subsistencia de situaciones que no podrían así consolidarse.

La sabiduría de nuestra Ley Fundamental aceptó el principio de orden comentado, cuando dijo en el artículo 37 que en Colombia no habrían obligaciones irredimibles. De suerte que si es esta una norma necesaria e inexcusable, consecuentemente debe en-

tenderse que no existen acciones imprescriptibles como lo desea el recurrente.

No prosperan los cargos.

Se estudia el Cargo.

Lo formula así:

“Acuso la sentencia por violación del artículo 195 del C.S.T., por error de derecho, consistente en que se dio por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, consistente la infracción en que el contenido de los folios 29 y 32 se tuvo como prueba de capital para determinar que no había derecho a la pensión de jubilación”.

Cita el casacionista el criterio del adquem en relación con este acápite de la demanda, mediante el cual éste último coteja el contenido y alcance de los artículos 309 y ss. del C.S.T., con el 195 de la misma obra, y afirma al respecto: “El fallador de segunda instancia tomó como patrimonio gravable el indicado en los folios 29 y 32 del primer cuaderno, el primero de los cuales se dice (sic) que el de 1961 fue de \$ 450.000.00, y en el segundo que el correspondiente al año de 1960 fue el mismo de \$ 450.000.00.”

Su ataque se concreta, en este orden de ideas, a afirmar que los documentos de folios 29 y 32, carecen de valor probatorio por no tener firma ninguna que las autentique, contrariando esta circunstancia las voces del artículo 632 del C. J. Y concluye en la siguiente forma:

“Como la demostración del caso no se ha hecho en forma que ordena la ley, el cargo debe prosperar”. “Lo anterior con relación a la empresa demandada, también se puede decir de los propietarios o beneficiarios de las construcciones, porque la contraparte no presentó, ni siquiera en papeles sin firma, las certificaciones de que las declaraciones de patrimonio gravable de dichos beneficiarios fueron encontradas correctas”.

Se estudia el Cargo.

Esta Sala de la Corte, en repetida jurisprudencia, ha conceptuado sobre la calidad del medio de prueba requerido por el artículo 195 del C.S.T., para los efectos de señalar o determinar el capital de una empresa, sosteniendo que, puesto que esa norma la restringe en forma implícita, para la declaración de renta del año inmediatamente anterior autorizada por el funcionario competente, ya a la certificación que al respecto expida la respectiva Administración de Impuestos Nacionales, ella asume el carácter de prueba ad-substantiam actus de tal capital. En tales circunstancias, la procedencia de la acusación es correcta, no así el fundamento en que se apoya el cargo, desvalorizando en forma unilateral los documentos que obran a folios 29 y 32 por carecer de las firmas del respectivo funcionario oficial que debió autenticarlos.

No comparte la Corte el razonamiento del impugnador, por cuanto los referidos documentos no son pruebas independientes sino elementos anexos a las copias de las declaraciones de renta de las demandadas que aparecen agregadas al informativo en los folios 28, 30, 31 y 33, y estas últimas se encuentran autenticadas con el sello, fecha y firma del respectivo funcionario oficial que intervino en el acto de la entrega del original de cada declaración. Los documentos glosados, originarios de la División de Impuestos Nacionales, según se desprende de los respectivos sellos con que se les ha rubricado, corresponden a la liquidación del impuesto hecha por esa División para los años de 1960 y 1961, coincidiendo, para estos efectos, el patrimonio líquido gravable denunciado por el contribuyente, con el que se contabiliza por la entidad oficial, esto es, la cantidad de cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$ 450.000.00), para cada uno de los dos años declarados. De manera que cuando el ad-quem comentó las pretensiones del actor, señalando, sin hacer ninguna cita concreta de los documentos aludidos, que “ya se sabe qué se entiende por capital de la empresa conforme a los prescritos en los artículos 195 y 206 (sic) del C.S. del T.”, estaban entendiendo a su vez

que el capital que debe inferirse es el "declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe acompañar el patrono". Y precisamente este último acompañó la prueba tenida como tal, esto es la copia de lo "declarado en el año inmediatamente anterior" a la terminación del contrato de trabajo. Además anexó para una mayor inteligencia del juzgador, la copia de la declaración de renta del año de 1961 en que se hizo el despido, y los documentos de la División de Impuestos Nacionales que ratifican oficialmente la cuantía del patrimonio líquido gravable. Con todos ellos el Tribunal se formó su convicción de acuerdo con lo prescrito por el artículo 61 del C. P.L., sin abandonar la pauta que la misma disposición le impone en el caso de la prueba solemne. De manera que no aparece de modo manifiesto y ostensible el error de derecho censurado por el impugnador.

Conviene acotar al respecto de lo dicho antes, dos conceptos. En primer lugar, que el capital de la empresa constructora no es el de las obras o actividades particulares de construcción ajenas a ella, sino el suyo propio, según lo observan las normas sustantivas con meridiana claridad. En efecto, el 309 *ibidem*, habla de cómo el valor de la obra o actividad, es el de su presupuesto o el de su costo total, pericialmente estimado. Y el 310 siguiente se refiere a esas mismas obras o actividades, cuyo valor exceda de diez mil pesos, para los efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las vacaciones. Por su parte, y separando uno y otro concepto, es decir la obra o construcción individual singularizada en un dueño determinado, transitoria excesivamente, y la actividad comercial y permanente de una sociedad mercantil, el artículo 312 *ibidem* consagra a favor de los trabajadores de estas últimas, el goce de los derechos consagrados en el Capítulo, sea cualquiera el valor de la obra o actividad. Y es apenas elemental que así sea, porque no es actividad empresarial para los efectos de la ley, la mera construcción particular y personalizada de un edificio u otra obra de esta índole, que la realizada por quien invierte un capital en tales menesteres, organiza el funcionamiento administrativo,

técnica financiera de ellos, y busca convertirlos en diligencias profesionales y especulativas, obviamente con fines de lucro. En este último evento, su capital no puede ser el de sus clientes, el que por lo mismo no puede encontrarse contabilizado en el de sus inversiones, esto es en el juego de bienes de capital. Desde luego que sólo será este último el que se tenga en cuenta para obligaciones como las prescritas por el artículo 260 del C.S.T.

Por otra parte, el documento auténtico a que se refiere la cita del artículo 632 del C. J., hecha por el recurrente, no es siempre un documento público y su autenticidad se refiere a su veracidad, es decir al hecho de haberse producido por la entidad o funcionario o personal que lo garantiza y prohija, aseverando su existencia. Contra este valor y calidad de tal documento, puede la parte interesada oponer su inexactitud, impugnándolo por falsedad, actitud que no asumió el demandante, no obstante que, en el caso concreto de los censurados, ellos obraron en autos inicialmente.

No prospera, pues, el cargo.

Cuarto Cargo.

"Acuso la sentencia —dice el impugnador en este cargo—, por interpretación errónea de los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del Proceso Laboral". Y para sustentarlo, sintetiza el contenido de las normas citadas, y transcribe luego la parte del fallo en el que el ad-quem expresa su criterio respecto al fenómeno de la prescripción, cuyo texto se ha producido atrás. Luego dice: "Como se ve, el fallador está confundiendo la simple reclamación escrita con la demanda judicial presentada en debida forma, interpretando así en forma equivocada o errónea las normas que se citan como violadas".

