REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXLVI

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1976

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ

RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA

RELATOR SALA PENAL: Dr. JAIME BERNAL CUELLAR

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. RODOLFO MORA MORA

TOMO CXLVI — Bogotá - Colombia — Enero a Junio de 1973 — Números 2366 a 2371

SALA PLENA

REGLAMENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO NUMERO 2 DE 1972
(diciembre 14)

por el cual se dicta el reglamento de la corporación.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 6º del Decreto 1265 de 1970,

A C U E R D A :

Adóptase el siguiente reglamento para la corporación:

CAPITULO I

De la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 1º La reunión de los Magistrados que componen las Salas de Casación y la Sala Constitucional, forma la Sala Plena de la Corte Supre-

ma de Justicia. Las sesiones serán ordinarias, y se efectuarán los jueves de cada semana, y extraordinarias. La convocación para estas últimas la hará el Presidente por su iniciativa o a instancia del Vicepresidente, o por éste en ausencia del primero, o cuando lo pidan tres o más Magistrados, siempre que, en este caso, indiquen el objeto de la sesión. (Arts. 27 y ss.; C. N., Art. 147; D. 1265/70, Art. 5º).

Esta convocación se hará por escrito en el que se mencionará lugar, fecha, hora y objeto de la sesión. En caso de urgencia, la citación podrá ser verbal, de lo que se dejará testimonio en el acta. (Arts. 5º y 28).

No serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido debidamente convocados los Magistrados.

Artículo 2º Constituye quórum para sesionar la presencia de la mayoría absoluta de los Magistrados. Para decidir se requerirá el voto del número mínimo fijado por la ley o por este reglamento, según el caso. (Art. 37, regla 5ª).

Artículo 3º Las sesiones de la Corte Plena serán presididas por el Presidente y, en su defecto, por el Vicepresidente. A falta de éstos, por el Magistrado a quien corresponda según el orden alfabético de apellidos. (Arts. 15-a y 16; D. 1265/70, Arts. 3º y 13 segundo inciso).

Artículo 4º Compete a la Corte Plena:

a) Elegir dignatarios en el mes de enero y por un año. (Arts. 43 y ss.; D. 1265/70, Art. 3º);

b) Dar posesión al Presidente de la República o a quien haga sus veces conforme a los artículos 117 y concordantes de la Constitución Nacional;

c) Recibir el aviso del Presidente de la República sobre su retiro temporal del empleo, en el caso señalado por el artículo 123 de la Constitución;

d) Elegir Magistrados para llenar vacantes en su seno. (Arts. 43 y ss.; Plebiscito/57, Art. 12);

e) Elegir los empleados de la Corte, excepto los auxiliares de los Magistrados y aquellos cuyo nombramiento corresponda a otra Sala. (Arts. 43 y ss.; D. 1265/70, Arts. 6º y 13 final);

f) Elegir los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y del Tribunal Superior de Aduanas. (Arts. 43 y ss.; C. N. Arts. 155 y 156; D. 250/70, Arts. 71 y 72);

g) Adoptar, interpretar y modificar el reglamento. (Art. 57; D. 1265/70, Art. 6º, Ord. 2º);

h) Investigar las infracciones a la ley o al reglamento, cuyo conocimiento le corresponda, para lo cual podrá designar una comisión de su seno y, si lo estima conveniente, solicitar la cooperación de la Procuraduría General de la Nación. (C. N., Art. 143);

i) Imponer las sanciones que le competan de acuerdo con la ley o el reglamento. (D. 250/70, Arts. 107 y 112; L. 15/72, Art. 2º);

j) Resolver sobre las proposiciones que se sometan a su consideración. (Art. 51);

k) Elegir los auxiliares de la justicia de que trata el Decreto número 2265 de 1969. (D. 1265/70, Art. 12; C. P. C., Art. 9º 1); y

l) Las demás que la ley le atribuya.

Artículo 5º Las reuniones de la Corte Plena se harán en el lugar de su sede oficial de la capital de la República. Por razones de seguridad o

de conveniencia podrán celebrarse en otro sitio de la ciudad o del territorio nacional que señale el Presidente de la Corte o que acuerde la mayoría de sus miembros. (D. 1265/70, Art. 2º).

Artículo 6º La inasistencia de los Magistrados a las sesiones y su retiro de ellas antes de que el Presidente las dé por terminadas, no serán excusables sino por justa causa. (Art. 34).

Artículo 7º Un Magistrado puede ser trasladado de una Sala a otra a petición suya, con la aprobación de la mayoría absoluta de los Magistrados que componen la Corte Plena. (C. N., Art. 214 sexto inciso; D. 432/69, Art. 1º).

CAPITULO II

De la Sala de Gobierno.

Artículo 8º Estará integrada por el Presidente de la Corte, el Vicepresidente de la misma y los Presidentes de las Salas. La presidirá el Presidente de la Corte, o quien haga sus veces. (Art. 39; D. 1265/70, Art. 3º inciso final).

Artículo 9º Son atribuciones y deberes de la Sala:

a) Ocuparse de los asuntos administrativos de la Corte y darles, o proponer a la Corte Plena, las soluciones pertinentes;

b) Cumplir las comisiones que le confiera la Corte Plena;

c) Conceder licencias a los Magistrados de la Corte y de los Tribunales, y a los empleados que hayan sido elegidos por la Corte Plena, (Art. 4º letras e) y f); y

d) Las demás que le señalen las leyes. (Art. 15 - h.).

CAPITULO III

De las Salas de Casación.

Artículo 10. Son atribuciones y deberes de las Salas:

a) Adoptar las reglas para el reparto de los negocios de su competencia. (D. 1265/70, Arts. 8º, 19 y 20; D. 432/69, Art. 6º);

b) Elegir en el mes de enero de cada año, por mayoría de votos y para períodos anuales, un Presidente y un Vicepresidente. (Arts. 43 y ss., D. 1265/70, Art. 3º);

c) Vigilar la sustanciación de los procesos y estudiar los proyectos de decisión que, en los negocios de su competencia, prepare el Magistrado correspondiente;

d) Despachar oportunamente los negocios que les están encomendados;

e) Reunirse al menos una vez por semana para deliberar y decidir sobre los asuntos de su competencia y dejar en las actas respectivas las constancias exigidas por la ley. (Arts. 27 y 28; D. 1265/70, Art. 5º; L. 16/68, Art. 30, Ord. 4º);

f) Decidir por mayoría de votos, previa deliberación, sobre los proyectos presentados a su consideración por los Magistrados sustanciadores. (Art. 37; D. 1265/70, Art. 11 tercer inciso);

g) Elegir en el mes de enero, y para períodos de un año, los Conjueces correspondientes, en número igual al doble de los Magistrados que las integran. (D. 1265/70, Art. 16; D. 439/69, Arts. 3º-3 y 5º);

h) Elegir, en la oportunidad legal y para el respectivo período, los auxiliares y colaboradores de la justicia que a cada una competa. (D. 2265/69, Arts. 3º y 6º).

Parágrafo. El Presidente de la Sala de Casación Laboral remitirá al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la lista de árbitros en la forma que determina el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968;

i) Elegir, por mayoría de votos, los empleados que les correspondan, concederles licencias y removerlos de acuerdo con la ley. Los permisos para los mismos empleados los concederá o denegará el Presidente o quien haga sus veces. (Arts. 43 y ss.; D. 250/70, Arts. 26 y ss.; D. 1265/70, Art. 13 final; Ley 15/72, Art. 2º); y

j) Las demás que les señale la ley.

Artículo 11. Los Magistrados de las distintas Salas podrán ser invitados a las deliberaciones de otra para ser oídos sobre determinados temas, sin derecho a voto y cuando así lo acuerde la Sala. También podrán solicitar oficialmente a cualquiera autoridad o entidad oficial, las informaciones y documentos que estimen necesarios para la preparación de las ponencias o estudios que deben elaborar. (C. N., Art. 55 final; D. 432/69, Art. 7º).

CAPITULO IV

De la Sala Constitucional.

Artículo 12. Son atribuciones y deberes de la Sala Constitucional, (D. 432/69; C. N., Art. 214 sexto inciso):

a) Las señaladas en las letras a), b), c), d), e), f), g), i) y j) del artículo 10 de este reglamento;

b) Velar, por conducto del Presidente, porque el Magistrado respectivo presente por escrito el estudio que le corresponda sobre asuntos de carácter constitucional cuando no haya ponencia mayoritaria sobre ellos. (D. 432/69, Art. 3º);

c) Registrar, por conducto del Presidente, en la Secretaría General de la Corte, las ponencias adoptadas. Cuando haya varios estudios, su registro se hará en la misma fecha. (D. 432/69, Art. 9º).

CAPITULO V

De los Presidentes de Sala.

Artículo 13. Corresponde a los Presidentes de Sala o a quien haga sus veces, (Art. 16):

a) Convocar las reuniones, hacer el reparto y dirigir las deliberaciones de la Sala, (Arts. 1º final, 33, 35 y 37; D. 1265/70, Art. 8º);

b) Convocar a las reuniones de la Sala por conducto del Secretario, (Art. 18 - d);

c) Conceder o denegar permisos a los empleados de la Sala. [Art. 10, letra i), D. 250/70, Art. 26];

d) Velar por la buena marcha administrativa de la Sala y por conducto del Secretario, o directamente si así lo estima, por el cumplimiento y buena conducta de los subalternos. [Arts. 18 - i) y 19];

e) Tomar, respecto de los subalternos de la Sala, las medidas disciplinarias que sean conducentes cuando legalmente les competan, o solici-

tar su aplicación a la Sala o al Presidente de la Corte, o a la Corte Plena, según el caso. (D. 250/70, Art. 112; Ley 15/72, Art. 2º);

f) Dar posesión a los Conjueces y colaboradores de la justicia. (D. 1265/70, Arts. 12 y 16 - 4º);

g) Asistir puntualmente a las deliberaciones de la Sala de Gobierno. (Arts. 8º y 9º);

h) Servir de órgano de comunicación con el Presidente de la Corte, con la Corte Plena y con las demás Salas de la Corte. (Art. 18 - e); e

i) Las demás que les señale la ley. (Arts. 22 y 25 parágrafo; D. 250/70, Art. 123; D. 1265/70, Art. 8º).

CAPITULO VI

Del Presidente y del Vicepresidente de la Corte.

Artículo 14. El Presidente tendrá la representación oficial y social de la Corte. (D. 1265/70, Art. 8º).

Artículo 15. Corresponde al Presidente:

a) Presidir las sesiones de la Sala Plena, señalar el orden en que deben considerarse los asuntos y dirigir los debates de acuerdo con el reglamento. (Arts. 30, 33, 34 y ss.);

b) Convocar a sesiones a la Corte. (Art. 1º);

c) Repartir y hacer sustanciar los asuntos administrativos que entren a la Secretaría General y sean de competencia de la Corte Plena. (Arts. 4º y 18 - c);

d) Cuidar de que los Magistrados, el Secretario General y los demás empleados que dependan de la Corte Plena, desempeñen cumplidamente sus funciones; amonestar a los que se muestren remisos a ello y poner en conocimiento de la Corte, de oficio o a petición de algún Magistrado, las faltas de los subalternos, cuando considere que necesitan otro correctivo disciplinario. (Art. 19);

e) Conceder permiso a los Magistrados hasta por cinco días en un mes, siempre que con ello no se retarde la marcha de los asuntos. (D. 250/70, Art. 25);

f) Conceder licencia a los empleados que dependan de la Corte Plena y dar cuenta a ésta para que proceda al nombramiento de interinos, cuando haya lugar. (D. 250/70, Art. 27);

g) Servir a la Corte de órgano de comunicación. [Arts. 14 y 18 - e); D. 1265/70, Art. 8º];

h) Rendir a la Corte informe sobre las actividades de la Sala de Gobierno (Art. 9º);

i) Repartir los negocios disciplinarios. (D. 250/70, Art. 117); y

j) Designar las comisiones para rendir informes o cumplir tareas especiales que ordene la corporación. (Art. 4º letra h).

Artículo 16. En ausencia del Presidente, el Vicepresidente tendrá las mismas atribuciones. (Arts. 14, 15 y 17; D. 1265/70, Art. 3º).

Artículo 17. Cuando el Presidente tome parte en las discusiones de la Sala, la sesión la presidirá el Vicepresidente, y, en defecto de éste, el Magistrado a quien corresponda por orden alfabético de apellidos. (D. 1265/70, Art. 3º).

CAPITULO VII

De los Secretarios y los subalternos.

Artículo 18. Son funciones de los Secretarios, además de las que señale la ley, que ejercerán conforme a instrucciones del Presidente de la Corte o de los Presidentes de Sala, (D. 1265/70, Art. 14):

a) Efectuar con el Presidente el reparto de los negocios de la Sala. (Art. 13 - a);

b) Redactar las actas de las sesiones. (Ley 16/68, Art. 30, Ord. 4º);

c) Dar cuenta oportuna al Presidente de los negocios que entran a la Secretaría. (Art. 15 - c);

d) Citar a los Magistrados y Conjueces para las sesiones cuando se lo ordene el Presidente. (Art. 13 - b);

e) Servir de órgano de comunicación a la Corte y a la Sala en los casos en que no lo sea el Presidente, y redactar la correspondencia y los documentos que éste le ordene. (Arts. 13 - h y 15 - g);

f) Llevar los libros correspondientes y procurar que los asientos se hagan en la debida oportunidad, con esmero y pulcritud;

g) Mantener en perfecto arreglo el archivo de la oficina. (D. 1265/70, Art. 14 - 6º);

h) Distribuir el trabajo de la Secretaría entre los empleados de la misma; e

i) Cumplir y hacer cumplir de los subalternos las órdenes que se reciban de la Corte, del Presidente o de los Magistrados. (Arts. 13 - d y 36).

Artículo 19. Los Secretarios amonestarán verbalmente a los empleados subalternos por las faltas de asistencia a la oficina e informarán al Presidente, a fin de que se tomen las medidas que se consideren convenientes. Así mismo darán cuenta al Presidente de las faltas de otra índole con el objeto de que se aplique la debida sanción. (Arts. 13 - d; 15 - d y 52; D. 250/70, Art. 127; D. 1265/70, Art. 15).

CAPITULO VIII

De los Auxiliares.

Artículo 20. Los Auxiliares de los Magistrados son empleados cuyo nombramiento y remoción corresponde a cada uno de ellos.

Artículo 21. Son deberes de los Auxiliares:

a) Concurrir puntualmente al Despacho. (Arts. 19 y 52);

b) Poner en limpio en la forma definitiva que determine el Magistrado respectivo, las sentencias, autos e informes;

c) Llevar al día el libro de movimiento de los negocios repartidos al Magistrado, expresando oportunamente las fechas de entrada, de sustanciación y en que salen o son despachados;

d) Formar mensualmente el cuadro o resumen del movimiento y estado de los negocios en la oficina;

e) Formar y ordenar el archivo del Despacho del Magistrado y llevar inventario de los muebles, libros y útiles del mismo, todo lo cual estará bajo su custodia, y

f) Los demás que les señale el Magistrado correspondiente.

CAPITULO IX

De la Sección de Relatoría e Información.

Artículo 22. Esta Sección estará dirigida por el Relator de la Sala Civil con la colaboración de los demás Relatores de la Corte y se compondrá de la Relatoría, la Biblioteca y el Archivo General. Los Presidentes de la Corte y de Sala podrán intervenir en ella cuando lo estimen conveniente. (Arts. 13 y 15).

Artículo 23. La Sección estará al servicio de los Magistrados, de sus empleados y del público. Los libros y documentos sólo podrán consultarse dentro de las oficinas de la Corte, pero los Magistrados podrán retirarlos, siempre que dejen recibo firmado por ellos o por el respectivo Auxiliar. El recibo se cancelará cuando el libro o el documento sean devueltos.

Artículo 24. Se hará tarjeta con el resumen del contenido, según clasificación por materias y fechas, de todos los documentos y libros de la Sección. Cuando se disponga de computador electrónico, estas tarjetas se procesarán según el método correspondiente.

Artículo 25. Son deberes de la Sección que cumplirá el Relator de cada Sala:

1º Clasificar las providencias y demás actos en dos grupos, así:

a) Providencias y conceptos para publicar en la **Gaceta Judicial** (aquellos que contienen temas nuevos, mejor desarrollados o cambien la jurisprudencia), y

b) Providencias y otros documentos que, titulados, se conservarán en libros de la Relatoría.

2º Titular y extractar, con la aprobación del ponente, las providencias judiciales y los informes de comisión.

3º Publicar mensualmente extractos de jurisprudencia destinados a los Magistrados de la Corte y de los Tribunales Superiores.

4º Elaborar y publicar lista contentiva de las disposiciones declaradas exequibles o inexequibles.

5º Elaborar índices de la Gaceta Judicial, así:

a) Analítico, por artículos y alfabético de materias del respectivo tomo; y

b) General de cada tomo;

6º Elaborar anualmente índice alfabético de materias de que trata el punto a) del numeral 1º, para facilitar la información de los Magistrados y del público.

7º Elaborar índices mensuales de las providencias de que trata el punto b) del numeral 1º, con finalidad semejante a la del numeral anterior.

8º Preparar la publicación de la **Gaceta Judicial.**

9º Mantener al día información sobre vigencia de leyes y decretos.

Parágrafo. Las funciones a que se refiere este artículo serán supervigiladas por el Presidente de la respectiva Sala, cuando lo estime conveniente.

Artículo 26. Los abogados auxiliares que tenga la Corte cumplirán sus funciones bajo la vigilancia de los Presidentes de la Corte y de la Sala res-

pectiva. Son funciones de los abogados asistentes, llevar el registro de la legislación, clasificarla, anotar las concordancias y prestar los servicios de documentación que requieran los trabajos de los Magistrados de la Corte y las demás que les señalen la ley y el reglamento. (D. 529/71).

CAPITULO X

De las sesiones.

Artículo 27. Las reglas de este capítulo se aplicarán tanto a las sesiones de la Corte Plena como a las de cada una de las Salas. (Arts. 1º y 10 - e).

Artículo 28. Las sesiones plenarias requieren convocación según las reglas del artículo 1º. Para las ordinarias de las otras Salas podrán convenirse el día o días del mes en que hayan de celebrarse. En todo caso, el Secretario las recordará oportunamente a los Magistrados. (Arts. 1º y 10 - e y f).

I - Del Orden del Día.

Artículo 29. Entiéndese por orden del día la serie de los negocios que se someten en cada sesión al conocimiento y discusión de la Corte Plena y de las Salas.

Artículo 30. El orden del día de la Sala Plena será fijado por el Presidente de la Corte en coordinación con el Presidente de la Sala Constitucional, observando las siguientes reglas:

1ª Figurarán en él, en primer lugar, la lectura del acta de la sesión anterior; luego, los asuntos administrativos que por su importancia deban ser conocidos o decididos por la Corte, y enseguida la elección de funcionarios para la cual se hubiere convocado con la antelación señalada en este reglamento. (Arts. 43 y ss.).

2ª Vendrán luego los asuntos procedentes de la Sala Constitucional, dando entre éstos prelación a los relacionados con las objeciones del Gobierno a proyectos de ley, a los artículos 121 y 122 de la Constitución y después a los negocios constitucionales ordinarios. (D. 432/69, Arts. 11, 13 y 16).

3ª Se incluirán en seguida los informes de comisiones especiales designadas por el Presidente, (Art. 15 - j) y

4ª Lo que propongan los Magistrados.

Artículo 31. Cuando en una sesión no se hubiere agotado el orden del día señalado para ella, en el de la siguiente, después de la consideración del acta de la anterior y de los asuntos administrativos urgentes, figurarán en primer término los negocios que quedaron pendientes.

Artículo 32. El orden del día no podrá ser alterado sino por proposición que reciba el voto de las dos terceras partes de los Magistrados asistentes. Decidido el punto objeto de la alteración, se volverá al orden primitivo. (Art. 33).

Artículo 33. El orden del día de las Salas de Casación y Constitucional será elaborado por el respectivo Presidente con la colaboración del Secretario y en su desarrollo se aplicarán, en lo pertinente, las reglas del artículo anterior.

Artículo 34. Se abrirá la sesión tan pronto como haya quórum. Leído el orden del día, se considerará el acta de la sesión anterior. Las sesiones no se prolongarán más de cuatro horas, salvo caso de urgencia. (Arts. 2º y 6º).

Artículo 35. En las deliberaciones el Presidente concederá la mayor amplitud a quienes deseen intervenir. Empero, si fuere indispensable por razones de evidente urgencia, el número de intervenciones podrá limitarse a dos para cada Magistrado y a veinte minutos cada una.

Artículo 36. El texto de los proyectos de providencias judiciales de la Sala Plena o de informes especiales de comisión, se entregará a cada uno de los Magistrados antes de la sesión. Esta tarea corresponde al Secretario, a quien el ponente entregará un ejemplar para que con máquina multicopiadora se obtengan los demás.

Artículo 37. El estudio en Sala se sujetará a las siguientes reglas:

1ª El autor del proyecto por discutirse lo leerá y, si lo desea, hará además explicación oral de su contenido doctrinario.

2ª Si hubiere varios estudios o informes, se dará lectura a ellos comenzando por el del Magistrado sustanciador y continuando con el que le siguiere. Si fueren más de dos, se seguirá el orden alfabético de apellidos de los demás autores.

3ª Los comentadores expondrán oralmente o leerán las razones de su opinión.

4ª El Presidente concederá la palabra por turno riguroso a quienes deseen presentar sus observaciones. (Art. 17).

Se entenderá agotado el debate cuando, oídos los que quisieron intervenir, y anunciado por el Presidente que va a cerrarse la discusión, ningún Magistrado pida la palabra para continuarla. Entonces el Presidente la declarará cerrada.

5ª Terminado el debate, se hará la votación, primero sobre la parte resolutiva y después sobre la motiva, o sobre las conclusiones del informe.

La parte resolutiva requerirá para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los Magistrados. La parte motiva se podrá aprobar por mayoría relativa. Para aprobar los informes de comisión se requerirá también la mayoría absoluta. (D. 1265/70, Art. 11 tercer inciso).

6ª Cuando en materia constitucional haya varios estudios en discusión, cerrada ésta se votará en primer lugar el del ponente y si fuere negado se abrirá la votación sobre el o los que le siguen, en el orden indicado en el ordinal 2º. (D. 432/69, Arts. 8º y 31).

7ª Si se pide en reunión plenaria o de Sala que se decida sobre la suficiente ilustración, así se hará, salvo que alguno solicite plazo para estudiar el asunto con más amplitud, caso en el cual la Sala podrá concederle uno prudencial, si así lo permite el término legal para decidir.

8ª Cuando el proyecto o estudio obtenga la mayoría legal de los votos de los Magistrados que componen la Sala, a cada uno de los demás se concederá plazo de dos días para que redacte y firme su salvamento. (D. 1265/70, Art. 11).

Si el proyecto principal no obtiene en la respectiva Sala ese mínimo de votos, el negocio pasará al Magistrado que corresponda para que redacte el nuevo proyecto en el que se expongan las tesis de la mayoría: Este último será sometido oportunamente a votación. A cada uno de los disiden-

tes se concederá plazo de dos días para que redacte y firme sus salvamentos. (D. 1265/70, Art. 11).

9ª Si en las decisiones de carácter constitucional, la ponencia o los estudios presentados no obtuvieren la mayoría requerida, se pasará el negocio a un Magistrado de la mayoría sorteado allí mismo por el Presidente, para que redacte el proyecto que contenga las tesis de ella. Si la Corte acoge la tesis del Magistrado disidente de la Sala Constitucional, lo encargará de la ponencia. (D. 432/69, Art. 10).

En caso de empate en la votación de una ponencia de esta clase, se someterá a una nueva en la misma sesión, o en la siguiente, a juicio del Presidente de la Corte, y según la urgencia. Si persistiere el empate, se procederá de inmediato por el Presidente al sorteo de un Conjuez para que lo dirima, comenzando por los de la Sala Constitucional, y se citará allí mismo a una nueva sesión para continuar la votación con dicho Conjuez.

El plazo para esta sesión lo determinará el Presidente, atendiendo a que el Conjuez se informe debidamente del caso y a la urgencia del mismo. (D. 432/69, Art. 5º).

Tomada la decisión, se firmará por los Magistrados y el Conjuez, y los disidentes tendrán, cada uno, un término de dos días para depositar sus salvamentos. (D. 1265/70, Art. 11).

10. Cuando las discrepancias no se refieran al fondo sino a la forma, también podrán expresarse por escrito los motivos de la salvedad dentro de un plazo de dos días, para cada discrepante, con el fin de que se agreguen al texto de la decisión principal.

Artículo 38. Si para dar su voto algún Magistrado estima necesario el examen del expediente, se suspenderá la discusión y se le entregarán éste y el proyecto de providencia, con plazo no menor de dos días ni mayor de ocho. En los negocios constitucionales, y en caso de urgencia, el término puede ser menor a juicio del Presidente.

Artículo 39. Los Ministros del Despacho y los Jefes de Departamento Administrativo pueden acudir a las sesiones de la Sala de Gobierno, cuando se trate de algunos asuntos administrativos, previa solicitud dirigida al Presidente y acogida por éste. (Arts. 8º y 9º).

Artículo 40. Las deliberaciones de las Salas serán reservadas. Se efectuarán a puerta cerrada con la sola asistencia de los Magistrados y del Secretario respectivo. Sin embargo, la Sala, por mayoría de votos, podrá determinar que se oiga a un funcionario o empleado judicial o que el Secretario no se halle presente en ciertas deliberaciones. La divulgación del sentido de los proyectos o de las providencias que se tomen en Sala antes de que éstos sean firmados por todos los Magistrados, constituye falta grave sancionable con arreglo a la ley. (D. 432/69, Art. 32).

Artículo 41. Las votaciones serán nominales solamente cuando lo solicite algún Magistrado; cuando se trate de hacer elecciones siempre serán secretas. (Arts. 43 y ss.). Abierta una votación de cualquier clase, los Magistrados no podrán abandonar el salón de sesiones [1].

1 del de Mayo 73

[1] Acuerdo número 17 por el cual se adiciona el reglamento de la Corte Suprema de Justicia. (Art. 1º). Arrieta M.L. Corte Suprema de Justicia, pág. 53

Artículo 42. De lo acontecido en la sesión se dejará resumen en el acta y de las exposiciones de los Magistrados se hará otro tanto, si éstos lo exigen y lo presentan a la Secretaría dentro de los tres días siguientes. (L. 16/68, Art. 30 Ord. 4º).

CAPITULO XI

De las elecciones.

Artículo 43. Toda elección en propiedad o en interinidad, requerirá señalamiento de fecha con no menos de tres (3) días de anticipación.

Cuando la elección sea en interinidad y además la provisión del cargo sea de carácter urgente, podrá omitirse la citación previa [2].

Artículo 44. Toda elección se hará por voto secreto. (Art. 41).

Artículo 45. Si la Constitución o la ley no señalan el mínimo de votos necesarios para elegir, éste será el de mayoría absoluta de los miembros que componen la Corte.

Artículo 46. Antes de abrir la votación, el Presidente propondrá que se delibere sobre los candidatos y concluida la deliberación, designará dos Magistrados escrutadores.

Artículo 47. Cada voto sólo contendrá el nombre del candidato que el elector acoja. Toda adición se tendrá por no escrita.

Artículo 48. El voto es obligatorio pero podrá votarse en blanco. Este no se agregará a ningún candidato.

Parágrafo. Cuando al votarse no se obtenga la mayoría requerida, la votación se repetirá; pero si hubieren sido más de dos los candidatos, ésta se contraerá a los dos que hubieren obtenido el mayor número de votos. También se repetirá la votación cuando siendo uno o dos los candidatos, ninguno obtuviere la mayoría requerida. Si en esta segunda votación ninguno obtuviere la dicha mayoría, la Corte, previo un receso de cinco minutos, decidirá, por mayoría de los asistentes, si se hace una tercera, exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior, efectuada la cual, si ningún candidato obtuviere la mayoría apuntada, se prescindirá de los nombres de todos los candidatos anteriores y la siguiente votación se hará, en la misma sesión o en otra, con nuevos nombres, salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de tales candidatos [3].

Artículo 49. La designación la comunicará por escrito el Presidente de la Corte a la persona elegida, con la advertencia del término para aceptarla, solicitar confirmación si fuere el caso, y para la posesión. (D. 250/70, Arts. 19 a 25).

Artículo 50. A los elegidos podrá ampliárseles el plazo para posesionarse, de acuerdo con la ley, cuando así lo soliciten por motivos razonables. Mientras tanto, si fuere el caso, se elegirá un interino. (D. 250/70, Art. 8º).

CAPITULO XII

Disposiciones varias.

Artículo 51. Toda proposición de duelo o de honores debe presentarse por escrito. (Art. 4º letra j).

[2] Artículo 2º ibídem.

[3] Artículo 3º ibídem.

Artículo 52. Las horas de concurrencia a la oficina para el Secretario y demás empleados subalternos, son de las ocho de la mañana a las doce, y de las dos a las seis de la tarde. Los sábados solamente de ocho a doce de la mañana. No obstante, deberán concurrir en otras horas, cuando así lo disponga el Presidente de la Corte o de la Sala por las necesidades del servicio. (Arts. 19 y 21-a; D. 250/70, Art. 127; C. P. C., Art. 121).

Artículo 53. Los empleados tomarán posesión ante el Presidente de la Corte, salvo lo que disponga la ley. (C. R. P. y M., Art. 263).

Artículo 54. Es prohibido a los Magistrados conceder audiencias particulares o privadas sobre los negocios que cursan en la Corte.

Artículo 55. El automóvil de la Presidencia de la Corte será para el servicio exclusivo del Presidente, quien podrá utilizar otro cuando las circunstancias lo exijan. Los de las salas serán para el servicio exclusivo de los Magistrados que las integran y los conductores estarán bajo las órdenes del Presidente de la Sala respectiva. Sólo con permiso del Presidente de cada Sala podrán utilizarse para otros menesteres de las dependencias de la Corte y siempre que sean de carácter oficial, necesario y urgente.