Hace luego, como en la casi totalidad de la demanda, un largo y contradictorio alegato impropio de la severidad dialéctica de la casación, en el que no se priva de prodigar, como en todo él, agravios a los juzgadores de instancia, diciendo para concluir: "El error consiste en que el fallador de se-

gunda instancia creyó que los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L., que tratan del simple reclamo escrito (sic), regulan lo relativo a demanda judicial, cuando este último caso está gobernado por normas diferentes, cuando en realidad la demanda judicial y la interrupción de la prescripción extintiva están reguladas por los artículos 2539 del C.C. y 181 del C. J.”.

Quinto Cargo.

“Acuso la sentencia por aplicación indebida de los artículos 488 y 489 del C.S.T. y en concordancia con el artículo 151 del Código Procesal Laboral”.

Haciendo la misma argumentación del cargo anterior, pero agregando un comentario particular al artículo 181 del C. J., concluye en la siguiente forma: “Las normas que se citan como violadas fueron entendidas correctamente pero se aplicaron a un hecho o situación no previsto ni reguladas (sic), por ellas, haciéndoles producir efectos distintos de los contemplados en las referidas normas...”. “Surge así la aplicación indebida sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto. O en otras palabras, el caso se resolvió a través de normas que no eran aplicables y por consiguiente eran extrañas a él...”. “La razón por la cual se estima que hay aplicación indebida estriba en que habiendo de por medio una demanda inhibitoria y una interrupción indefinida de la prescripción extintiva, se consideró por el fallador que se trataba de una simple reclamación escrita”.

Consideraciones de la Sala

Se procede a estudiar la sustentación del recurso en relación con los dos cargos anteriormente expuestos, englobándolos formalmente, porque los fundamentos de la decisión en relación con ellos, adoptan igual criterio.

En el estudio que se ha hecho de los tres cargos primeramente acumulados, esta Sala de la Corte dio a conocer su criterio respecto al mérito y alcance de la prescripción, expresando particularmente su

opinión respecto de los artículos 489 y 151 ibídem. Sin embargo, conviene adelantar otras declaraciones más, vistos los argumentos del casacionista en la sustentación de los cargos anteriores.

El Decreto 2158 de 1948, que integra en un estatuto más o menos completo las reglas adjetivas del Derecho Laboral, prescribe en su artículo 1º que los asuntos de que conoce la Jurisdicción del Trabajo se tramitarán de conformidad con las normas de dicho Decreto. Resultaría improcedente e irregular, pretermitir entonces las formalidades establecidas por ese Código, prefiriendo otro, ajeno a la índole sustancial del derecho obrero, como sería el acogerse a los principios del Código Judicial. Aunque es verdad que el artículo 145 del mismo Decreto, faculta al juzgador para aplicar los preceptos del procedimiento civil, tal potestad está limitada solamente a la falta de disposiciones especiales que no contenga el estatuto formal del trabajo. No sería el caso pues, de recurrir a otras disposiciones diferentes a los artículos 488, 489 y 151 de los C.S.T. y C.P.L., respectivamente, cuando éstos reglamentan particularmente la figura de la prescripción, caracterizándola dentro de la índole singularísima del Derecho Sustantivo.

Tales preceptos no solo señalan el término de la prescripción para las acciones correspondientes a los derechos emanados de la ley sustantiva, sino que regulan la interrupción de ella, no ya por medio de la iniciación judicial de la acción pertinente, sino en virtud de un simple reclamo escrito del trabajador, dirigido al patrono. Si tanto puede el escrito que, sin embargo debe subordinar a elementales formalismos que fijen los términos de lo reclamado, mayormente debe lograrlo la demanda en regla sometida a todo un régimen jurídico contencioso que, desde luego, no puede separarse del espíritu de los preceptos singulares. Esto es que si la interrupción por medio del simple reclamo escrito, sólo se verifica por una vez, y por un tiempo igual al señalado para la prescripción correspondiente, tiempo este último que deberá tenerse en cuenta a partir de la fecha en que el patrono se ha enterado de la petición,

la interrupción lograda por la demanda formal deberá igualmente cumplir iguales correctivos, dentro del mismo límite de tiempo y a partir del mismo hecho del conocimiento por parte del empleador. De manera que en este último evento, será la notificación de la demanda al patrono, como se ha repetido muchas veces, la que indique el comienzo del nuevo lapso de prescripción que será solamente de tres años de acuerdo con el artículo 488 *ibídem*.

Por lo demás, ninguno de los tres artículos glosados por el recurrente señala como fecha para la iniciación del último lapso, la de la ejecutoria de la providencia que ponga fin a un juicio que deje vivos los derechos del demandante. El original criterio del recurrente a este respecto, desfigura con su interpretación, a contrario sensu, el contenido de las normas en cita, por lo demás excesivamente claro para que tal cosa suceda con pretexto de consultar su espíritu. Finalmente, los dos cargos están formulados a través de proposiciones jurídicas incompletas, que los hacen ineficaces por este último aspecto. En efecto, como se aprecia, dejaron de citarse por el casacionista las reglas sustantivas que se violaron por el *ad-quem*, al decretarse la prescripción, y en este aspecto técnico la Corte ha sido enfática y pertinaz.

No prosperan los cargos.

Tercer Cargo.

Lo formula así:

“Violación, por infracción directa, del artículo 65 del C.S.T., que es la norma que establece la indemnización por falta de pago o salarios caídos por parte del patrono, cuando a la terminación del contrato de trabajo no paga ni deposita lo que crea deber”.

Luego de hacer algunos breves comentarios sobre el contenido de la norma indicada, afirma el impugnador que “En la sentencia materia de este recurso hay denegación o desconocimiento del precepto que se indica como infringido, o lo que es lo mismo, denegación de la voluntad abstracta de la norma en cuestión”. Y agrega: “Por ello, la falta de aplicación del artículo 65 hace necesaria, imperiosa, la restauración

del derecho desconocido por el Tribunal, cuando se trata de norma sobre la cual tiene interés la sociedad en que se cumpla”.

Con la transcripción de algunas jurisprudencias de esta Sala referentes al aspecto de la aplicabilidad del artículo censurado, y relacionadas con la naturaleza en sí del contrato de trabajo y su lógica controversia en juicio, termina el recurrente la sustentación del cargo, pidiendo su prosperidad.

Se considera:

La simple lectura del artículo 65 glosado, induce a considerarlo en su perfecto contenido, esto es como una norma que prevé perjuicios de orden moratorio. “Si a la terminación del contrato —dice— el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos... debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”. La razón entonces, para que tal indemnización prospere, es la falta de pago oportuno de lo debido por el empleador al trabajador. Sin embargo, si éste no debe, o no cree deber, no puede obligársele a pagar lo uno ni lo otro. En el orden lógico no puede existir el efecto sin la causa, y así lo entendió el juzgador de segundo grado cuando se privó de condenar en salarios caídos, por la elemental razón de haber absuelto a las demandadas de todos los cargos que se les habían formulado. El hecho de la condena en este sentido, hubiera implicado una contradicción inexcusable desde cualquier punto de vista. no prospera tampoco este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Ramiro Araújo Grau —conjuez—.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

S A L A C I V I L

FALLOS PROFERIDOS EN EL TRIMESTRE QUE NO SE PUBLICAN:

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE DR.
Rafael Granada.	María Lucila Arango Correa y otros.	7 de julio/70.	Ernesto Cediel Angel.
María del Tránsito Tibaquirá de Galindo.	Everardo Amaya Forero	22 de julio/70.	César Gómez Estrada.
Teresa Montero.	Sucesión de José I. Peralta.	25 de julio/70.	José María Esguerra Samper.
María Ethel Rengifo.	Bárbara Ortiz de Candelo y otros.	27 de agosto/70.	Guillermo Ospina Fernández.
Paul Beer.	Eduardo Llaña Llaña y "Ferroconcreto Ltda."	28 de agosto/70.	José María Esguerra Samper.
Pedro Emigdio Rueda G.	Carlos J. Suárez Pinilla y otros.	31 de agosto/70.	Ernesto Cediel Angel.
Carmen Pulido Palacios.	Neftalí Pulido.	31 de agosto/70.	Ernesto Cediel Angel.
José M. y Clementina Vásquez.	Salvador Vásquez G.	9 de septiembre/70.	Germán Giraldo Zuluaga.
Eugenio Méndez.	Emiliano Méndez y otro.	9 de septiembre/70.	Guillermo Ospina Fernández.
Denise de Márquez.	Jorge Márquez V.	10 de septiembre/70.	Guillermo Ospina Fernández.
Arcadio Avila Sánchez.	Luis Etilio Leyva.	23 de septiembre/70.	Germán Giraldo Zuluaga.
Paz de Jesús de Armas de González.	Enrique González G.	25 de septiembre/70.	Ricardo Uribe Holguín.
Antonio Bernal López y otro.	Alvaro y José Alfonso Loboguerrero.	28 de septiembre/70.	José María Esguerra S.

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala Laboral profirió durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1970, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

CASACION. (Técnica). Para que el cargo se ajuste a las exigencias del recurso extraordinario, la declaración del alcance de la impugnación, que constituye el petitum o las aspiraciones del recurrente, debe ser clara, completa y concreta, no confusa, imprecisa o contradictoria. La Corte por sentencia de julio 3 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Tomás Van Leent contra la Sociedad Salón Margarita Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de julio 7 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Angel Jiménez contra la Empresa "Algor" representada por su gerente Alfonso González Riascos, y a éste personalmente. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CONTRATO DE TRABAJO. Configuración de sus tres elementos esenciales. La Corte por sentencia de julio 14 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio de Jorge Enrique González Y. contra Hernando Gueso A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

SERVICIOS PROFESIONALES, NO LIGADOS POR CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de julio 14 de 1970 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Rafael Espinosa Castellanos contra el Banco Ganadero. —Sucursal de

Montería.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

MAXIMAS DE EXPERIENCIA. En las relaciones obrero-patronales, los actos del trabajador contrarios al normal desenvolvimiento de ellas, pueden revestir mayor o menor gravedad y así lo prevé nuestra legislación positiva. El comportamiento violento del demandante implica un hecho que no está excluido de prueba, como puede ocurrir con los hechos notorios o con las máximas de experiencia en el criterio de algunos doctrinantes. La Corte por sentencia de julio 21 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de César Alfredo Pacheco contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Tito Octavio Hernández.

RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES. La Corte por sentencia de julio 25 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Ayarza Ospina contra la Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social (Corpals). Magistrado Ponente: Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. (Técnica). La causal o motivo de casación y el concepto de violación deben invocarse con exactitud y con la misma precisión, cuidando de no agrupar en el mismo cargo conceptos incompatibles, por razones inveteradas y exhaustivamente explicadas por la jurisprudencia. La Corte por sentencia de julio 31 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Guáqueta Correal contra el Departamento de

Cundinamarca. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

CASACION. (Técnica). La acusación ha de incorporar todas las normas que hayan podido ser quebrantadas por la sentencia que se impugna y, entre ellas, fundamentalmente, las sustanciales que crean los derechos que se pretende hacer valer. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hugo Fernelli Hurtado contra Rafael Fiorentino. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño.

CASACION. (Técnica). El recurso de casación debe ajustarse a una técnica rigurosa que se exige para su viabilidad procesal y análisis de fondo. La Corte por sentencia de agosto 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús Pineda Salazar contra la Sociedad Fábrica de Paños Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de agosto 17 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de Gilberto Ríos Ríos contra los herederos de Manuel José Cárdenas. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de agosto 17 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Silverio Mejura Avendaño contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de agosto 19 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio de Manuel Calle Lombana contra la Sociedad Arango & Calle Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

REMUNERACION. En la remuneración no han de quedar incluidas la compensación directa por el trabajo, es decir el salario, y las prestaciones e indemnizaciones, cuya liquidación y valoración solo son dables en el momento oportuno y con el cumplimiento de las condiciones establecidas. La Corte por sentencia de septiembre 4 de 1970,

CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gabriel Chaverra contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño.

CONTRATO A TERMINO FIJO. El contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito. Podrá aceptarse, que con la sola expresión escrita de una de las partes, aceptada tácitamente por la otra, queda cumplida la exigencia de la ley? De ninguna manera. La Corte por sentencia de septiembre 4 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Manuel E. Moreno Garzón contra la Sociedad General Electric de Colombia S. A. "GECOLSA". Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. *Casar*, significa dentro de la modalidad propia del recurso extraordinario de casación: romper, quebrantar, anular la sentencia acusada. La Corte por sentencia de septiembre 7 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Maria Stella Hernández de Barrera contra Luis Carrera Cadena. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 8 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Jesús María Fernández Trujillo contra la Compañía Croydon del Pacifico S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso en el juicio de Saúl Martínez Granados contra la Empresa Acerías Paz del Río S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Tobón Londoño contra la Sociedad Maccann Erickson Corporation International. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

AMBIGUEDAD EN LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES. La Corte por sentencia de septiembre 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Hernando Alvarez Segura contra la Compañía Remington Rand Colombiana Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de Joaquín Emilio Jaramillo contra Amelia Jaramillo de Villada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 18 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Rafael Danies contra Ramón Espina. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 23 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Victor Lapeira contra la Compañía Frutera de Sevilla. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 26 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Domingo Reales contra Puertos de Colombia-Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de septiembre 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Leonidas J. Utria Ferrer contra la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

	Págs.		Págs.
<p><i>Reivindicación. — Prescripción como acción y como excepción. — Remate. — Su prueba. — Sentencia del 7 de julio de 1970. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Adolfo Camacho contra Tránsito Guzmán v. de Salazar y Carlos Alberto Salazar. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel</i></p>	5	<p>Crédito Territorial. — Magistrado Ponente, Doctor José María Esguerra Samper</p>	35
<p><i>Arrendamiento. — Costas. — No son materia de casación. — Sentencia del 7 de julio de 1970. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Hipólito Alzate Z. contra Manuel Sierra Madrid. — Magistrado Ponente, Doctor Ernesto Cediel Angel</i></p>	12	<p><i>Competencia. — El competente para conocer el juicio de alimentos es el Juez de Menores de la residencia de éstos. Providencia del 15 de julio de 1970. — Decide que el juez de Menores de Ocaña es el competente para conocer en el juicio que Carmen Rosa Rincón Pérez propuso contra Rufino Vega. — Magistrado Ponente, Doctor Germán Giraldo Zuluaga.</i></p>	41
<p><i>Reivindicación. — Presupuesto procesal de capacidad para ser parte. — Sentencia del 7 de julio de 1970. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio promovido por Aristides Mendoza contra Mardoqueo Vargas. — Magistrado Ponente, Doctor César Gómez Estrada</i></p>	18	<p><i>Marca de fábrica. — El artículo 8º de la Ley 94 de 1931 no es la ley sustancial. — Sentencia del 17 de julio de 1970. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por "Nestlé, S. A." contra Luis y Ricardo Vargas Acosta. — Magistrado Ponente Doctor Germán Giraldo Zuluaga</i></p>	44
<p><i>Filiación natural. — Legitimación en causa pasiva. — La declaración de renta del padre como medio de acreditar la filiación natural. Sentencia del 8 de julio de 1970 No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de María Dolores Santana Silva contra Hernando Hoyos Santana. — Magistrado Ponente, Doctor César Gómez Estrada</i></p>	23	<p><i>Filiación natural. — Inspección ocular. — No es medio hábil para probar el estado civil. Sentencia del 25 de julio de 1970. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá en el juicio de José Gregorio Parra contra Dolores Colorado de Parada. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Cediel Angel</i></p>	49
<p><i>Pacto Compromisorio.—Arbitramento forzoso y convencional. — Sentencia del 9 de julio de 1970. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Antonio Vallejo Mesa contra el Instituto de</i></p>		<p><i>Responsabilidad civil extracontractual. Criterio subjetivo de nuestra legislación.— Sentencia del 28 de julio de 1970. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Raquel Franco de Rodríguez y otros contra "Inmobiliaria de los Andes S. A.". — Magistrado Ponente Doctor César Gómez Estrada</i></p>	54
		<p><i>Resolución de la venta por falta de pago del precio. — Condición resolutoria. — La ac-</i></p>	