Artículo 56. Al Magistrado elegido para la Presidencia titular de la Corte se le disminuirá, mientras la ejerza, el repartimiento de los negocios de su Sala en un cincuenta por ciento (50%) sobre la proporción que normalmente le correspondería.

Artículo 57. Este reglamento no podrá ser reformado sino por acuerdo de la Corte, aprobado en dos debates en sesiones celebradas en días distintos y con los votos de la mayoría absoluta de los Magistrados. (Art. 4º, letra g).

Artículo 58. El presente reglamento regirá desde el primero (1º) de enero de 1973 y se publicará en el Diario Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en Bogotá, D. E., a los catorce (14) días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972).

El Presidente,

JUAN BENAVIDES PATRON.

El Secretario,

Heriberto Caycedo Méndez.

* * *

El presente Acuerdo fue aprobado por la Sala Plena en las sesiones de fechas 2, 9, 23 y 30 de noviembre y 14 de diciembre de 1972, en dos debates distintos, sobre proyecto elaborado por la Sala de Gobierno con base en documento que preparó una comisión integrada por los Magistrados doctores Aurelio Camacho Rueda y Guillermo González Charry.

El Secretario, Heriberto Caycedo Méndez.

SALA CIVIL

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD DE TESTAMENTO

Litis consorte necesario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de 18 de febrero de 1972, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por Justino Sánchez y otros frente a algunos herederos de Daniel Isauro Sánchez Barreto.

I

El litigio.

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Guamo, Justino Sánchez, quien además actuaba en representación de su menor hijo José Justino Sánchez Durán, y Celmira Carvajal Arciniegas, Ezequías Sánchez Bonilla y Berenice de los mismos apellidos, demandaron a Segismundo Varón Barreto, Odilia, Ana Joaquina y Ana Rosa Sánchez, Paulina y Leoncia Barreto, Felisa o Felina Varón y Efraín del Río, como herederos de Daniel Isauro Sánchez Barreto, para que, previos los trámites del proceso ordinario, se declarase que es nulo el testamento abierto otorgado por Daniel Isauro Sánchez por medio de la Escritura 770, pasada ante el Notario 1º de Ibagué el 11 de junio de 1969, y, consecuencialmente, que es válido, y debe cumplirse en todas sus partes, el anterior contenido en la número 1701, corrida ante el Notario de Fusagasugá el 25 de noviembre de 1966. Subsidiariamente, que es nulo el testamento otorgado ante el Notario de Ibagué.

2. La *causa petendi* se hizo consistir en que en el segundo testamento, los demandados fueron instituidos como herederos unos y como legatarios otros; que los demandantes, en cambio, fueron llamados a heredar en el primer testamento, otorgado cuando el testador gozaba de cabal juicio y con el cumplimiento de todas las formalidades que, para actos tales, exige la ley; que el segundo testamento, contenido en la predicha Escritura 770, se autorizó hallándose el testador en la Clínica Minerva, inconsciente de sus actos, "pues su estado era comatoso"; que la inconsciencia perduró desde el 9 de junio, fecha en que fue operado, hasta el 11 siguiente día en que murió, poco después de haber otorgado el dicho segundo testamento; que de los testigos instrumentales que actuaron en éste, uno era amanuense del notario y otro sordo; que, no obstante estar gravemente enfermo el testador al momento en que se extendió la Escritura 770, el Notario 1º de Ibagué no exigió dictamen médico sobre su sanidad de juicio; y, finalmente, que en este documento se expresa que el testador, por imposibilidad física, rogó a Edgar Caycedo para que firmara, "lo cual aparece dicho después de haberse presentado los comprobantes que exige la ley".

3. Con oposición de la parte demandada se adelantaron las instancias. La primera finalizó con sentencia absolutoria que, al ser apelada por los demandantes, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por medio de la suya calendada el 18 de febrero último, en la cual declaró que "no hay lugar a decidir en el fondo". La misma parte apelante interpuso, entonces, el recurso de casación que ahora se decide.

II

Fundamentos del fallo del Tribunal.

Estriba su decisión el *ad quem*, en síntesis, en que en el segundo testamento, el testador dijo, en forma expresa, que por medio de él complementaba y reformaba el autorizado por el No-

tario de Fusagasugá; y que como éste no fue revocado, dando aplicación al artículo 1273 del C. Civil, han de sacarse estas conclusiones: "los dos actos testamentarios se complementan e integran entre sí. El segundo no es independiente del primero. No puede decidirse sobre sus disposiciones sin tomar en consideración el otro, pues ambos forman un solo todo...". Agrega que como la nulidad demandada necesariamente "debe afectar la integridad de ambos actos testamentarios", entre las personas llamadas a suceder en uno y otro se forma un litis consorcio necesario, por lo cual debían haber sido citados al proceso, no únicamente los asignatarios llamados en el último testamento, sino también los designados en el primero.

De lo anterior concluye que como a este proceso no fueron llamados Aurora Galindo de Nieto, José Justino Sánchez Durán, Celia Melo de Sánchez, Justino Arias Ortiz, Ligia Guzmán de Cabrera, Carlos Nieto, José de Jesús Rodríguez Villarreal y otros, será menester dictar sentencia inhibitoria, por no estar debidamente integrado el contradictorio.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Como de los dos cargos que enfílanse contra la sentencia que se extractó, el primero está llamado a prosperar, a él contraerá su estudio la Corte.

Cargo primero.

Expresa el recurrente que el Tribunal, bajo "el pretexto de falta de integración del litis consorcio necesario", violó directamente, por falta de aplicación, los artículos 1061, 1062, 1064, 1068, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013 y 1019 del Código Civil; que al considerar que entre todos los sucesores testamentarios del causante, designados en uno y otro testamento, se formó un litis consorcio necesario por cuanto el segundo testamento no revocó, sino que complementó el anterior, el Tribunal "hizo una apreciación jurídica, o de simple derecho, equivocada, respecto a lo que en doctrina y jurisprudencia se entiende por" litis consorcio necesario. Que, en verdad, la nulidad de un acto jurídico no puede ser declarada o meramente resuelta, sin que previamente hayan sido llamados al respectivo proceso todos cuantos derivan beneficio del mismo, "pero que cosa muy distinta es que deben demandar todas las que puedan sufrir perjuicio con el acto" cuya nulidad se demanda, puesto que "el litis consorcio es en el último caso meramente facultativo"; y, finalmente, que como sólo respecto del último testamento se demandó la nulidad, el litis consorcio necesario únicamente existe entre quienes fueron instituidos allí como asignatarios y no entre éstos y los demás sucesores llamados en el testamento anterior, que por medio de aquel se reformó.

La Corte considera:

1. *Al rompe se advierte que asiste clara razón al recurrente cuando afirma que demandada la nulidad de un testamento, se forma litis consorcio pasivo necesario entre todas las personas que el testador, en ese acto, haya nombrado como sus sucesores, ya lo sean a título universal o singular. Por esta razón, el demandante debe citar al proceso de nulidad a todos esos asignatarios, so pena de que el juzgador no pueda resolver sobre el fondo de la dicha pretensión. En efecto, si la nulidad tiene como objetivo el anonadamiento de todas las cláusulas de la memoria testamentaria, es apenas lógico pensar que su pronunciamiento causaría evidente perjuicio a todos los que, dejando de producir efectos el testamento, perderían su calidad de asignatarios del difunto. La pretensión que busca la declaración de que un testamento es nulo íntegramente, no podría prosperar en proceso al que sólo hubieran llamado algunos de los asignatarios, mas no todos, puesto que siendo de naturaleza eminentemente indivisible esa relación jurídica sustancial, resultaría contradictorio a todas luces que la memoria testamentaria fuera nula para unos asignatarios y válida para otros. Es imposible jurídicamente que un testamento, al mismo tiempo y respecto de unas mismas cláusulas, produzca efectos relativamente a ciertos asignatarios y no respecto de otros. Tal situación exige que la sentencia que decida proceso en que se ventile la nulidad de todo un testamento, sea única y de contenido idéntico para todos los asignatarios instituidos en dicha memoria, entre quienes se forma litis consorcio necesario. En ese evento sólo sería posible, pues, como lo establece el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, desatar la cuestión litigiosa con fallo uniforme para todos.*

2. *De la misma manera, si se demanda, no la nulidad del testamento completo, sino la de una o varias de sus cláusulas, será menester, por los motivos que antes se adujeron, citar al proceso a todos los asignatarios que recibieren perjuicio con la declaración de esa nulidad. En tal hipó-*

tesis ya no se requiere la citación de todos los sucesores del difunto, sino meramente la de los instituidos en la cláusula cuya nulidad se impetra, o de quienes reciban daño por su pronunciamiento.

3. *Es claro que cuando el* de cuius *deja varios testamentos que, total o parcialmente, no son incompatibles entre sí, la declaración de última voluntad está integrada por todos ellos, en cuanto de manera expresa o tácita no hubieran sido revocados por los posteriores. La declaración de última voluntad que es una sola y que encierra el querer definitivo del testador, no tiene que estar consignada íntegramente en un mismo acto testamentario, es decir, aparecer expresada en una sola escritura o en un acto único, pues, como lo prescribe el artículo 1273 del Código Civil, un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. La misma disposición, en su inciso segundo, borra toda sombra de dudas en el punto, al definir que los testamentos que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores o contrarias a ellas. Así lo entendió el Tribunal al aseverar que los dos testamentos otorgados por Daniel Isauro Sánchez Barreto "se complementan e integran entre sí".*

Conclúyese, empero, que, aun cuando la última voluntad del testador es una sola, ella no tiene que estar contenida en un mismo acto escriturario, y que aunque sea una misma su declaración de última voluntad, ello no quiere decir que sea necesariamente inescindible, pues estando constituida por todas las disposiciones que encierran su último querer, es palmario que cada una de éstas expresa su voluntad en el punto.

De estos antecedentes lógica y palmariamente se sigue que es posible demandar la nulidad de todo un testamento o solamente la de una o varias disposiciones del mismo.

4. En la especie de este proceso tenemos que si el definitivo querer del causante Sánchez Barreto está contenido en las cláusulas de las Escrituras 1701 y 770, apuntadas antes, y si sólo se demandó la nulidad de las que integran la segunda, aun en la hipótesis planteada por el Tribunal de que ambos instrumentos formaran "un solo todo, ya que se complementan e integran", como la demanda de nulidad se limitó a las cláusulas de la número 770, resulta que el contradictorio quedó debidamente integrado con la citación de los asignatarios que en tal escritura fueron designados, sin que fuese menester llamar a juicio también a los instituidos en la 1701.

5. El Tribunal de Ibagué advirtió bien que la última voluntad de un causante no tiene que estar recogida en un mismo acto testamentario, fundado en que el artículo 1273 del Código Civil autoriza que pueda estar encerrada en varios. Sin embargo, erró gravemente cuando, después de acertar en que los dos testamentos otorgados por el causante Sánchez Barreto se complementan e integran, afirmó que "el segundo no es independiente del primero", y que "no puede decidirse sobre sus disposiciones sin tomar en consideración el otro, pues ambos forman un solo todo".

6. Tal error jurídico condujo al sentenciador a violar, por inaplicación, las normas sustanciales que señala la censura, por lo cual sería procedente casar el fallo recurrido y pronunciar el que debiera reemplazarlo.

Sin embargo, como al estudiar la prueba recogida podría la Corte llegar a una decisión que entrañara para el recurrente una típica *reformatio in pejus,* por cuanto la sentencia del Tribunal fue inhibitoria, será menester dejar las cosas como están.

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 18 de febrero de 1972, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por Justino Sánchez y otros contra herederos de Daniel Isauro Sánchez Barreto.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SIMULACION

Principio de prueba por escrito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de abril de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de María Alicia Montoya de Arboleda y Camilo Arboleda Chaves frente a "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", representada por José Joaquín Castro Márquez.

I

El litigio.

1. En demanda repartida al Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, los demandantes hicieron las siguientes peticiones eventuales: de nulidad de la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963 de la Notaría 9ª de Bogotá, y del contrato de venta con pacto de retroventa en ella contenido, celebrado por María Alicia Montoya de Arboleda y su esposo Camilo Arboleda Chaves, de una parte, y la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", de otra; de simulación del referido contrato y de que el realmente celebrado por las partes fue el de mutuo en cuantía de $ 800.000.00, habiendo quedado en poder del mutuante la suma de $ 190.000.00, con la obligación de su parte de cancelar algunos créditos hipotecarios; de resolución del contrato de compraventa dicho; y de ampliación del plazo para dar cumplimiento al pacto de retroventa memorado. Y como consecuenciales, la de cancelación de la Escritura 5105, la de restitución de los inmuebles con sus frutos, la de pago de perjuicios y costas procesales.

2. Admitida la demanda y notificado el auto admisorio de ella, la sociedad demandada la contestó negando la mayor parte de los hechos y proponiendo las excepciones de incumplimiento de la demandante, ineptitud sustantiva de la demanda y las "demás que resulten de las pruebas que se alleguen al juicio". La misma parte propuso demanda de reconvención con la pretensión de que se declarara que los demandantes deben pagarle el valor de los impuestos que gravan los inmuebles objeto de compraventa y los gastos de la escritura de cancelación de los créditos hipotecarios referidos, y así mismo los perjuicios por lucro cesante y daño emergente, los morales objetivados y subjetivados padecidos por la sociedad demandada y los que continúe sufriendo por causa de este proceso. La parte reconvenida contestó la demanda desconociendo el derecho y la mayoría de los hechos.

3. Los demandados corrigieron la demanda principal, formulando las peticiones consecuenciales de que, en relación con las de nulidad, simulación y resolución, se condene, además, a la parte demandada a devolverles la suma de $ 64.000.00 e intereses legales; de que al prosperar la petición de prórroga del plazo para efectuar la retroventa se impute al precio de ésta la dicha suma de $ 64.000.00 y sus intereses; que en este mismo caso se señale por el Juzgado el término dentro del cual debe otorgarse la escritura correspondiente; que los demandados no están obligados a pagar intereses cualquiera que sea la petición acogida; y que se ordene el registro de la sentencia.

4. *Causa petendi* de la demanda principal, en síntesis, es la siguiente:

María Alicia Montoya de Arboleda y "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", representada por José Joaquín Castro Márquez, otorgaron la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, en la cual hicieron constar:

a) La transferencia del dominio, a título de venta, que la primera hace a la segunda de los inmuebles distinguidos con las letras a), b) y c) en la mencionada escritura y en el hecho segundo de la demanda principal;

b) Precio de venta en la suma de $ 800.000 que la sociedad compradora paga así: $ 610.000 "que entrega en dinero efectivo en el acto de firmarse la presente escritura" y el resto, o sea $ 190.000, haciéndose cargo de pagar igual suma a la sociedad "Inmobiliaria de Crédito S. A.";

c) Obligación de la sociedad compradora de cancelar los dichos créditos hipotecarios dentro de los diez días siguientes a la fecha de la inscripción de la escritura, y

d) Reserva de la vendedora del "derecho de recomprar" los inmuebles materia de la venta, bajo las condiciones que se expresan en la misma escritura.

Además de lo anterior, afirmaron los demandantes:

Que Camilo Arboleda Chaves compareció al otorgamiento de la Escritura 5105 en calidad de esposo legítimo de la vendedora y "manifestó que ratificaba las declaraciones hechas en la escritura por constituirse solidariamente obligado con aquella en el cumplimiento de las obligaciones que adquirió".

Que José Joaquín Castro Márquez "compareció al otorgamiento de la escritura en su calidad de gerente de la sociedad para aceptar la venta, retroventa y demás declaraciones contractuales contenidas en la escritura y de manera muy especial o expresa del pago por su parte de los créditos hipotecarios a favor de 'Inmobiliaria de Crédito' y de la cancelación de las hipotecas dentro del término expresado".

Que la sociedad demandada fue constituida por Escritura pública número 6506 de 13 de febrero de 1959 de la Notaría 2ª de Bogotá, registrada en la Cámara de Comercio.

Que conforme a dicha escritura "no corresponde al Gerente sino a la Junta Directiva o a su Presidente 'efectuar todas las operaciones comerciales de la empresa'".

Que "aunque el contrato contenido en la Escritura pública 5105 es aparentemente un contrato de venta con pacto de retroventa, en el fondo y en realidad lo que celebraron las partes fue un contrato de mutuo o de préstamo a interés por la suma de $ 800.000, de la que sólo recibieron los mutuarios doctor Arboleda y señora $ 610.000 con parte de los cuales pagaron los intereses de un semestre y los gastos del contrato aparente".

Que "ni la aparente vendedora señora Arboleda tuvo intención de vender realmente ni el aparente comprador tuvo intención de comprar realmente: el contrato de venta aparente fue exigido por el mutuante como garantía para el cumplimiento de las obligaciones de los mutuarios y éstos acosados por la necesidad y por la urgencia se vieron precisados a aceptar esa fórmula".

Que empero, "no había ni podía haber simulación", en cuanto a la obligación de la sociedad demandada de cancelar los créditos hipotecarios memorados, por cuanto el dinero para hacerlo había quedado en poder de la aparente compradora.

Que el precio de la aparente venta fijado en la Escritura 5105 no corresponde al real de los bienes, pero ni siquiera en un cincuenta por ciento de él.

Que la sociedad demandada no canceló dentro del tiempo señalado en la escritura referida los créditos hipotecarios que se obligó a cancelar, y "hasta el día 4 de los corrientes mes y año, aún no lo había hecho".

Que la parte demandante "cumplió con todos los deberes y obligaciones emanadas de las declaraciones contenidas en la Escritura pública número 5105...".

Que ninguno de los demandantes, pudo "efectuar la retrocompra, a pesar de haberse alistado para ello en forma plena, por cuanto conforme a certificaciones expedidas por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, aún no se habían cancelado las correspondientes hipotecas, a pesar del compromiso adquirido por la sociedad demandada"; y que de haber procedido en tales circunstancias "hubieran sufrido graves, irreparables e injustos perjuicios, sin estar obligados a ello".

Que la sociedad demandada les ha ocasionado a los demandantes "perjuicios de naturaleza económica de muy especial significación".

Que antes del 4 de abril en curso, los demandantes "solicitaron e implícitamente obtuvieron de la sociedad demandada ampliación del término o plazo para retrocomprar los bienes objeto del contrato contenido en la Escritura 5105".

Que la sociedad demandada ha venido recibiendo desde el otorgamiento de la Escritura 5105 "los frutos y productos de los bienes materia del contrato que aparece en dicha escritura" y ha usufructuado la suma de dinero que se comprometió a pagar a Inmobiliaria de Crédito S. A. y que no pagó.

Que desde el mes de abril del año en curso, los demandantes avisaron a la sociedad demandada hallarse listos para efectuar la retroventa, sin

rechazar la posibilidad de una prórroga que ambas partes venían considerando, y que la parte demandada sometía a la condición de que los demandantes le consignaran la suma de $ 64.000 "para pagar intereses y 'comisión' del Presidente de la sociedad para obtener la prórroga".

Que "el doctor Camilo Arboleda Chaves consignó el 13 de abril de 1964 dicha suma de sesenta y cuatro mil pesos al Presidente y Gerente de la sociedad demandada, en cheque número 233260 A B del Banco de los Andes, sucursal Avenida de Chile", el cual fue cobrado con la consecuencia de que quedó en firme para los demandantes "el derecho de acogerse a la prórroga, si les convenía".

Que cuando vencía el plazo para efectuar la retroventa, sin tener en cuenta la prórroga, la intención de los demandantes fue "en principio, la de efectuar la retroventa y otorgar la correspondiente escritura". Mas no pudieron hacerlo por la falta de cancelación de las hipotecas a que se había obligado la parte demandada, además de que a su favor obraba la prórroga memorada; y

Que, de otro lado, los demandantes desde el mes de marzo exigieron la cancelación de las hipotecas y, finalmente, "el Gerente de la sociedad demandada no tenía facultades para efectuar el contrato contenido en la Escritura 5105...".

5. El proceso pasó a conocimiento del Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá, que cumplido el rito procesal correspondiente, pronunció la sentencia de 4 de diciembre de 1967, en cuya parte resolutiva declaró que el contrato que consta en la Escritura 5105, de 16 de octubre de 1963, de la Notaría Novena de esta ciudad, "no es de compraventa de los inmuebles en ella determinados, sino de mutuo con interés en cuantía de $ 800.000"; ordenó la cancelación del registro de dicha escritura; condenó a la parte demandada a restituir a los demandantes los inmuebles singularizados en dicho acto notarial, y condenó a esta parte a pagar a la primera el valor de los impuestos pagados por ella y los gastos de cancelación de los créditos hipotecarios a que se refiere la cláusula sexta de la Escritura 5105; condenó en costas, igualmente, a la parte demandada, declaró infundadas las excepciones y denegó las demás súplicas, tanto de la demanda principal como de la de reconvención.

Esta providencia fue apelada por la parte demandada. Conoció del recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que agotada la tramitación de segunda instancia profirió la sentencia de 24 de abril de 1970, por medio de la cual revocó la de primera, absolvió a las partes de los cargos que mutuamente se hicieron, condenándolas en las costas de primer grado y absolviéndolas en las de segundo.

La parte demandante, como ya se dijo, interpuso el recurso extraordinario contra esta sentencia.

II

La sentencia impugnada.

1. Previo recuento de la tramitación del proceso en ambas instancias, el Tribunal da por establecidos los presupuestos procesales y dice que en la demanda principal se acumulan subsidiariamente las pretensiones de nulidad, simulación relativa, resolución y la encaminada a obtener la prórroga del plazo para el cumplimiento del pacto de retroventa previsto en la Escritura 5105 de 16 de octubre de 1963 de la Notaría 9ª de Bogotá, acumulación que estima procedente por haber sido propuestas estas pretensiones en forma subordinada o eventual.

2. Refiriéndose el sentenciador a cada una de estas pretensiones, y en lo que respecta a la de simulación hace una serie de consideraciones generales. Dice que la simulación existe cuando las partes declaran celebrar un negocio, mientras que en el fondo han convenido en otro; que en ella se plantea la existencia de dos actos jurídicos: uno aparente y otro oculto que las partes estiman como la verdadera expresión de su voluntad y que difiere o modifica el primero. Distingue la simulación absoluta de la relativa y considera que esta última especie es la que se debate en el proceso. Así mismo distingue la diversidad de su prueba, según que se trate de partes contratantes o de terceros y advierte que en el caso presente la controversia es entre partes, caso en el cual la jurisprudencia, fundada en los artículos 1759 y 1934 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, estima de necesidad probar la simulación con medios que emanen de las mismas partes contratantes.

"En el caso de que tratamos —expone el sentenciador— en que la simulación es entre las partes contratantes, ha debido comprobarse por medios probatorios emanados de las mismas partes, siendo el acto oculto una convención y debiendo existir sobre él acuerdo en cuanto a las voluntades de ambas partes, ya que sólo así aquel acto puede tener existencia".

3. El Tribunal anuncia que se aparta de la tesis del juzgador de primera instancia, por considerar que "la norma mencionada (artículo 93 de la Ley 153 de 1887) es de excepción y por lo tanto ha de ser interpretada en forma restrictiva, debiendo el actor probar la imposibilidad de aportar la prueba escrita, cuestión que en este proceso no ha ocurrido"; que la imposibilidad, en interpretación *a simili* o *a pari* del artículo 2260 del Código Civil, "resulta cuando no depende de la voluntad libre de las personas el que se obtenga un efecto, y que por lo tanto para tales casos existe libertad probatoria", según el artículo 2261 del Código Civil, normas éstas del depósito, que guardan relación con el artículo 93 de la Ley 153 de 1887; que el actor debe probar siempre la imposibilidad de presentar la prueba escrita, existente en los casos de calamidad, contención entre padres e hijos y prestación de servicios médicos, por incapacidad física o moral, y que a ellos se limita la libertad probatoria y la aplicación del citado artículo 93.

Agrega, que la libertad probatoria para los casos de imposibilidad física o moral "es una presunción que se establece cuando se prueba la fuerza mayor"; que sería absurdo entender que una persona al obtener un préstamo de una entidad crediticia, por ese solo hecho se hallara en condiciones de inferioridad contractual; que la parte actora no estaba en condiciones de imposibilidad moral ni demostró hallarse en dicha inferioridad; que la señora Montoya de Arboleda no estaba moralmente impedida de pedir la prueba del acto oculto a la sociedad demandada y que "así las cosas, conviene observar que la parte actora no se hallaba en imposibilidad física, ni tampoco moral, para preconstituir la prueba de la simulación cuyo extremo, el contrato aparente, se halla demostrado, faltando sólo demostrar con pruebas eficaces el otro extremo, el del contrato oculto".

Y concluye el sentenciador diciendo que "el inmenso acervo probatorio constituido por indicios y por testimonios, analizado por el Juez de primera instancia, serían prueba que reforzaría indiscutiblemente la confesión o principio de prueba por escrito necesarios para poder prosperar la acción de simulación"; que "el Tribunal no entra en detalle en todas estas pruebas, porque considera que faltan las pruebas principales para que la simulación prospere. Los indicios y testimonios tendrían valor probatorio para indicar la falta o ausencia de consentimiento, cuestión no planteada en la demanda"; y que las pruebas presentadas en la segunda instancia, no mejoran la posición del actor.

Demanda de casación.

Dentro del marco de la causal primera y por causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, el recurrente acusa la sentencia de segunda instancia de violación de los artículos 1766, 2221, 2224 y 2230 del Código Civil y 93, inciso primero, de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, 1849, 1864, 1880, 1882, 1886, 1928, 1939 y 1943 Ibídem, por aplicación indebida.

1. Alude la censura a los hechos que antecedieron el proceso ordinario, en cuya demanda, en forma eventual se pide la declaración de nulidad, simulación, resolución y ampliación de un plazo respecto del contrato contenido en la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, peticiones de las cuales el juez de primer grado aceptó la de simulación, rechazada en su hora por el Tribunal con absolución de la parte demandada.

Dice que el juez halló demostrada la imposibilidad moral de los demandantes de obtener una prueba escrita de la simulación del contrato memorado; y que con respaldo en indicios complementarios declaró esta súplica y que la convención realmente celebrada por los contratantes había sido la de un mutuo con interés por la suma de $ 800.000.

Expresa que la sentencia trata de rebatir la decisión del *a quo*, por cuanto sostiene que el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 es norma de excepción, y que en el caso no se acreditó la imposibilidad física o moral de conseguir una prueba escrita de la simulación.

Transcribe apartes de la sentencia, en los cuales el Tribunal manifiesta que "no entra a analizar en detalle todas estas pruebas que fueron analizadas en primera instancia, porque considera que faltan las pruebas principales para que la simulación prospere..."; que "las pruebas aportadas en la segunda instancia... son también pruebas indiciarias que no mejoran la posición del actor y que... sólo podrían servir para reforzar las pruebas principales que no existen en el expediente"; y que —dice el recurrente— el fallo se abstiene en forma deliberada de analizar los elementos de prueba aducidos al juicio, porque en su concepto no existen en el expediente las pruebas principales que demuestren la simulación.

Dice que conforme a la doctrina tradicional de la Corte, cuando se discute entre partes contratantes la simulación de un contrato consignado por escrito, el actor no disfruta de libertad de prueba, sino que tiene que ceñirse a comprobarla con otra prueba escrita, con la confesión de

la contraparte o con un principio de prueba literal, combinado este último con otros medios probatorios, tales como testimonios, presunciones e indicios, y agrega que la sentencia, luego de una cita de jurisprudencia y otra de doctrina, en las cuales sostiene la idoneidad del principio de prueba por escrito para establecer la simulación, olvida este elemento probatorio y se contrae únicamente a la prueba escrita y a la confesión.

Recuerda, además, que la jurisprudencia y la doctrina francesas admiten la libertad probatoria cuando se trata de una simulación dolosa o fraudulenta, y explica en qué consiste el principio de prueba por escrito con arreglo a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

3. Refiriéndose a la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963 de la Notaría 9ª de Bogotá, nota que en este instrumento se consignó un contrato de compraventa con pacto de retroventa, pero que la convención realmente celebrada entre las partes fue la de un mutuo con intereses. "Lo que quiere decir que lo concertado de veras entre los cónyuges Arboleda Montoya y la sociedad 'Administradora Inmobiliaria e Inversionista, S. A.', fue una *fiducia cum creditore,* vertida en una venta con simples fines de garantía. Los consortes dichos no tuvieron en ningún momento la intención de transferir realmente el dominio de sus inmuebles, sino sólo la de asegurarle a la sociedad nombrada, en la forma indirecta en que se hizo uso, el pago de la suma de $ 800.000". Explica en qué consiste dicho contrato y expresa que la sentencia recurrida "se abstuvo deliberadamente de acometer el examen de los elementos de juicio aportados al debate, por considerar inútil esta labor" y que de esta manera "el mismo fallo incurrió en varios errores de hecho en la apreciación de las pruebas...".

4. *Errores de hecho según la censura.* Según ésta, en el litigio figuran cinco principios de prueba por escrito y seis indicios, de cuya combinación resulta probado que la convención de la Escritura 5105 fue una venta relativamente ficticia y de que el verdadero contrato concertado entre los demandantes y la compañía fue un mutuo con interés; que todos esos elementos producen certeza plena de la simulación de la compraventa.

"Distraída la sentencia impugnada —agrega— con la tesis de la imposibilidad moral de haber los demandantes obtenido una prueba escrita de la simulación y empeñada en rebatir esa tesis del juzgador de primera instancia, se consideró dispensada de abordar el análisis del copioso acervo probatorio allegado al juicio con el argumento de que no encontraba demostrada aquella imposibilidad ni presentes las pruebas principales de la simulación, olvidando que el principio de prueba literal con el complemento de otros elementos de juicio, incluso testimonios y presunciones, ofrece también en esta materia la categoría de prueba principal. En cifra, el fallo se abstuvo de considerar las probanzas aducidas e incurrió en todos los errores manifiestos de hecho" que denuncia.