	Págs.	Págs.
<i>ción resolutoria por incumplimiento es personal. — Situación jurídica de los causahabientes a título singular. — Legitimación en causa del actor. — Sentencia del 28 de julio de 1970. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio de Antonio Jiménez Gómez y otros frente a Carlos Estrada Escobar y otros. — Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández</i>	60	trado Ponente Doctor Germán Giraldo Zuluaga. 91
<i>Reforma de testamento. — Son litis consortes necesarios todos los herederos y legatarios. — Sentencia del 28 de julio de 1970. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo en el juicio de Isabel Manotas v. de Acuña frente a los herederos de Francisco Acuña Solano. — Magistrado Ponente Doctor Guillermo Ospina Fernández</i>	73	<i>Filiación natural. — Tacha de falsedad, debe ser expresa y clara. — Declaración de paternidad en póliza de seguro. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Vélez en el juicio de María del Carmen Romero contra la sucesión de Maximino Rivera Ojeda. — Magistrado Ponente Doctor Germán Giraldo Zuluaga</i>
<i>Pertenencia. — El artículo 381 no es norma de derecho sustancial. — Sentencia del 30 de julio de 1970. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de José V. Mesa L. contra Manuel J. Logreira y Flor Martínez. — Magistrado Ponente Doctor César Gómez Estrada</i>	78	<i>Competencia. — Es el juez de menores de la residencia de éstos el competente para conocer del juicio de investigación de paternidad. — Providencia del 18 de agosto de 1970. En juicio propuesto por Fabiola Mesías Revelo contra Arturo Guevara Peña-fiel. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Blanco Cabrera.</i>
<i>Filiación natural. — Legitimación en causa. — Su falta no induce a fallo inhibitorio sino a la negación de la pretensión. — Personería adjetiva o legitimatio ad procesum. — Sentencia del 31 de julio de 1970. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Palmira en el juicio de Marlene Silva de Rayo contra Chamorro y otros. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Cediel Angel</i>	81	<i>Permuta. — Rescisión por incumplimiento. — Disposición de bienes sucesorales y de derechos herenciales. — Sentencia del 2 de septiembre de 1970. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá en el juicio promovido por Juan Nepomuceno Garzón Méndez contra Luis Antonio Cárdenas Ramírez. — Magistrado Ponente Doctor Germán Giraldo Zuluaga.</i>
<i>Competencia. — La colisión de competencias no se suscita de oficio. — Providencia del 12 de agosto de 1970. Se abstiene de decidir el conflicto de competencia suscitado entre los Jueces de Menores de Ocaña y Valledupar. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Cediel Angel.....</i>	89	<i>Estado civil de las personas. — Está fuera del comercio, o sea que no puede ser objeto de convenciones privadas. — Desistimiento de la acción. — Sentencia del 4 de septiembre de 1970. — Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio de Lilia Ramírez V. de González frente a la sucesión de Pablo Villegas Botero. — Magistrado Ponente Doctor Guillermo Ospina Fernández.</i>
<i>Reivindicación. — Dominio. — Su prueba cuando se adquirió por remate. — Registro. — Su prueba. — Sentencia del 12 de agosto de 1970. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Pastor H. Flórez contra Faustino y Antonio Rincón. — Magis-</i>		<i>Salvamento de voto del Magistrado Doctor Germán Giraldo Zuluaga</i>
		<i>Cesión de derechos herenciales. — El solo quebranto del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 no sirve de fundamento a un cargo en casación. — Tradición de dominio sobre bienes hereditarios. — Sentencia del 9 de septiembre de 1970. Casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio promovido por Dolores Gaona V. de Torres contra José Domingo García Torres y otros. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Cediel Angel.</i>

Págs.

Págs.

Curador ad-litem. — *El curador ad-litem no puede desisttr, transigir ni confesar.* — Sentencia del 18 de septiembre de 1970. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Palmira en el juicio de José Dernaún Tangarife contra Rubiela Duque de Rivas. — Magistrado Ponente Doctor José María Esguerra Samper. 148

Seguros. — *Carga de la prueba del caso fortuito o del hecho culposo.* — Sentencia del 22 de septiembre de 1970. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Bernarda Jaramillo de Saldarriaga contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A. — Magistrado Ponente Doctor José María Esguerra Samper. 158

Responsabilidad del empresario de aeródromos. — *Presunción de culpa del artículo 63 de la Ley 89 de 1938.* — *Qué se entiende por hechos del servicio aéreo en un aeródromo o aeropuerto.* — Sentencia del 28 de septiembre de 1970. — *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por "Lineas Aéreas del Caribe Ltda. LIDCA" contra la sociedad "Frontino Gold Mines Limited". — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Blanco Cabrera 168

Rescisión por lesión enorme. — *Causal 2ª de casación: incongruencia.* — *Interpretación de la demanda.* — *Las normas sobre lesión en la venta son aplicables a la permuta.* — *Legitimación para demandarla.* — Sentencia del 29 de septiembre de 1970. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Justino Jaramillo contra José Wahánik Bardí. — Magistrado Ponente Doctor Ernesto Cediel Angel. 175

SALA DE CASACION PENAL

Cambio de radicación de los procesos penales. — *Es una medida extraordinaria que excepciona las normas que gobiernan la competencia por razón del territorio en que se ha cometido la infracción. Esta medida está prevista en Colombia solamente para los procesos que conocen los jueces penales y en manera alguna para juicios que ventilen otras autoridades jurisdiccionales, co-*

mo en el caso de la quiebra fraudulenta. — La Corte, mediante auto de 23 de julio de 1970, emitió concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, relativo a la quiebra fraudulenta de "Mercantil del Caribe Limitada" (Caribesa). — Magistrado Ponente Doctor Luis Carlos Pérez. 186

Piratería aérea. — *El artículo 136 del C. P. no contempla como delito el desvío de aeronaves comerciales de su ruta y destinación señaladas en sus itinerarios por medios intimidativos, pero sí configura el delito de secuestro de personas de que trata el artículo 294 del C. P., y constituye un acto, que como ninguno, viola tan gravemente la seguridad de la aeronave y de las personas a bordo, por ello es recomendable que el legislador colombiano legisle sobre la materia, en defensa de la seguridad colectiva, tanto más, cuanto Colombia adhirió a la Convención de Tokio, sobre la seguridad aérea.* Por auto de 27 de julio de 1970, la Corte dirime la colisión negativa de competencias, suscitada entre el Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá y el Comando de la Brigada de Institutos Militares, para conocer del proceso adelantado contra Eduardo Egidio Martínez Rusinque, por el supuesto delito de "piratería aérea", dando el conocimiento del negocio al Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 190

Jurados de conciencia. — *No constituye vicio capaz de generar la nulidad del proceso, el que a un miembro del jurado de conciencia se le denuncie penalmente, pues éste solo hecho no desvirtúa "la notoria honorabilidad de una persona", que es uno de los requisitos que el artículo 494 del C. de P. P., exige a los jurados.* — Por sentencia de 14 de agosto de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia calendarada el 20 de febrero de 1970, del Tribunal Superior de San Gil, por la que se condenó a Luis Eduardo Castillo Pilonieta, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto. 196

- Nulidad del proceso penal por ausencia de defensa.* — La Corte ratifica su doctrina sobre la nulidad de carácter constitucional con base en el artículo 26 de la Constitución, fundada en la "carencia de asistencia técnico-jurídica, real y efectiva" del procesado y la constituye el hecho de designarle como defensor al enjuiciado, a una persona lega en materia o ayuna de conocimientos jurídicos. — Mediante sentencia de 14 de agosto de 1970, la Corte casa la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Cali, de 20 de octubre de 1969, por la que condenó a Jesús Antonio Mejía como responsable del delito de robo, y ordena reponer el procedimiento a partir de las notificaciones de los autos de proceder proferidos en cada uno de los procesos acumulados. — Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 199
- Recurso extraordinario de revisión.* — Por su naturaleza y objetos especiales, no origina una nueva instancia que permita a la Corte el libre exámen del proceso penal. El actor debe expresar la causal o causales en que apoye la impugnación de la sentencia condenatoria y aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con fuerza suficiente para formar la certeza de que probablemente se incurrió en error grave al condenar a quien puede ser inocente. — Por sentencia de 14 de agosto de 1970, la Corte niega la revisión del proceso adelantado contra el doctor Abraham García Cardozo, por el delito de concusión, como Inspector Décimo de Policía de Bogotá, del que conoció el Juzgado Sexto Superior de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 204
- Impedimentos y recusaciones.* — La causal de impedimento consagrada en el ordinal 1º del artículo 73 del C. de P. P., por tener el juez o Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso, debe estar plenamente comprobada en el proceso pues su evaluación no puede quedar al capricho de quien invoca la causal. — Por auto de 14 de agosto de 1970, la Corte declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta, Doctor Luis Felipe Ramón, para conocer del proceso adelantado contra Jesús Sarmiento Orellana por el delito de falsedad en documento público y peculado. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 209
- Explotación de esmeraldas.* — La explotación de esmeraldas de las minas de "Peñas Blancas" por los particulares, es delictuosa por infracción de la norma consagrada en el artículo 10º de la Ley 145 de 1959, por pertenecer estas minas a la reserva nacional. Por sentencia de 19 de agosto de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 19 de septiembre de 1969, por la que se condenó al sargento segundo, Manuel Salvador Arias Hernández, por el delito de explotación clandestina de esmeraldas. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 211
- Competencia.* — La justicia ordinaria conoce del delito de "asociación para delinquir" cometido en el territorio del Departamento del Valle del Cauca, con anterioridad al 9 de octubre de 1969, fecha en que se declaró turbado el orden público en esta sección del país, y la justicia castrense conoce de los delitos de secuestro, extorsión y conexos que se hayan cometido en ese Departamento y se estuvieren investigando cuando entró a regir el decreto 1657 de 1969. — Mediante auto de 19 de agosto de 1970, la Corte dirime el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal de Cali y el Tribunal Superior Militar, para conocer del proceso promovido contra Benito Medina Rengifo, Jafet Cano Otálvaro, Fabio Medina Guzmán y otros, por el delito de "asociación para delinquir", dando el conocimiento al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 218
- Hurto y robo militares.* — Se ratifica la doctrina de la Corte sobre el fuero de los miembros de la Policía Nacional, para ser juzgados por cortes marciales, por delitos que cometan "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo". El delito de hurto o robo milita-

Págs.

Págs.

res, puede ser cometido por particulares y su conocimiento corresponde a la justicia castrense, que además, conoce de los delitos conexos al hurto o robo militar. — Por sentencia de 31 de agosto de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, calendada el 8 de julio de 1969, por la que se condenó a los ex-agentes de la Policía Nacional, Constantino Pedreros Rivera y Héctor Guzmán Guzmán, por los delitos de homicidio y robo militar. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 218

Impedimentos. — Puede manifestarlo el funcionario llamado a iniciar una investigación, aun cuando no se haya dictado el auto cabeza de proceso, si de la investigación preliminar o de la denuncia aparece alguna incriminación contra amigos íntimos o familiares del funcionario a quien corresponde conocer del proceso. — La Corte, por auto de 31 de agosto de 1970, declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor José Luis Abisambra, para conocer del denuncia formulado contra Luis Adolfo Godin Bárcenas, como Juez Municipal de San Andrés de Sotavento, por abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 227

Auditores de guerra. — Son funcionarios de instrucción penal militar en eventos especiales, cuando para ello, son designados por el Ministro de Defensa, pero sin capacidad para decidir en definitiva negocios penales atribuidos a la justicia castrense, no pudiendo por tanto, suscitar conflictos de jurisdicción, pues sólo los funcionarios con competencia para conocer de ellos, pueden hacerlo. — Por auto de 4 de septiembre de 1970, la Corte se declara inhibida para conocer del conflicto positivo de competencias suscitado por el Auditor Principal de Guerra de la Décima Brigada al Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, para conocer del proceso que se adelanta contra Pedro Julio Avila Avila, empleado del Fondo Rotatorio de Ejército, por el delito de violencia carnal. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 229

Nulidad por ausencia de defensa. — En el proceso penal no puede excusarse la ausencia del defensor en la audiencia pública, y en ella debe presentar verbalmente o por escrito, si no se trata de asuntos en que deba intervenir el jurado, sus puntos de vista sobre los hechos materia de la causa, procurando la absolución de su asistido o el reconocimiento de circunstancias atenuantes, según las posibilidades que ofrezca el acervo probatorio, y el juez está dotado de elementos de presión para constreñirlo a presentar alegato de conclusión (Art. 107 del C. de P. P.). La labor del defensor no se limita a posesionarse del cargo y recibir notificaciones. — La Corte, por sentencia de 4 de septiembre de 1970, invalida la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Cúcuta, de 5 de diciembre de 1969, recurrida en casación, por la que se condenó a José Natividad Vega Carrascal, por el delito de peculado, y ordena reponer la actuación a partir de la notificación del auto de proceder. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 231

Abuso de confianza. — Competencia. — La Corte rectifica su anterior jurisprudencia, sobre el momento consumativo de este delito y la competencia para conocer de él. El abuso de confianza se consuma en el lugar donde se verificó la apropiación de la cosa y no en el sitio donde debía hacerse la entrega. Ante la imposibilidad de saber el lugar donde se consumó la apropiación, es competente para conocer del delito, el juez ante quien primero se presentó la denuncia, al tenor del artículo 57 del C. de P. P. — Por auto de 4 de septiembre de 1970, la Corte dirime la colisión de competencias de carácter negativo, suscitada entre el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira y el Cuarto Penal de la misma categoría, de la ciudad de Cali, para conocer del proceso adelantado por un delito contra la propiedad, según denuncia de Manuel Castro Castro, atribuyendo el conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez. 236