A) Según el censor "la sentencia no se detuvo a examinar las cláusulas cuarta, quinta y sexta del supuesto contrato de compraventa que se consignó en la Escritura número 5105, cláusulas que constituyen sin duda alguna un principio de prueba por escrito". En efecto, refiérense ellas: en la cláusula cuarta se pacta "el socorrido contrato de arrendamiento con que, en estos casos de venta simplemente pignoraticia, se finge la entrega de los bienes simuladamente vendidos"; en la sexta, "se estipula el consabido pacto de retroventa de los inmuebles, pacto jurídicamente legítimo, pero que en casos como el presente le sirve de disfraz a la venta con simple fin de garantía", y por cuyo efecto se impone a los vendedores la obligación de pagar, sin derecho de reembolso, los impuestos que de los inmuebles vendidos se causen durante el plazo de retroventa, y además, se dispone como precio de la compraventa y de la retroventa la suma de $ 800.000, sin "ningún lucro, ninguna utilidad, ningún provecho pecuniario"; y en la quinta, se declara que del precio de $ 800.000, se pagaron $ 610.000 en dinero efectivo en el acto, lo cual no resultó ser así, puesto que en el proceso obran varios cheques girados en distintas fechas y con tal objeto por José Joaquín Castro Márquez, como gerente de la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.".

"Repite —dice la censura— que las aludidas cláusulas cuarta, quinta y sexta del contrato consignado en la Escritura número 5105, constituyen por sí solas y en razón de las estipulaciones que contienen, un principio de prueba por escrito que hace verosímil, probable o creíble la simulación de la compraventa a que hacen referencia tales cláusulas", y que "la sentencia no vio ni tuvo en cuenta este principio de prueba literal y por este aspecto incurrió de consiguiente en un manifiesto error de hecho";

B) Dice la censura que en este proceso figuran dos inspecciones oculares: la primera prac-

ticada en un proceso penal seguido contra el Presidente de la sociedad demandada y en la cual "tanto el juez instructor como los peritos examinaron la declaración de renta de la compañía, correspondiente al año de 1963, año en que se convino la compraventa simulada, y verificaron que en esa declaración no fueron denunciados como de propiedad de dicha compañía los inmuebles que aparecen como comprados por ella a la señora María Alicia Montoya..."; y la segunda, "sobre el mismo proceso penal instruido contra el señor Castro Márquez y con vista en él pudo constatar así mismo que la mencionada declaración de renta no contenía la denuncia de los inmuebles como pertenecientes a la sociedad declarante y que, en cambio, en la declaración de renta de los cónyuges Arboleda-Montoya por el mismo año de 1963 sí figuraban denunciados esos bienes como de propiedad de los mismos consortes...".

La sentencia, expone la censura, no tuvo en cuenta las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales que acreditan la existencia de las declaraciones de la renta de las partes, ni vio que la de la demandada "reviste sin duda alguna el señalado carácter de principio de prueba literal" que pone de manifiesto la simulación de la compraventa de que da razón la Escritura 5105 y que cobra aún mayor fuerza de probabilidad en asocio de la declaración de renta de los demandantes. Para el recurrente, "al no ver ni tener en cuenta los elementos probatorios aludidos ni el principio de prueba que constituyen, la sentencia incurrió en otro yerro manifiesto de hecho que la condujo a violar varios preceptos sustanciales...";

C) José Joaquín Castro Márquez, "recibió de los demandantes la suma de $ 64.000, con el fin de obtener de la sociedad compradora una prórroga de seis meses de la obligación que expiraba el 15 de abril de 1964, según la Escritura pública 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, suma ésta que se descomponía así: $ 48.000, por concepto de intereses durante los seis meses de prórroga, y $ 16.000 por comisión del 2% sobre $ 800.000, fuera de que los demandantes debían pagar, además, otro 1% de intereses sobre la misma suma, durante el plazo de la esperada prórroga. Lo anterior se hizo constar en documento, que a la letra, dice:

"Por $ 64.000

"He recibido del doctor Camilo Arboleda Chaves, el cheque número 273260 A. B. del Banco de los Andes Sucursal Avenida de Chile para pagar gestiones tendientes a obtener de la sociedad 'Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.' la prórroga o renovación del contrato de compraventa suscrito por María Alicia Montoya de Arboleda y Camilo Arboleda con la mencionada sociedad. Es entendido que si dicha prórroga no es aprobada por los directivos de la sociedad, devolveré al doctor Arboleda la suma pagada por este concepto.

"Bogotá, abril 13 de 1964.

"J. Joaquín Castro Márquez.

"Bogotá.

"Acepto.

"Camilo Arboleda Ch.

"El recibo mencionado —dice la censura— constituye otro principio de prueba por escrito que hace verosímil la simulación de la compraventa en referencia. La sentencia no lo vio ni lo tuvo en cuenta como tal principio de prueba literal e incurrió por lo mismo en otro error de hecho en cuanto concierne a dicho comprobante. El yerro es también ostensible...".

D) Según los términos de la Escritura 5105, los demandantes Montoya de Arboleda y Arboleda quedaron de inquilinos de su propia casa y además, se obligaron a responder solidariamente de los arrendamientos de las otras casas y de que los cánones le serían puntualmente cubiertos a la sociedad compradora. En estas casas se incluía la ocupada por Waldemar Sawer, quien pagaba $ 1.600 de arrendamiento por mes, según recibos de folios 20, 22 y 23 del cuaderno 3º, firmados por Isabel del Río y José Joaquín Castro Márquez. En el recibo del folio 22 se hace constar que la casa se halla "actualmente en reparación y por lo tanto desocupada" y de él —expresa la censura— que "es otro principio de prueba literal que hace verosímil el hecho litigioso, esto es, la simulación del contrato de compraventa y la existencia real de un contrato de mutuo" y que "la sentencia impugnada no tuvo en cuenta el comprobante mencionado ni vio el principio de prueba por escrito que tal comprobante constituye, e incurrió, en relación con esta prueba, en otro error manifiesto de hecho...".

E) La sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", por medio de su Presidente José Joaquín Castro Márquez, se obligó en la Escritura 5105, a pagar en nombre de los demandantes a la sociedad "Inmobiliaria de Crédito S. A.", diez días después de su otorgamien-

to, la suma de $ 190.000, resultante de dos créditos hipotecarios. El cumplimiento de esta obligación solamente vino a realizarse siete días después del vencimiento del plazo de seis meses convenido para la retroventa de que trata aquella escritura, lo que se hizo mediante la número 1660 de 22 de abril de 1964 de la Notaría Segunda de Bogotá.

"La sentencia —expone la censura— no tuvo en cuenta esta escritura ni percibió el principio de prueba que contiene acerca de la verosimilitud de la simulación demandada, e incurrió por ello en otro manifiesto error de hecho".

F) Como hechos indiciarios de la simulación contenida en la Escritura 5105, alega seis indicios:

a) El resultante de las Escrituras 5600 de 12 de agosto de 1963, de la Notaría Quinta de Bogotá, y 1792 de 24 de abril de 1964, de la Notaría Novena de la misma ciudad, y de las declaraciones de Iván Terselich, Jorge Salcedo Morales, Luis Jorge Sánchez, Fernando Gutiérrez Tobón, Guillermo Gómez Téllez e Isabel Valencia de Bonilla, de todas las cuales se infiere que los dos primeros y la última celebraron contratos de compraventa con pacto de retroventa con la sociedad "Inmobiliaria de Crédito S. A.", representada por José Joaquín Castro Márquez, y que éste "les exigía a muchas de las personas que fueron a solicitarle dineros en préstamo que le hicieran escrituras de venta con pacto de retroventa a una de tales compañías para garantizarle la devolución del dinero que les facilitaría en mutuo", hecho éste "que permite inferir la verdad de que otro tanto ocurrió en el negocio celebrado con los cónyuges Arboleda-Montoya, esto es, que se trató realmente de un mutuo con interés y no de una verdadera venta con pacto de retroventa, como simuladamente se hizo constar en la Escritura 5105";

b) El que aparece de tres documentos: la carta de 30 de marzo de 1964, dirigida por Camilo Arboleda al Presidente de la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", Castro Márquez, sobre desocupación de una casa de habitación, nuevo arrendamiento y costo de reparaciones locativas; un presupuesto de éstas elaborado por Juan Ruíz Prieto, y un recibo de arrendamiento del inmueble autorizado por Castro Márquez, en el cual se hace referencia a su desocupación actual y reparación. "Este hecho de las reparaciones —dice la censura— comprobado como se halla, es un indicio vehemente de la simulación de la expresada compraventa, desde luego que los cónyuges Arboleda-Montoya no tenían por qué entrar a hacer reparaciones en bienes que no eran de su propiedad, sino ajenos, si de veras hubiera sido real y cierta la aludida venta con pacto de retroventa. Los consortes dichos efectuaban esas reparaciones a ciencia y paciencia del señor Márquez, presidente de la sociedad supuestamente dueña, porque tanto ella como el señor Castro Márquez sabían y tenían conocimiento exacto de que los inmuebles pertenecían realmente a los mismos cónyuges y no a la compañía citada y de que por ello los reparaban a sus expensas";

c) En la declaración de la renta de los cónyuges Arboleda-Montoya, el año de 1963, aparece que éstos denunciaron como de su propiedad las seis casas de habitación que en el mes de octubre del mismo año, dijeron haber vendido a la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.". "Esta denuncia —dice la censura— constituye otro indicio de la simulación del contrato de venta de esos bienes a la compañía nombrada";

d) Castro Márquez, para pagar el precio de la compraventa a María Alicia Montoya de Arboleda, giró varios cheques, y entre ellos dos por $ 320.000 y $ 140.000, respectivamente, los cuales volvieron a aquél y a la sociedad supuestamente compradora, por endoso efectuado por María Alicia. Esta circunstancia —según la censura— constituye un indicio de que no se pagó el precio y de que no hubo ninguna compraventa;

e) María Alicia Montoya de Arboleda había contraído dos deudas hipotecarias a favor de "Inmobiliaria de Crédito S. A.". En la Escritura 5105 aparece que se cancelaron dos deudas por $ 40.000 y $ 100.000, y que en garantía de ellas estaban hipotecados cuatro de los seis inmuebles a que se refiere la negociación de aquella escritura. Estos bienes fueron avaluados en el proceso en la suma de $ 1.881.455. Tales antecedentes "constituyen otro indicio de la simulación de la compraventa, consistente en que, contra toda razón de conveniencia y de lógica, los cónyuges Arboleda-Montoya habrían vendido seis casas de habitación por un precio notoriamente lesivo de su patrimonio";

f) El mismo día en que se otorgó la Escritura 5105, Camilo Arboleda le entregó a Castro Márquez la suma de $ 12.300 por concepto de arrendamiento de las seis casas, inclusive la que ocupaban los demandantes. El comprobante respectivo que se halla en el proceso "constituye un principio de prueba por escrito, o al menos un indicio grave de que lo pagado por tales arren-

damientos, no lo era en realidad por tal concepto o a ese título sino por razón de intereses y a título del mutuo realmente concertado".

Estos seis indicios, "graves, precisos y conexos entre sí" —expresa la censura— aparecen plenamente comprobados y la sentencia no los vio, "porque no vio las pruebas que los acreditan, incidiendo en otros tantos errores manifiestos de hecho".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Dejose visto, al extractar los fundamentos del fallo recurrido, que el Tribunal no entró a examinar "el inmenso acervo probatorio constituido por indicios y testimonios", por no haber encontrado en el proceso el principio de prueba por escrito que hiciera verosímil el acuerdo simulatorio, sin el cual no le era posible, legalmente, estudiar tales pruebas. Como consecuencia de este razonamiento negó la declaración de simulación impetrada por los demandantes Arboleda y Montoya de Arboleda.

2. Ahora bien: si el error de hecho que la ley permite alegar como punto de partida de un cargo en casación por la causal primera tiene lugar, entre otros casos, cuando el sentenciador no vio la prueba que obra en el proceso o le cercenó su real contenido, resulta evidente que el Tribunal incurrió en yerro de esta índole al no percatar el principio de prueba existente en los autos, que hacía verosímil la simulación del contrato de compraventa recogido en la Escritura 5105 de 16 de octubre de 1963, otorgada en la Notaría 9ª de Bogotá, como pasa a verse.

3. *El artículo 93 de la Ley 153 de 1887, inciso primero, definía el principio de prueba por escrito, como "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". El actual C. de P. C. al derogar dicho artículo, dejó a la doctrina la definición de este punto. La jurisprudencia entendió que el principio de prueba por escrito "es un documento privado proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuirle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso". (LVI, 171; LXIII, 662; LXIV, 394; LXII, 117; XCII, 978; LXIV, 396).*

La jurisprudencia ha sido muy amplia en la apreciación de la relación de conexidad que debe existir entre el principio de prueba por escrito y la obligación que se discute en el respectivo proceso, en consideración a que la ley no exige en él otro requisito que el que éste haga verosímil el hecho litigioso, "y la verosimilitud es algo sustancialmente diferente de la evidencia". (G. J. 1887, 161; 2001, 170). Quiere decir esto que en el principio de prueba por escrito no pueden exigirse mayores detalles sobre el hecho litigioso, porque en ese evento aquél no sería tal "sino una confesión expresa, clara, inequívoca y con evidencia meridiana".

4. Viniendo la Corte al caso de autos, se tiene:

Por medio de la Escritura pública número 5105, de 16 de octubre de 1963, de la Notaría Novena, María Alicia Montoya de Arboleda transfirió a la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", los seis inmuebles que se alindan en el instrumento por un precio de $ 800.000, pagados por la sociedad, así: $ 610.000, por "entrega en dinero efectivo en el acto de firmarse la presente escritura", y los $ 190.000 restantes "haciéndose cargo de pagar igual cantidad a favor de la sociedad 'Inmobiliaria de Crédito S. A.' ". La vendedora se reservó el derecho de recomprar los inmuebles, mediante el cumplimiento por parte de ella de las obligaciones que menciona la cláusula sexta del instrumento.

Esta compraventa fue celebrada en función de garantía o seguridad de un crédito *(fiducia cum creditore contracta)* por la suma de $ 800.000, de parte de María Alicia Montoya de Arboleda para con la sociedad compradora y, por consiguiente, el contrato bajo esa apariencia, constituye un caso de simulación relativa.