Técnica de casación. — Se ratifica la doctrina de la Corte en el sentido de que la casa-

ción no es una tercera instancia. Cuando el recurrente alega el error de hecho o de derecho, éste debe aparecer de modo manifiesto en los autos, sin que sea dable oponer el personal criterio del recurrente sobre la interpretación y alcance de determinada prueba al del fallador, siendo necesario que se demuestre plenamente la falla del juzgador al apreciar y valorar la prueba. — Por sentencia de 4 de septiembre de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín, de 19 de noviembre de 1969, por la que se condenó a Jesús María Campo Rodríguez, por el delito de peculado. — Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 241

Del delito del centinela y del de abandono del puesto. — Se confirma la jurisprudencia de la Corte sobre la diferenciación de estos delitos. Cuando un militar ejecute la acción específica de abandonar el puesto, comete el delito de "abandono del puesto" a que se refiere el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y no el "del centinela" a que alude el artículo 164 del mismo Código. — La Corte, por sentencia de 7 de septiembre de 1970, invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 20 de octubre de 1969, recurrida en casación, por la que se condenó a Diógenes Florentino Copete, como responsable del delito "del centinela", y en su lugar se ordena reponer el procedimiento a partir del auto de 11 de marzo de 1969, inclusive. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 254

Recurso extraordinario de revisión. — No traslada este recurso el proceso a una instancia superior, sino que constituye un medio excepcional de impugnación de las sentencias condenatorias. Las declaraciones recibidas fuera del proceso, deben ser ratificadas o producidas de nuevo con las formalidades legales en el período probatorio del recurso de revisión. — Por sentencia de 9 de septiembre de 1970, la Corte niega la revisión del proceso adelantado en el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta y el Tribunal Superior de la misma ciudad, contra Trino Márquez Yañez por homicidio y

robo. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 258

Impedimentos. — No constituye causal de impedimento el hecho de que el funcionario que revisa la sentencia haya dictado en el sumario el auto de detención y practicado algunas pruebas en el mismo alegando, haberse formado de esa manera un preconcepto, porque el conocimiento de esa prueba, las condiciones de su origen, son circunstancias que vienen a facilitar un mejor conocimiento de ellas y, en consecuencia, a contribuir a su mejor ponderación y precisamente la decisión juzgadora se toma en atención a las pruebas que obran en el informativo. El funcionario debe tener cuidado de no constituir prejuicios de ninguna índole sobre materias a su cargo, así sea para buscar impedimentos artificiales. Por auto de 11 de septiembre de 1970, la Corte declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, doctor Rafael Ignacio Gaitán Pinzón, para conocer de las diligencias adelantadas en contra de José Luis Galvis Arcila por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 263

Recurso extraordinario de revisión. — La sola demanda de revisión sujeta a los requisitos señalados en el artículo 572 del C. de P. P., no basta por sí sola y en regla general, para que la Corte quede ligada al examen del fallo de condena que se reputa injusto, sino que el recurrente, tiene en principio, el deber de sustentar esa clase de impugnación mediante alegato escrito, que debe presentar en la oportunidad correspondiente, y sólo excepcionalmente puede ser eximido del alegato, cuando en la demanda se demuestra con claridad y precisión la causal alegada y con estas se allegan las pruebas pertinentes que no requieran ratificación. — Por sentencia de 11 de septiembre de 1970, la Corte niega la revisión del proceso adelantado en el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín y el Tribunal Superior de Aduanas, contra Jesús Sanjuán Reyes, por el delito de contrabando. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 266

Págs.

Págs.

Delito de contrabando. — Este ilícito no está contemplado como delito militar en el código de la materia y el particular que lo cometa no puede ser juzgado por la justicia castrense. No constituye nulidad de carácter constitucional, la falta de concepto del Ministerio Público sobre el estudio de la revocatoria del auto de detención, por no afectar los intereses de la defensa en las etapas posteriores del juicio. La demanda de casación debe expresar en forma clara y precisa la causal que se invoque, los fundamentos en que se apoya y las normas que se consideren infringidas. Por sentencia de 18 de septiembre de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 5 de diciembre de 1969, por la que se condenó al Sargento 2º de la Policía Nacional, Carlos Julio Mora Zea y al Agente de la Policía, Felipe Rodríguez Jara, por el delito de concusión. — Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 272

Piratería aérea. — Cuando con base en la causal cuarta de casación se hacen varios cargos y en uno de ellos se alega la nulidad del proceso y en otro la nulidad de una actuación, ha de estudiarse con prioridad el cargo que contempla una nulidad más amplia. En los Consejos de Guerra Verbales, en los cuestionarios no se hace una calificación jurídica de los hechos como en el auto de proceder. El Código Penal no contempla el hecho de hacer cambiar el itinerario ordinario de vuelo de un avión comercial y obligar mediante amenazas a la tripulación, a cambiar el rumbo de la nave para llevarla a un lugar diferente al de su destino, como delito de "piratería aérea", pero sí contempla esa actividad como el delito de secuestro de personas, en conexidad con el de robo de uso. En los delitos de robo y de hurto, el "animus lucrandi" va implícito en la sustracción. Hurto de uso y robo de uso. El delito de abuso de uso en la ley penal colombiana. De la contravención de uso de la cosa mueble ajena. — La Corte, mediante sentencia de 18 de septiembre de 1970, invalida la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 15 de octu-

bre de 1969, recurrida en casación, por la que se condenó a Sami Salim Husein Awadallah, Aristides Villalobos Rico y Jairo Enrique Ortiz Acosta, como responsables del supuesto delito de "piratería aérea" y ordena se reponga el procedimiento a partir de la providencia de 28 de marzo de 1968 —inclusive— por la cual se inició el trámite de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 282

Captura y custodia provisional. — La captura no es solamente el acto físico de asir, sino también el acto jurídico de conducir, vigilar y presentar. Los aprehendientes no pueden disponer arbitrariamente del capturado y responder no solo de la seguridad sino de la integridad del aprehendido, hasta entregarlo a la autoridad competente que haya impartido la orden de captura. La aprehensión o captura puede ser efectuada por un solo agente, o por varios, quedando el aprehendido bajo la custodia preventiva de aquel o de todos estos, cuando son varios los agentes que concurren a cumplirla, pero si por razones tácticas estos se dividen y uno de los grupos realiza la captura, al reunirse nuevamente el personal de agentes, todos y cada uno de ellos queda con la responsabilidad de la custodia. Por sentencia de 24 de septiembre de 1970, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 12 de diciembre de 1969, por la que se condenó al agente de la Policía Nacional, Antonio José Enciso Jaramillo por el delito militar de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 302

SALA DE CASACION LABORAL

Comisiones. — Las comisiones constituyen salario, pues a través de ellas se remuneran los servicios prestados por los trabajadores. La Corte por sentencia de julio 3 de 1970, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio de Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán contra la Sociedad denominada Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. Ponente: Abogado Asistente, Doctor José Eduardo Gnecco C. 313

- Págs. Págs.
- Objeto del proceso laboral.* — El proceso laboral se caracteriza por estar enderezado a conseguir la verdad real y el juez está obligado a establecerla y a proferir su decisión con base en ella. La Corte por sentencia de julio 7 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nazario Gómez Pinzón contra la Beneficiencia de Cundinamarca. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 328
- Pensión de jubilación de los aviadores civiles.* — Como se evidencia de todo lo transcrito, el Tribunal armonizó de acuerdo con su criterio, las voces de los artículos 269 y 270 del C. S. T., con los preceptos que el recurrente considera erróneamente interpretados, y de esta concordancia dedujo que no era la empresa demandada la que debía cancelar periódicamente el valor de la pensión jubilatoria, sino la Caja de Auxilios y prestaciones de la ACDAC. La Corte por sentencia de julio 7 de 1970, *casa totalmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Tópaga Marta contra la Empresa "Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA". — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas B. 339
- Libertad de apreciación probatoria.* — En lo atinente a la apreciación de los medios instructorios se tiene que, la valuación de ese material probatorio hecha por el sentenciador de segundo grado, es intocable. La Corte por sentencia de julio 10 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Edilberto Matallana Castro contra la Compañía Colombiana de Grasas Cogra S. A.— Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B. 349
- Reajuste de la pensión extra-legal de jubilación.* — (Artículo 1º de la Ley 77 de 1959). No hace esta regla distinción entre pensiones legales y extralegales, sino que explícitamente se refiere a las "que se hayan causado con anterioridad a la vigencia" de la ley; proposición, la transcrita entre comillas, que claramente comprende todas las causadas antes del 1º de enero de 1960 sin consideración al origen del respectivo derecho. La Corte por sentencia de julio 13 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Pablo Arango Londoño contra el Banco Central Hipotecario. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor José Eduardo Gnecco C. 356
- Empresas y establecimientos públicos descentralizados.* Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública. La Corte por sentencia de julio 14 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio del Doctor David Moreno Escobar contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. — Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 361
- Base para reajustar la pensión de jubilación.* — 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 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. La Corte por sentencia de julio 14 de 1970, *casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rafael Ruiz Correa contra el Departamento de Antioquia.— Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 366
- Salarios variables.* — Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. La Corte por sentencia de julio 21 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Enrique González contra

- la Sociedad Mobil Ami S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Tito Octavio Hernández. 369
- Condena.* — La Corte, por providencia de julio 24 de 1970, concreta la condena en el juicio de Simón Ramírez Ramírez contra la Sociedad "J. Gómez & Cia. Ltda." — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas B. 375
- Indemnización moratoria.* — Siendo la equidad la norma suprema de aplicación de las normas laborales, no puede pasarse inadvertida la desproporción existente entre una condena por prestaciones correspondientes a un mes y siete días de actividad de un trabajador interino y que alcanza a la suma de \$ 403.28, y la relacionada con la indemnización moratoria y que sobrepasa los \$ 50.000.00, especialmente si se tiene en cuenta, que el actor sólo formuló el reclamo gubernativo, casi a los tres años de su retiro del servicio. La Corte por sentencia de julio 30 de 1970, *casa totalmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jairo Almanza Latorre contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social. — Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia. 378
- Apoderado* — La jurisprudencia ha dicho que por apoderado debe entenderse "la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarla en juicio, y no al curador ad-litem". La Corte por sentencia de agosto 5 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Alwin J. Morris contra los señores Bernardo, Israel y Alberto Londoño Marin, en su calidad de herederos exclusivos del señor Israel de J. Londoño. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barríos M. 282
- Salario en especie.* — A falta de convenio entre las partes, el salario en especie puede valorarse por cualquier otro medio probatorio distinto a la prueba pericial, lo que le quita a éste el carácter de solemne. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Héctor E. Mercado contra la Compañía Frutera de Sevilla. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor José Eduardo Gnecco C. 390
- Estipulación del plazo en un contrato de trabajo.* — Si la celebración de un contrato laboral por tiempo menor del de mandato establecido en los estatutos, implica violación de éstos, lo que podría haber sido una responsabilidad del representante de la entidad ante los correspondientes órganos superiores de la misma, pero en ningún caso nulidad de la respectiva cláusula contractual. — La Corte por sentencia de agosto 10 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Cabrera Costain contra la Federación Nacional de Cacaoteros. — Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia. 406
- Agentes colocadores de pólizas de seguros.* — La Corte por sentencia de agosto 17 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ignacio García Sánchez contra la Compañía Colombiana de Seguros S. A., la Compañía Colombiana de Seguros de Vida S. A. y Cédulas Colón de Capitalización S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Crótatas Londoño 416
- Homologación.* — La Corte, por providencia de 20 de agosto de 1970, *homologa* el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio para dirimir el diferendo laboral suscitado entre la Clínica Bogotá S. A. y su Sindicato de Trabajadores, y lo declara *exequible* en todas sus partes. — Magistrado Ponente: Doctor Edmundo Harker Puyana 426
- Hechos nuevos alegados en casación.* — Medio nuevo en casación es aquel que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio y que no puede ser atendido en el recurso extraordinario por la sencilla razón de que ésto equivaldría a modificar la relación jurídica procesal. La Corte por sentencia de agosto 20 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Ramón Zapata Tangari-

- fe contra la Empresa Lotería Colombiana S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Edmundo Harker Puyana 432
- Interés para recurrir.* — La Sala dentro del sistema creado por el Decreto Ley N° 528 de 1964 y la Ley 16 de 1968, artículo 59 y 15 en su orden, ha venido aplicando en forma constante una reiterada jurisprudencia respecto a la cuantía del interés económico para recurrir, cuando es la parte demandante quien interpone el referido recurso, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones del libelo de demanda que se pretende obtener en el juicio y las decisiones del fallo de segunda instancia que se quiere impugnar. La Corte por providencia de 20 de agosto de 1970, *declara bien denegado* el recurso de casación interpuesto por Jorge Muñoz Valbuena contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio seguido contra Avianca. — Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 436
- Contrato de trabajo a término indefinido y a término fijo.* — A partir del Decreto 2351 de 1965, el contrato a término indefinido dura mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, y el de término fijo no puede ser inferior a un año. La Corte por sentencia de agosto 21 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Pedro Iván Arango Meza contra Gases del Caribe S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 439
- Homologación.* — La Corte, por providencia de 21 de agosto de 1970, *homologa* el laudo arbitral pronunciado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el conflicto colectivo suscitado entre la Sociedad Importadora y Distribuidora Automotora S. A. Sidauto S. A. y el Sindicato de sus trabajadores. — Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 442
- Homologación.* — La Corte, por providencia de 21 de agosto de 1970, *homologa* el laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para decidir el conflicto colectivo surgido entre el Banco de la Sabana y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de la Sabana. — Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 445
- Continuada subordinación o dependencia.* — Sólo, quien está obligado a obedecer los mandatos de otro, presenta explicaciones cuando no puede cumplir alguno que se le imparta. La Corte por sentencia de agosto 21 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Soledad Chochi Clavijo contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones. — Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 447
- Capital de la empresa.* — Los medios probatorios para establecer el capital de las empresas o patronos conforme al artículo 195 del C.S. del T., tienen la naturaleza de pruebas solemnes. La Corte por sentencia de 24 de agosto de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Orlando Peña Saumet contra la firma Caputo & Compañía. — Magistrado Ponente: Doctor Cróatas Londoño 455
- Agente vendedor.* — El hecho de que el Agente Vendedor está 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. La Corte por sentencia de agosto 26 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Arquímedes Zamora contra José María Escovar L., representado por Rafael Alberto Escovar C. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 458
- Asociación o cuentas en participación.* — Este tipo de contrato no puede tener lugar sino entre comerciantes, según doctrina constante de la Corte, como secuela lógica de las normas mercantiles que regulan la materia, es decir los artículos 629 y 632 del Código de Comercio. La Corte por sentencia de septiembre 1° de 1970, *casa parcialmente* la

Págo.