A demostrar esta premisa, concurren las siguientes pruebas:

a) En la cláusula cuarta de la Escritura 5105, dispusieron las partes "que la entrega real de los inmuebles vendidos la hará la compareciente vendedora a la sociedad compradora así: constituyéndose, por una parte, arrendataria de la sociedad nombrada, mediante la firma del respectivo contrato, en relación con el inmueble número ochenta y cuatro diez y siete (84-17) de la carrera octava (8ª); y haciendo que los ocupantes de los demás inmuebles vendidos firmen

contrato de arrendamiento a favor de la sociedad compradora, o acepten la cesión de los que ya tengan firmados con la vendedora. La firma de los contratos o de las cesiones constituirá la prueba del cumplimiento de la obligación de entregar los inmuebles, que corren a cargo de la vendedora''. Esto es, que tanto la vendedora como los ocupantes de las casas de habitación materia de la compraventa quedaron como arrendatarios de la sociedad ''Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.'';

b) En la cláusula sexta de la Escritura 5105, la vendedora se reservó el derecho de recomprar los inmuebles comprendidos en la compraventa, a cuyo efecto para poder tener derecho a exigir la retroventa se obliga a cumplir las obligaciones que la misma especifica, de las cuales debe destacar cuatro de ellas; la de la letra b) que obliga a la vendedora ''a pagar todos los impuestos que graven las propiedades que hoy venden, hasta la fecha en que haya de celebrarse la escritura de retroventa, sin derecho a exigir reembolso por este concepto''; la de la letra f) referente a los contratos de arrendamiento de que se habló antes y a la constitución de la vendedora en ''coarrendataria solidaria con los demás inquilinos''; la de la letra g) relacionada con la responsabilidad de la vendedora del pago de los arrendamientos a la sociedad y del cumplimiento de las obligaciones de los arrendatarios para con la misma; y la de la letra h) que fija una responsabilidad especial a la vendedora para con la sociedad, durante el plazo de la retroventa, sobre cumplimiento de sus obligaciones con ésta y con ''Inmobiliaria de Crédito S. A.'' ''por todos los contratos de cambio que la vendedora o su esposo celebren con las sociedades y hagan constar en cheques, letras de cambio o pagarés'';

c) Con fecha de 16 de octubre de 1963, esto es, el mismo día de otorgamiento de la Escritura 5105, comprensiva de la compraventa que se pretende simulada, Camilo Arboleda Chaves y María Alicia Montoya de Arboleda, de una parte y ''Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.''; de otra, celebraron un contrato de arrendamiento respecto de una de las casas de habitación materia de aquélla, que hicieron constar en documento privado, fs. 177 vto. y 178 fte. y vto. del cuaderno tercero, distinguida con el número 84-17 de la carrera 8ª de esta ciudad, contrato este que además de la fijación de un canon de $ 2.500 mensuales y de las cláusulas comunes en en esta clase de convenciones expresa: ''Primera. El plazo del contrato será de seis (6) meses contados desde hoy. Este plazo será improrrogable a menos que por escritura pública las partes acuerden ampliar el que para opción de retroventa del mismo inmueble celebraron por Escritura pública número cinco mil ciento cinco (5105) de la Notaría Novena (9ª) de esta ciudad. Si se prorrogara la opción de retroventa, el contrato de arrendamiento deberá declararse prorrogado por declaración escrita...''. ''Octava. Cualquier incumplimiento de nuestra parte a las cláusulas del presente contrato, dará derecho a la sociedad arrendadora, sin perjuicio de sus acciones, para obtener el pago de cánones y la entrega del inmueble, para quedar libre de la obligación de retroventa pactada en la Escritura pública número 5105 de esta misma fecha, otorgada en la Notaría 9ª de Bogotá, por las mismas personas que intervienen en el presente contrato'';

d) A los folios 10 y siguientes hasta el 23, inclusive, del cuaderno tercero, obran trece recibos por concepto de cancelación de arrendamientos de las fincas a que hace referencia la Escritura 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, y se hallan autorizados por ''Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.'', y suscritos por José Joaquín Castro Márquez o por Isabel del Río.

De estos recibos, el de folio 22, se halla expedido a favor de Camilo Arboleda Chaves, y en él se incluye la suma de $ 1.600, pagados ''por concepto de arrendamiento del señor Waldemar Sawer, de la casa de la carrera 11 número 85-20, en el período comprendido del 1º de marzo de 1964 al 31 del mismo mes''. Y en el recibo del folio 23, a favor del mismo Camilo Arboleda Chaves, se lee: ''Valor del arrendamiento de la casa de la carrera 11 número 85-20, actualmente en reparación y por tanto desocupada, en el período comprendido entre el día 1º de abril de 1964 y el día 30 del mismo mes $ 1.600''.

5. Los medios de convicción a que se refieren las letras a), b), c) y d) que anteceden, referentes a las cláusulas cuarta y sexta de la Escritura pública número 5105; el contrato de arrendamiento suscrito entre los esposos Arboleda-Montoya y la sociedad ''Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.''; y los recibos de cánones, autorizados por la dicha sociedad, son principios de prueba por escrito que hacen verosímil la simulación del contrato de compraventa con pacto de retroventa.

Claramente se observa que las referidas cláusulas cuarta y sexta, en cuanto se impuso a la vendedora la obligación de pagar ''todos los impuestos que graven las propiedades hasta la fecha en que haya de celebrarse la escritura de retroventa, sin derecho a exigir el reembolso de

lo pagado por tal concepto", y en cuanto la obligó solidariamente con los demás inquilinos, "a responder de que durante el plazo pactado para la retroventa se pagarán cumplidamente a la sociedad compradora los arrendamientos de los inmuebles materia del presente contrato y se cumplirán todas las obligaciones que para con dicha sociedad tienen los arrendatarios", resultan extrañas en un contrato de compraventa con pacto de retroventa. Estas disposiciones solamente se explican concluyendo que tras de ellas se ocultan estipulaciones distintas que vienen a ser la verdadera voluntad de las partes; esto es, que la compraventa y el pacto de retroventa han sido celebrados con fines de garantía por la suma de pesos fijada como precio en una y otra, lo cual entraña simulación relativa de ese contrato. Las dichas cláusulas cuarta y sexta, los contratos de arrendamiento y los recibos de pago son principios de prueba que hacen verosímil dicha simulación.

La Corte ha sostenido que la compraventa celebrada con fines de garantía, como sucede en el caso de que aquí se trata "constituye un caso perfecto de simulación relativa" (CXXX, 146; CVII, 202; LVI, 168).

En sentencia de 30 de septiembre de 1943 dijo: "Esta especie de convenciones, denominadas y defendidas por algunos tratadistas como negocios fiduciarios, son sin duda constitutivas entre nosotros, según lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial, de casos perfectos de simulación relativa, mediante la cual una persona para garantizar un préstamo transfiere como vendedor el dominio de su casa a su acreedor, pero manteniéndose la tenencia de ella para lo cual se adjunta un contrato de arrendamiento y se pacta accesoriamente la facultad de recompra. En este negocio de ocurrencia frecuente a que acuden los prestamistas para evitarse las incertidumbres y embarazos del cobro, pero totalmente injustificado e irregular desde el punto de vista de las instituciones jurídicas porque ofreciendo éstas el tipo de contrato eficaz y seguro para contener la realidad económica y de derecho de la operación planeada, como es el mutuo hipotecario, no hay razón para querer utilizar instituciones legales destinadas por su naturaleza y esencia a finalidades económicas diversas. El uso irregular y desviado de los medios jurídicos determina frecuentemente resultados contraproducentes, porque buscando innecesariamente mayores garantías se corren los naturales riesgos que corresponden a las situaciones simuladas, al querer dar a la compraventa la naturaleza jurídica imposible de contrato de garantía. Tal es el concepto general que corresponde a la sanción legal, que no es sólo la pena sino la recompensa en validez y firmeza que resulta de transgredir la ley o ajustar y arreglar a sus mandamientos y organizaciones la ejecución de los actos jurídicos".

6. Establecido, como queda, que en el proceso sí existe el principio de prueba por escrito que el Tribunal echó de menos, conclúyese que incurrió éste en el manifiesto error de hecho que le endilga la censura, a causa del cual infringió, por falta de aplicación, las normas sustanciales señaladas en el cargo, primordialmente el artículo 1765 del C. C.

Debe, por tanto, la Corte casar la sentencia impugnada, y proferir la de reemplazo, como Tribunal de instancia.

Sentencia de reemplazo.

Los elementos de convicción a que se hizo referencia anteriormente, constitutivos del principio de prueba por escrito que hace verosímil el acuerdo simulatorio entre las partes que celebraron el contrato de compraventa de que da cuenta la Escritura 5105 memorada, permiten a la Corte examinar la prueba indiciaria que obra en el proceso, y que corrobora esta conclusión, a saber:

1. a) La Escritura 5105, fue otorgada el 16 de octubre de 1963 e inscrita en la Oficina de Registro de Bogotá en los días 19 y 21 de los mismos mes y año. La sociedad compradora no denunció como suyos los inmuebles a que se refiere la escritura en mención en la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año fiscal de 1963, en tanto que los esposos Camilo Arboleda Chaves y María Alicia Montoya de Arboleda, en declaración conjunta que presentaron, sí los declararon en su patrimonio. Así resulta de las inspecciones judiciales practicadas: la de folios 19, 20 y 21 cuaderno cuarto, en la segunda instancia; 145 y 146, del mismo cuaderno, por el Juez 275 de Instrucción Criminal, y además de la copia de la declaración de aquéllos, folios 49 y siguientes del cuaderno tercero;

b) El precio fijado en la compraventa y el pacto de retroventa en la Escritura 5105 fue uno mismo. La suma de $ 800.000. El *a quo* había puesto de resalto este indicio de la simulación de dichos contratos, al no hallar explicación al hecho de que una sociedad comercial diese una suma de pesos determinada por unos inmuebles y conviniese en su reventa al vencimiento de un plazo, sin percibir un lucro distinto a los cánones estipulados;

c) Sobre las operaciones de crédito celebradas por Castro Márquez, declaran: Iván Terselich Slivek, Jorge Salcedo Morales y Ana Valencia de Bonilla.

Dice el primero: "Me prestó la plata con escritura sobre mi casa de habitación en la calle 81A número 8-93 o sea donde vivo. Siendo el socio principal o gerente el señor José Joaquín Castro Márquez. Yo fui a darle el dinero como fue lo convenido y no quiso recibirlo. Cuando hicimos el contrato, fue por un año y en el momento de darme los $ 140.000 yo le di adelantado seis meses al uno por ciento. Después mensualmente el uno por ciento. El 12 de agosto del año pasado que fue cuando se terminó el negocio, y como he dicho, fui a cancelarle el dinero, no lo quiso recibir, diciendo que la casa ya estaba perdida, porque había tenido que pagarle el dinero a los seis meses y la otra mitad a los otros seis meses. Pero como en el contrato dice que si a los seis meses no podía pagarse, entonces al año se pagaría todo junto. Lo mismo que se está haciendo con Arboleda y muchos clientes más se está haciendo conmigo. El doctor Neira me dijo que Márquez había vendido mi casa a otra persona, pero no sé nada todavía hasta la fecha. Yo sí le oí decir a Castro Márquez que prestaba dinero con pacto de retroventa. —Sí me consta de negocios que haya verificado Castro Márquez con otras personas, por ejemplo con el doctor Camilo Arboleda, también con un señor Sancera...—. Me consta de Arboleda porque él me preguntó qué negocio había tenido con Castro Márquez y le conté, manifestándome éste que tampoco había querido recibirle el dinero, sino queriendo Castro adueñarse de las casas de Arboleda. En lo referente a Sancera, supe porque como ambos nos tratamos debido a que tenemos negocios. El tiene un Almacén Hermega y yo le vendo al por mayor chompas. Me contó del problema que había tenido también con Castro Márquez en la misma forma en que lo tuvimos Arboleda y yo...".

Salcedo Morales, expresa: "...entendía que el negocio que había hecho era desventajoso y yo estaba muy nervioso de haberlo hecho. El me dijo que no me preocupara ni creyera en chismes que seguramente me habrían dicho. Que él era una persona correcta y que cuando quisiera podía pagarle e iríamos a la Notaría a hacer la nueva negociación. Pero la realidad fue muy diferente. Porque me conseguí el dinero varias veces y este señor se escondía, se negaba, estaba en otros asuntos, no cumplía las citas, y me hizo perder varias oportunidades porque las personas que me prestaban el dinero se aburrían de esperar... Con este episodio, cundió el afán en mí y emprendí una labor muy dispendiosa y pesada para poder que este señor me recibiera el dinero y también comprendí que no le importaba recibir el dinero sino quedarse con la casa de mi propiedad, porque ésta es la modalidad que emplea en sus negocios. Disfraza el despojo con el préstamo".

Sobre lo sucedido a Jorge Salcedo Morales con Castro Márquez, declara Luis Jorge Sánchez Martínez, abogado secretario de la Federación Nacional de Comerciantes —Fenalco—, quien, por razón de ser el primero "distinguido comerciante de esta localidad", estudió la escritura pública de compraventa con pacto de retroventa celebrada por aquéllos, y dice que "de todo este asunto y por los documentos que tuve oportunidad de analizar, tales como la escritura a que me he referido antes, así como las cartas que Salcedo Morales le dirigió a Castro Márquez, me llevaron a la conclusión de que se trataba de un procedimiento excepcional utilizado por la sociedad que representaba Castro Márquez cuando en el fondo los contratos celebrados simplemente eran de mutuo aunque aparentemente se hicieron aparecer como contratos de compraventa". Y también Luis Fernando Gutiérrez Tobón, en su condición de Director de Fenalco, Seccional de Cundinamarca, quien por la especialidad gremial de Salcedo Morales, estuvo al tanto de la memorada operación crediticia de éste, y así mismo Guillermo Gómez Téllez, abogado asistente de dicha institución, quienes declaran sobre la recuperación de su casa de habitación por Salcedo Morales después de innúmeras penalidades (folios 202 y 210 del cuaderno tercero).

Y Ana Valencia de Bonilla, quien también obtuvo un préstamo de Castro Márquez y un aumento de su cuantía, con el consabido contrato de compraventa, en este caso respecto de un edificio, declara: "Dos meses antes de vencerse dicho pacto —dice la declarante— hablé verbalmente con el señor Castro Márquez, y él accedió a darme una prórroga de dos meses. Cuando yo tenía el dinero listo para cancelarle, lo busqué muchas veces pero nunca quiso acceder a mis citas, y al fin tuve la oportunidad de verle cuando él me dijo que no aceptaba ya porque ese edificio le pertenecía a él porque dicho pacto estaba vencido. Por lo cual no cumplió su palabra. Aparte de esto, siempre me cobró intereses usurarios y los sustraía a su criterio". (Folio 118 del mismo cuaderno).

De estos testimonios se deduce que Castro Márquez, por medio de las sociedades por él controladas, acostumbraba realizar operaciones de mu-

tuo, exigiendo como garantía a los mutuarios una escritura de compraventa de inmuebles con pacto de retroventa;

d) El hecho de que los demandantes, con posterioridad al contrato de compraventa hubieran seguido haciendo por su cuenta reparaciones de los bienes enajenados, como aparece de la carta de 30 de marzo de 1964, dirigida por Camilo Arboleda Chaves al Presidente de Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A., folio 46, cuaderno 3º, y del presupuesto de costo de reparaciones de la casa que ocupara Waldemar Sawer, folio 44 Ibídem.

2. Estatuía el artículo 665 del C. J. que "por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a dudas, la verdad del hecho controvertido". Y preceptúa el nuevo código de la materia que "el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obran en el proceso".

Los hechos indiciarios destacados anteriormente son graves; cumplen la exigencia del artículo 248 del C. de P. C., de hallarse probados debidamente, y en forma coherente y juntamente con los principios de prueba por escrito antes estudiados, concurren a formar la convicción de que el contrato de compraventa con pacto de retroventa recogido en la Escritura 5105 encubre un mutuo.

3. De acuerdo con lo antes expuesto se accederá a la súplica de simulación del contrato contenido en la Escritura pública número 5105, para declarar que el verdaderamente celebrado por las partes fue el mutuo por la suma de $ 800.000 con intereses, que por no estar probada la rata y por tratarse de una operación mercantil serán los comerciales corrientes. Por lo cual las sumas recibidas por la sociedad demandada so pretexto de arrendamiento se imputarán a intereses.

Tal como lo pidieron los demandantes se accederá a la cancelación de los registros de la Escritura 5105.

En cuanto a las pretensiones de que a la parte demandante le restituya la sociedad demandada la suma de $ 64.000 y le pague perjuicios con ocasión de los hechos que motivan la declaración de simulación, deberá estarse a lo resuelto por el *a quo,* puesto que la primera se conformó con la decisión negativa al no haber recurrido contra ella.

4. Respecto de las excepciones propuestas por la parte demandada, cabe observar que como no se dieron los hechos que les servirían de fundamento, deben desecharse, tal como lo hizo la sentencia de primera instancia.

5. Lo resuelto por el *ad quem* en relación con la demanda de reconvención, quedará en firme porque la parte demandada no recurrió en casación.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de 24 de abril de 1970, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y como tribunal de instancia,

FALLA:

Primero. Declárase que es simulado el contrato de compraventa con pacto de retroventa recogido en la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, celebrado por María Alicia Montoya de Arboleda y Camilo Arboleda Chaves, de una parte, y la sociedad "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A.", de la otra.

Segundo. Declárase que el contrato realmente celebrado por las partes es de mutuo comercial, conforme al cual María Alicia Montoya de Arboleda, con la responsabilidad solidaria de Camilo Arboleda Chaves, recibió de la sociedad demandada la suma de $ 800.000, con intereses, que por no estar probada la rata y por tratarse de una operación mercantil, serán los comerciales corrientes, por lo cual las sumas recibidas por la sociedad demandada so pretexto de arrendamientos se imputarán a intereses.

Tercero. Condénase a la sociedad demandada a restituir a los demandantes, una vez ejecutoriada esta sentencia, los siguientes inmuebles: «a) Una casa de habitación, junto con todas sus anexidades, dependencias y servicios y el terreno en que está contruida, terreno que tiene una superficie de dos mil novecientas treinta y cuatro varas cuadradas con treinta y ocho centésimas de vara cuadrada (2.934.38 vrs.^{2}) corresponde al globo formado por los lotes números cuarenta y nueve (49) y cincuenta (50) de la manzana "G" de la Urbanización "El Retiro", ubicada en esta ciudad de Bogotá, inmueble distinguido en su puerta con el número ochenta y cuatro

diez y siete (84-17) de la carrera octava (8ª) y comprendida por los siguientes linderos: por el Norte, en treinta y nueve metros sesenta y siete centímetros (39.67 Mts.), con propiedad que fue del Eminentísimo Cardenal Crisanto Luque; por el Sur, en treinta y ocho metros cuarenta centímetros (38.40 Mts.), con la calle ochenta y cuatro (84) de la ciudad de Bogotá; por el Oriente, en cuarenta y ocho metros noventa y cuatro centímetros (48.94 Mts.), con la carrera octava (8ª) y por el Occidente, en cuarenta y siete metros nueve centímetros (47.09 Mts.), con propiedad que es o fue de Santiago Martínez Delgado; b) Un grupo de cuatro (4) casas contiguas, que forman un solo bloque, junto con todas sus anexidades, dependencias y servicios y el terreno sobre el cual están construidas, terreno que tiene en total una superficie aproximada de mil cuatrocientas seis varas cuadradas y veinticinco centésimas de vara cuadrada (1.406.25 Vrs.^{2}) y está formado por los antiguos lotes números dos (2), tres (3) y cuatro (4) de la manzana "Y" de la urbanización "El Retiro", de esta ciudad de Bogotá, casas distinguidas en sus puertas de entrada con los números ochenta y siete sesenta y tres (87-63), ochenta y siete setenta y uno (87-71), ochenta y siete setenta y nueve (87-79) y ochenta y siete ochenta y siete (87-87) de la carrera catorce (14), comprendido todo dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, en extensión de treinta metros (30 Mts.), con el lote número uno (1) de la manzana "Y" de la urbanización "El Retiro"; por el Sur, en treinta metros, con el lote número cinco (5) de las citadas manzana y urbanización; por el Oriente, en extensión de treinta metros (30 Mts.), con la carrera catorce (14); y por el Occidente, en extensión también de treinta metros (30 Mts.), con los lotes números veintiuno (21), veintidós (22) y veintitrés (23) de la misma manzana; c) Una casa de habitación, junto con todas sus anexidades, dependencias y servicios y el terreno sobre el cual está construida, terreno que hizo parte del antiguo lote número ochenta y cinco veinte (85-20) de la carrera once (11) de esta ciudad de Bogotá, en la urbanización "El Retiro", casa a la cual corresponden en la nomenclatura urbana el número ya citado y el diez ochenta y dos (10-82) de la calle ochenta y cinco (85) y está comprendida por los siguientes linderos: por el Norte, en veintiséis metros (26 Mts.), con predio que es o fue propiedad de Alicia Mallarino de Mejía; por el Sur, en veintiséis metros sesenta centímetros (26.60 Mts.), con la calle ochenta y cinco (85); por el Oriente, en veinte metros (20 Mts.), con el solar número ciento cuarenta y siete (147) de la manzana "M" de la urbanización "El Retiro"; y por el Occidente, en veinte metros (20 Mts.), con la carrera once (11)».

Cuarto. Decrétase la cancelación de la inscripción de la Escritura pública número 5105 de 16 de octubre de 1963, de la Notaría 9ª de Bogotá, D. E., para cuyo efecto se librará oficio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

Quinto. Dispónese que las sumas recibidas por la sociedad demandada so pretexto de arrendamiento, se imputarán a los intereses del mutuo realmente celebrado y en el exceso, si lo hubiere, a capital.

Sexto. Se niegan las peticiones de la contrademanda y en consecuencia se absuelve a la parte demandante.

Séptimo. Niéganse las demás peticiones de la demanda principal.

Octavo. Decláranse infundadas las excepciones propuestas.

Noveno. Condénase a la parte demandada al pago de setenta y cinco por ciento de las costas de la demanda principal y al total de la reconvención, todo en ambas instancias. Sin costas en el recurso de casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, León Posse Arboleda (Conjuez).

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE PROMESA DE PERMUTA

Causal 3ª de casación. — Prestaciones mutuas. — Retención: derecho restringido a los casos expresamente señalados en la ley. — Traslado: debe dejarse constancia secretarial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 26 de febrero de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por la entidad "Willfort & Compañía Limitada" frente a Hernando Sarmiento Mahecha y otra.

I

Antecedentes.

1. El 2 de noviembre de 1956, mediante la Escritura número 4610 que en esa fecha se otorgó en la Notaría 5ª de Bogotá, debidamente registrada el 6 de diciembre siguiente, la entidad "Inversiones Bogotá S. A." vendió a Hernando Sarmiento y Rosa Mejía, cónyuges entre sí, el lote de terreno número 1 de la Manzana C de la urbanización "La Macarena", con cabida de 233.67 varas cuadradas, comprendido dentro de las siguientes alindaciones: "Por el Norte, en extensión de 16,04 metros, con el Lote número 2 de la citada manzana del plano de la urbanización; por el Sur, en extensión de 17,84 metros con predio ajeno; por el Oriente, en extensión de 7 metros, con propiedad de Ernesto Barreto; y por el Occidente, en extensión de 11 metros, con la carrera 4ª de Bogotá".

Dentro del predio así adquirido, los compradores construyeron posteriormente "a sus expensas" el edificio de cuatro pisos, que a la postre quedó demarcado con el número 27-12 de la carrera 4ª de la nomenclatura de Bogotá.

2. En el proceso sucesorio de Miguel Angel Henao Cárdenas, protocolizado en la Notaría Novena de Bogotá mediante la Escritura pública número 3997 de 25 de octubre de 1965, se adjudicó en común y proindiviso, por partes iguales, a María Lilia, Belisario, Luis Carlos, José Julio, Helena y María Francisca Henao Cárdenas, hermanos del causante, la casa de habitación y el terreno en que se halla edificada, distinguida con los números 63-77/83 de la carrera 30 de Bogotá, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Norte, con la calle 63-A; Sur, con propiedad de María del Carmen N.; Oriente, con la carrera 30; Occidente, con propiedad de Eduardo Calderón".

Los derechos así adquiridos fueron enajenados por los cinco primeros adjudicatarios, a título de venta, a favor de la sociedad "Willfort & Compañía Limitada", mediante las siguientes Escrituras: 3586 de 31 de julio de 1964, Notaría 9ª; 6119 de 22 de diciembre de 1965, Notaría 3ª; 329 de 2 de febrero de 1966, Notaría 4ª; y 2187 de 24 de abril de 1967, otorgada en la Notaría 6ª.

Además, por documento suscrito en Bogotá el 20 de marzo de 1966, la adjudicataria María Francisca Henao Cárdenas de Romero prometió vender a la misma sociedad "Willfort & Compañía Limitada" y ésta ofreció comprarle, el derecho que a ella correspondía en ese mismo inmueble.

3. El 15 de julio de 1966, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá, se pactó entre los citados esposos Sarmiento-Mejía por una parte, y la sociedad "Willfort & Compañía Limitada", por la otra, el contrato de promesa, cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) Los dos primeros se obligaron a permutar, a favor de la segunda, el inmueble ubicado en la carrera 4ª número 27-12 de Bogotá, "cuyos linderos y especificaciones están contenidos en la Escritura de adquisición número 4610 de 2 de noviembre de 1966 de la Notaría Quinta";

b) Acordaron como precio de este inmueble prometido en permutación la suma de $ 300.000, que la sociedad se comprometió a pagar así: $ 160.000, valor que dieron a la "casa ubicada en esta ciudad de Bogotá, en la carrera 30 número 63-77 y 63-83 de cuyos linderos y especificaciones da cuenta la Escritura pública número 3997 de 25 de octubre de 1965 de la Notaría 9ª de Bogotá", cuyo dominio ésta se obligó a transferir a aquéllos; $ 46.000.00 en tres cuotas de $ 10.000 las dos primeras y $ 26.000 la tercera, pagaderas a la firma de la promesa la una, un mes después la segunda, y la tercera "en el término de cuatro a seis meses"; y los $ 94.000 restantes, "haciéndose cargo la sociedad permutante del gravamen hipotecario que pesa sobre el edificio, a favor del Banco Central Hipotecario";

c) Estipularon las partes contratantes que los inmuebles materia de la permuta prometida serían entregados, así: la casa de la carrera 30 el 1º de agosto de 1966; y el edificio de la carrera 4ª, en esta misma fecha sus pisos primero y segundo, y el tercero y cuarto "el día de la firma del presente contrato";

d) Mediante la cláusula quinta del contrato, expresaron los intervinientes que una vez pagada por la sociedad a los esposos Sarmiento-Mejía la suma de $ 46.000, a que atrás se aludió, "se procederá a señalar, mediante documento, la hora, día, mes, año, para elevar la presente permuta a escritura pública"; aclarando en la cláusula séptima que "se hará la escritura cuando el Banco Central admita la subrogación o por parte de la sociedad, se le haya cancelado todo o parte de la hipoteca"; y

e) Obligose la sociedad "Willfort" a pagar a los esposos Sarmiento-Mejía, durante el tiempo comprendido entre la entrega material de los bienes y el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas, "la cuota que éstos tienen que dar al Banco Central", valores que serían imputados al crédito de los $ 94.000.

II

El litigio.

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que sus demandados no le han hecho entrega de la totalidad del edificio de la carrera cuarta; que se han negado sistemáticamente a expedirle los recibos de las cuotas pagadas al Banco Central o a ellos directamente; que violando sus obligaciones resolvieron romper unilateralmente el pacto, ocupando de hecho las partes de la edificación previamente entregadas; y que, en cambio, ella ha cumplido cabalmente con los deberes contractuales a su cargo, la citada sociedad "Willfort & Compañía Limitada", representada por su gerente Oscar Gómez Santa, mediante libelo de 10 de enero de 1967 demandó ante el entonces Juzgado Veinte Civil Municipal de Bogotá a Hernando Sarmiento Mahecha y a Rosa Mejía de Sarmiento, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de éstos, el contrato de promesa de permuta acordado por ellos y contenido en documento de 15 de julio de 1966; b) Que, consecuencialmente, los demandados están obligados a restituirle la casa número 63-77 y 63-83 de la carrera 30 de esta ciudad, distinguida por los linderos especiales que la demanda consigna; c) Que igualmente están en el deber de restituirle, junto con los intereses causados a la rata del 1.75%, las sumas de $ 20.000 entregados por la sociedad como parte del precio, $ 10.000 pagados por ella como valor de la comisión y todas las cuotas que dio al Banco Central Hipotecario, con ocasión del contrato prometido; d) Que se los condene también al pago de los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato, en cuantía de $ 60.000; y e) Que se conceda a la demandante derecho a retener el inmueble número 27-12 de la carrera 4ª de Bogotá, "hasta tanto sean cubiertas la totalidad de las restituciones pedidas".

2. Los demandados, en su contestación al libelo, se opusieron a las pretensiones de su demandante; en cuanto a los hechos, con excepción del atinente a la celebración del contrato de promesa, los negaron; y, finalmente, afirmaron que en dicho pacto no se identificaron los inmuebles objeto del mismo.

3. A su vez formularon demanda de reconvención en la cual exponen los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

a) En la convención ajustada el 15 de julio de 1966 entre la sociedad "Willfort & Compañía Limitada" y los esposos Hernando Sarmiento y Rosa Mejía de Sarmiento, "que se dijo ser de promesa de permuta", no se identificaron los inmuebles objeto de ella, desde luego que se omitió la expresión de sus respectivas alindaciones;

b) En ese pacto no se determinó clara y precisamente la fecha para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, mediante la

cual habría de perfeccionarse el contrato prometido, pues al respecto sólo se afirmó que cuando la compañía pagara a los esposos Sarmiento-Mejía la suma de $ 46.000, "se procederá a señalar mediante documento la hora, día, mes, año, para elevar la presente permuta a escritura"; y

c) Desde el día que se acordó el convenio, éstos entregaron a aquella el inmueble número 27-12 de la carrera 4ª de Bogotá, el que por tanto ha estado desde entonces bajo la posesión de la sociedad, la que lo ocupa en parte a través de su gerente y en parte por arrendatarios suyos.

4. Apoyados en estas afirmaciones de hecho, piden los contrademandantes que con citación de la entidad "Willfort & Compañía Limitada" se hagan las siguientes declaraciones y condenas;

a) Que el contrato de promesa de permuta celebrado entre estos demandantes y la sociedad contrademandada, contenido en documento suscrito por ellos el 15 de julio de 1966, "no tiene valor jurídico"; b) Que, en consecuencia, dicha entidad debe restituir a sus demandantes, después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso, el edificio número 27-12 de la carrera 4ª de Bogotá, comprendido dentro de las alindaciones que la demanda describe; y c) Que igualmente se la condene a pagarles los frutos civiles producidos por dicho inmueble, y no solamente los percibidos sino también los que hubiera podido producir "a sus legítimos propietarios, con mediana inteligencia y cuidado".