Págo.

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Noé Niño Millán contra Octavio Núñez Navas.— Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B. 466

Empleado público. — El hecho de que exista un nombramiento; que ante el Presidente de una Junta Directiva se haya tomado posesión del cargo y que para ello se hubieran cumplido algunos requisitos tales como presentar certificado de paz y salvo y adherir estampillas de timbre nacional, etc., no es forzosamente indicativo de la calidad de empleado público del mismo, mientras no se establezca que las funciones del cargo le imprimen ese carácter. La Corte por sentencia de septiembre 5 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Aquiles Peñuela Roza contra la Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpals". — Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 477

Indemnización moratoria en el caso de los servidores oficiales. — La Corte, por providencia de 11 de septiembre de 1970, y de acuerdo con lo ordenado el 15 de junio de 1970, *revoca* la sentencia dictada por el Juzgado 5º Laboral de Bogotá y en su lugar condena al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el juicio que le adelantó José Joaquín Pérez Monsalve. — Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 487

Lugar donde se haya de prestar el servicio. — Es cierto que la estipulación contractual permite exigir al trabajador el servicio contratado en cualquier lugar del país o aún del exterior. La Corte por sentencia de septiembre 14 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ana Isabel Sánchez Navarrete contra la Empresa Almacenes Tía Ltda. — Magistrado Ponente: Doctor Crótatas Londoño 488

Reajuste de la pensión de jubilación. — A pesar de que la lectura de los artículos 4º y 5º de la Ley 4ª de 1966, pudiera indicar, cuando ella entró a regir, que existiera alguna

diferencia entre las dos situaciones que ellas prevén, tal regulación distinta, carece hoy de base legal, por cuanto la Ley 5ª de 1969, interpretó por autoridad en su artículo 2º, el 5º de la primera citada. La Corte por sentencia de septiembre 14 de 1970, *casa totalmente* la proferida por el Tri-Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Luis Alfonso Vanegas Sánchez contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar ... 495

Autonomía de la voluntad, al celebrarse el contrato de trabajo. — La Corte por sentencia de septiembre 15 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Gustavo Faudel Lizarralde contra la Sociedad Colectiva de Comercio Rubén Avivi y Compañía y a Rubén Avivi Litvinova y Leonardo Kaplan. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Tito Octavio Hernández 500

Testigos y peritos. — Es bien sabido que la misión del testigo en las actuaciones judiciales consiste en narrar los hechos que personalmente ha percibido, mientras que la función del perito es la de conceptuar sobre esos mismos hechos. La Corte por sentencia de septiembre 22 de 1970, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Luis Alberto García contra la Sociedad de Pedro Felipe Lara e Hijos Ltda. y al doctor Alfonso Lara Hernández. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barrios M. 508

Servicio de vigilancia. — La Corte por sentencia de septiembre 26 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Carlos Torres Prieto contra la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barrios M. 520

Reajuste de la pensión de jubilación. — La Corte por sentencia de septiembre 26 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Atlántico en el juicio de Efraín del Toro Rojas contra la Fábrica de Licores del Atlántico. — Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 525

Págs.

Págs.

Sustitución patronal. — La Corte por sentencia de 28 de septiembre de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José Gabriel de la Peña Blanco contra Laboratorios Picott de Colombia S. A.— Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 529

Consulta. — El grado de jurisdicción que se llama "consulta", establecido por el artículo 69 del C. P. L. en favor de la Nación, del Departamento o del Municipio, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a ellos, y en favor de los trabajadores cuando les fueren totalmente perjudiciales, se ha instituido en interés de la ley y no del litigante, resultando ser una verdadera apelación que permite al superior la revisión plena del proceso. La Corte por

sentencia de septiembre 29 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Luis Rocha contra el Departamento del Magdalena y la Junta Urbanizadora de "El Rodadero".— Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas Bueno 534

Prescripción. — El inevitable tránsito del tiempo va creando en unos un derecho, como en la prescripción adquisitiva, y en otros una excepción como en la extintiva. La Corte por sentencia de septiembre 30 de 1970, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Ramírez Preciado contra la Sociedad Martínez Cárdenas & Cía. Ltda. y otro. — Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas Bueno 540

FE DE ERRATAS

PAGINA	COLUMNA	REGLON	DICE	DEBE DECIRSE
14	2ª	49	aquem	ad-quem
18	1ª	15	sucesión	sucesión
30	2ª	41	declración	declaración
30	2ª	49	1958	1957
34	2ª	4	pudieran	pudiera
37	2ª	18	obligada	obligaba
42	1ª	15	adelantarse	adelantarse
49	1ª	33	petendi y	petendi afirma
57	2ª	14	combina	combinada
58	2ª	41	demanda	demandada
60	Título		RESOLUSION	RESOLUCION
60	2ª	29	demandante	demandado
69	1ª	1	congrente	congruente
70	2ª	35	conescuencia	consecuencia
73	1ª	23	herederos	herederos
73	1ª	35	Cicuito	Circuito
91	1ª	12	demandada	demandante
113	2ª	21	55	555
115	1ª	40	junto	justo
116	2ª	30	coasignatarios	coasignatarios
117	2ª	31	al	el
121	2ª	17	crea	cree
121	2ª	42	si no solo	si solo
125	1ª	39	predominante	predominantemente
125	2ª	2	está	esté
129	1ª	44	actos	autos
131	2ª	9	concepto	precepto
133	2ª	16	al	el
144	2ª	5	por tratarse	por no tratarse
154	2ª	29	irrefutable	irrefragable
160	2ª	20	sospechó	cooperó
165	2ª	8	beneficiario	beneficiario
182	2ª	12	edificio	edificio
188	2ª	38	o sea de	o sea que de
192	1ª	34	atentando	atentado
192	1ª	38	exigencia	existencia
194	2ª	40	abdicación	abducción
238	1ª	18	de ser	de hacer
313	2ª	33	representantes	representantes
324	2ª	31	de	del
324	2ª	33	ésta	éste
324	2ª	38	y por	y que por
327	1ª	11	procedan	proceda
333	2ª	20	justificado	justificativo
341	2ª	14	promedia	promedio

356	ACAPITE	3	que que explicitamente	que explicitamente
362	1ª	25	partinentes	pertinentes
370	2ª	37	Socedad	Sociedad
400	2ª	34	o no los 20 a los de	o no los 20 de servicios
406	1ª	20	y la	y de la
426	ACAPITE	3	Obligatorio, para	Obligatorio, convocado para
428	2ª	7	puede	pueden
465	2ª	9	outoridad	autoridad
488	2ª	5	Loboral	Laboral
508	ACAPITE	4	conceptua	conceptuar
557	2ª	5	el	del
557	2ª	30	legislación	legislación
560	1ª	22	objetos	objeto
561	1ª	49	de Ejército	del Ejército
562	2ª	7	mismo alegando	mismo, alegando

Publicaciones
del
Fondo Rotatorio Judicial.

*Esta obra se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 1972, en los
Talleres Gráficos de la Penitenciaría
Central de Colombia.*