5. Oportunamente la contrademandada contestó el libelo de mutua petición, oponiéndose a las súplicas impetradas por sus demandantes y negando los hechos por ellos invocados.

6. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 14 de febrero de 1969, mediante la cual resolvió:

"1º Declárase resuelto el contrato de 'promesa de permuta' celebrado entre 'Willfort & Compañía Limitada' y los señores Hernando Sarmiento y Rosa Mejía de Sarmiento, consignado en el documento de 15 de julio de 1966.

"2º Condénase a los demandados Sarmiento y Mejía de Sarmiento, a restituir a la sociedad demandante, el inmueble de la carrera 30 números 63-77 y 63-83 de esta ciudad, por los linderos que constan al final de la demanda y en la Escritura pública número 3997 de 25 de octubre de 1965, de la Notaría 9ª de Bogotá, dentro de los 6 días siguientes a la ejecutoria del fallo.

"3º Condénase a los demandados Hernando Sarmiento Mahecha y Rosa Mejía de Sarmiento, en forma solidaria, a restituir a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', representada por el doctor Oscar Gómez Santa, las sumas de veinte mil pesos ($ 20.000) moneda corriente, recibidas como parte del precio, y la de diez y ocho mil trescientos diez pesos ($ 18.310) moneda corriente, valor de las cuotas pagadas por la sociedad demandante, en cuotas de amortización gradual al Banco Central Hipotecario, ambas sumas junto con los intereses legales, desde la fecha o fechas en que se verificaron las entregas.

"4º Condénase igualmente a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, solidariamente, a pagar a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', representada por el doctor Oscar Gómez Santa y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, los frutos civiles producidos por el inmueble de la carrera 30 números 63-77 y 63-83 de esta ciudad, desde el 20 de agosto de 1966 hasta que se restituya el inmueble, a razón de mil quinientos pesos ($ 1.500) mensuales.

"5º No se hacen las condenas pedidas en los apartes e) y f) de la demanda, por lo dicho en la parte motiva.

"6º Se concede a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', representada por el doctor Oscar Gómez Santa, el derecho de retención sobre el inmueble de la carrera 4ª número 27-12 de esta ciudad, por los linderos que constan en la demanda, hasta que los demandados verifiquen el pago de los valores a que se refiere la parte resolutiva de esta sentencia, o hasta cuando le aseguren su importe.

"7º Condénase a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', a restituir, a su vez a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, el inmueble de la carrera 4ª número 27-12, apartamento duplex (3º y 4º pisos) por los linderos que constan en la demanda y la Escritura pública número 4610 de 2 de noviembre de 1956, de la Notaría 5ª de Bogotá.

"8º Condénase así mismo a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', representada por el doctor Oscar Gómez Santa, a pagar a los demandados el valor de los frutos civiles producidos por el inmueble número 27-12 de la carrera 4ª de esta ciudad, desde el 20 de agosto de 1966 hasta el 10 de diciembre del mismo año, a razón de $ 1.210 moneda corriente, y desde el 10 de diciembre de 1966 hasta que se restituya el inmueble, a razón de $ 600 mensuales.

"9º Se *deniega* la declaratoria de nulidad absoluta demandada por los señores Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, y en consecuencia se absuelve a la sociedad 'Willfort & Compañía Limitada', de los cargos deducidos en la contrademanda propuesta.

"10. Se condena a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, a pagar a la sociedad demandante todas las costas causadas en la demanda y contrademanda".

7. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte demandada contra dicho fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 26 de febrero de 1972, dispuso:

"*Primero.* Se *confirman* los numerales primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutiva del aludido fallo.

"*Segundo.* Se concede a los demandados Hernandó Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento el derecho de retención del inmueble números 63-77 y 63-83 de la carrera 30 de esta ciudad de Bogotá, por los linderos que constan en el respectivo título, hasta cuando la sociedad demandante verifique el pago de los frutos civiles producidos por dicho inmueble.

"*Tercero. Condénase* a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, solidariamente, a pagar a la sociedad Willfort & Compañía Limitada, representada por el doctor Oscar Gómez Santa, los frutos civiles producidos por dicho inmueble desde el día veinte (20) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta la fecha de restitución del mismo.

"*Cuarto. Condénase* a la sociedad demandante 'Willfort & Compañía Limitada', representada por el doctor Oscar Gómez Santa, a pagar a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, el valor de los frutos civiles producidos por el inmueble número 27-12 de la carrera 4ª de esta ciudad, desde el día quince (15) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta cuando se verifique la restitución del inmueble.

"*Quinto.* La liquidación de los frutos civiles, a los cuales se refieren los anteriores numerales tercero y cuarto, deberá hacerse de conformidad con lo establecido en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil vigente.

"*Sexto.* Se *revocan* los numerales noveno y décimo de la parte resolutiva de la mencionada sentencia.

"*Séptimo.* Sin *costas* en el recurso".

III

Motivación del fallo impugnado.

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, emprende el Tribunal las consideraciones de su sentencia determinando las pretensiones deducidas por las partes en sus respectivas demandas. En el punto advierte que la sociedad "Willfort & Compañía Limitada" busca la resolución del contrato de promesa de permuta, con la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de sus demandados; y que, por su parte, los esposos Sarmiento Mejía pretenden la declaración de nulidad de dicho pacto, por omisión de algunos de sus presupuestos esenciales.

Sobre esta base el sentenciador, después de aseverar que como según lo preceptuado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la promesa de contrato sólo produce obligaciones cuando en ella concurren los requisitos exigidos por dicha norma, dice que la lógica jurídica lo impulsa a estudiar, en primer término, la nulidad "del precontrato de permuta, porque —agrega— si éste en realidad se encuentra viciado de nulidad en sus orígenes, es decir, desde la celebración, entonces no hay lugar a considerar la ejecución de las obligaciones estipuladas para cada una de las partes, ni es procedente establecer cuál de ellas cumplió o cuál fue la parte incumplida".

2. Orientado por este razonamiento, el *ad quem,* tras exponer algunas jurisprudencias de la Corte atinentes a la naturaleza y a los caracteres de la promesa de contrato, afirma que los requisitos indicados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para que dicho pacto sea jurídicamente eficaz, "no son formalidades extrínsecas o *ad probationem* sino intrínsecas de la promesa misma. O en otros términos, —añade el fallador— son de la esencia misma de la declaración de voluntades, por lo cual deben cumplirse en el escrito mismo en que se consigna la promesa. Si falta uno o algunos de los requisitos taxativamente enumerados en la disposición legal, la promesa de celebrar el contrato no produce obligación alguna, lo que equivale a decir que es nulo, de nulidad absoluta".

Prosigue el sentenciador determinando, con apoyo en lo estatuido por los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, las causas de la nulidad absoluta de los actos jurídicos, y nota que ésta se produce, entre otros casos, "por la omisión de algún *requisito* o *formalidad* que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos".

3. Proyectando sus razonamientos al caso de este proceso, el Tribunal, luego de transcribir las cláusulas trascendentes de la convención contenida en documento de 15 de julio de 1966, asevera que como en éste "no se determinaron ni se identificaron los inmuebles objeto del contrato, pues se omitió incluir en él los linderos de los respectivos inmuebles"; ni, además, aparece "señalamiento de la fecha para el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas de permuta", dicho pacto es ineficaz por omisión de los requisitos indicados en los ordinales 3º y 4º del artículo 89 de la precitada Ley 153 de 1887.

4. Observa, en apoyo de la primera de estas dos deducciones, que en el citado documento, en cuanto toca con la determinación de los bienes prometidos en permuta, apenás se identificaron "haciendo referencia a 'los linderos y especificaciones contenidos en la Escritura de adquisición número 4610 de 2 de noviembre de 1956 de la Notaría Quinta', en cuanto al inmueble de los cónyuges Sarmiento-Mejía; y en cuanto a la casa de la sociedad Willfort se dijo: 'cuyos linderos y especificaciones da cuenta la Escritura pública número 3997 de 25 de octubre de 1965 de la Notaría Novena de Bogotá' ".

Reproduce el Tribunal una sentencia suya en la cual, después de afirmar que según la regla 4ª del antecitado artículo 89 de la Ley 153, el contrato prometido debe determinarse en tal forma que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, sostiene que para el cabal cumplimiento de este requisito no es bastante que, en el documento en el cual se plasma la convención, se haga "referencia a los linderos que figuran en las respectivas escrituras, títulos de adquisición de sus respectivos dueños".

5. Para cimentar su aserto consistente en que la promesa estipulada carece de eficacia jurídica, por haberse omitido "el señalamiento de la fecha para el otorgamiento de las respectivas escrituras de permuta", el *ad quem* transcribe las cláusulas que al efecto se consignaron en el documento, cuyo tenor es el siguiente: "Una vez entregada la suma total por parte de la sociedad Willfort a los permutantes Sarmiento-Mejía, o sea completados los $ 46.000, se procederá a señalar, mediante documento la hora, día, mes, año para elevar la presente permuta a escritura pública".

Y añade que aun cuando en estipulación posterior pretendieron aclarar este punto, al expresar que "se hará la escritura cuando el Banco Central admita la subrogación o por parte de la sociedad, se le haya cancelado todo o parte de la hipoteca", tal disposición no puede tomarse como una condición. Agrega que el deber de pagar el precio del edificio por parte de la sociedad era "una obligación inherente a la naturaleza del contrato prometido y no un hecho futuro e incierto que es lo que caracteriza la condición"; y que, de otra parte, en lo atinente a la aceptación de la subrogación del crédito por el Banco Central Hipotecario, "no se puede hablar de obligación condicional respecto de una entidad que no figura como parte en la promesa de permuta".

6. Corolario de esta primera parte de su estudio es, para el Tribunal, el de que la promesa de permuta que constituye el objeto de este proceso "no produce obligación alguna"; y que, de consiguiente, "es el caso de declarar la nulidad absoluta de la misma".

7. Sentada pues por el fallador de segundo grado la anterior conclusión, acomete en seguida el estudio de los efectos propios de la declaración de nulidad.

En el punto, después de transcribir el texto del artículo 1746 del Código Civil, dice que de acuerdo con él la nulidad judicialmente declarada otorga a las partes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo; la titularidad de las prestaciones mutuas, según las reglas generales dadas para la reivindicación; y, por tanto, derecho de retención sobre la cosa, cuando el poseedor vencido tuviere algún saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras.

8. En el capítulo del fallo que titula "liquidación de los frutos civiles", expresa el sentenciador que el valor que por tal aspecto deben pagarse recíprocamente los litigantes, como poseedores de los inmuebles 27-12 de la carrera 4ª y 63-77 de la carrera 30 de Bogotá, debe ser materia de regulación en incidente posterior al fallo, porque falta en el proceso la prueba indispensable para una condena en concreto sobre esta cuestión.

Apoya este aserto observando que el dictamen de los peritos Carlos Gutiérrez e Isidoro León, quienes rindieron concepto sobre el punto, no puede ser tenido en cuenta, porque a pesar de haberse ordenado ponerlo en conocimiento de las partes para perfeccionarlo, "no hay constancia o el dato de que dicho traslado se hubiera surtido en la forma legal, es decir corriéndole el traslado del dictamen a las partes, para lo cual era necesario que la secretaría del juzgado pusiera la anotación correspondiente en el expediente",

según lo que imperaba el artículo 199 del Código Judicial anterior.

Como razón corroborotiva de la conclusión a que llega en el análisis de esta prueba, añade que tampoco puede dársele valor por no existir en el proceso la demostración del pago de los honorarios a los peritos.

9. Finalmente, y a manera de resumen de sus consideraciones, dice el Tribunal que "opta por declarar la nulidad absoluta de la promesa de permuta contenida en documento privado de fecha 15 de julio de 1966"; que, "como consecuencia, se declara la resolución de la mencionada promesa de contrato"; y considera, por último, "que no hay lugar a condenar en las costas del juicio, ni del recurso, porque la resolución de la promesa de permuta se declara con base en que dicho precontrato no pudo producir efectos legales por no haber nacido a la vida pública; desde sus orígenes fue inválido".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante principal. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos: los tres iniciales dentro del ámbito de la causal primera del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil; y el cuarto con fundamento en la causal tercera.

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

Cargo cuarto.

1. Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal por contener, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, luego de extractar las decisiones contenidas en la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en cuanto declaró resuelto el contrato de promesa de permuta, dictando las ordenaciones consecuenciales a dicha decisión, con excepción de la condena en perjuicios, la cual negó; y en cuanto denegó también la declaratoria de nulidad absoluta del mismo pacto, pedida por los contrademandantes, dice que el fallador *ad quem*, argumentando que "la resolución de la promesa de permuta se declara con base en que dicho precontrato no pudo producir efectos legales por no haber nacido a la vida pública: desde sus orígenes fue inválido", en la parte dispositiva de su fallo, contradictoriamente, confirma la declarada resolución contractual y revoca la decisión del *a quo* relacionada con la negativa del decreto de nulidad de la misma convención.

"Si la resolución del contrato decretada por el juzgado y confirmada por el honorable Tribunal, —dice el recurrente— supone la existencia de un contrato bilateral válido, mal puede declararse nulidad, al mismo tiempo, porque esa declaración desconoce desde su nacimiento el valor legal del mismo contrato, y sus efectos no son los mismos, como quiera que en el primer caso se pueden producir desde la sentencia (ex-nunc) y en el segundo, desde la fecha de su celebración".

Añade el impugnador que así como no puede decretarse la rescisión de un contrato simulado, y simultáneamente la nulidad del mismo; así también es imposible, por impedirlo la naturaleza de las cosas, que coexistan las declaraciones de resolución y nulidad del mismo acto; que sin embargo, en el presente caso "se optó por reconocer la primera, con argumentos de la segunda, alta y notoriamente contradictorios e irreconciliables".

3. Continuando con el desarrollo del cargo, asevera el impugnante que como la sentencia del Tribunal concede a los demandados derecho de retención del inmueble de la carrera 30 de Bogotá, hasta cuando el demandante les pague "los frutos producidos por dicho inmueble"; y que como a renglón seguido condena a la entidad demandante a pagar los frutos producidos por el inmueble de la carrera 4ª, tales disposiciones son contradictorias con lo dicho en las motivaciones al fallo.

"Si se reconoce, —agrega el censor— como lo expresa la parte motiva, que las partes tienen derecho a las restituciones y prestaciones mutuas por razón de los frutos civiles, queda entendido que son los causados por los inmuebles que cada una de ellas recibió por motivo del contrato que se declaró resuelto", y ya que, de otro lado, en la parte motiva de la sentencia "se concreta que la sociedad debe pagar los frutos del edificio de la carrera 4ª".

Se considera:

1. *Por cuanto con el proceso se busca la certeza jurídica, la sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe ser clara, precisa y lógica en sus dis-*

posiciones. Determinando su contenido, preceptúa el artículo 304 del C. de P. C. que la parte resolutiva de la sentencia "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas y sobre costas y perjuicios a cargo de las partes y de sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código".

Pero como el pronunciamiento de la sentencia en sí mismo constituye un juicio, una operación de carácter crítico indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley, la labor del fallador se desenvuelve entonces a través de un proceso intelectual en el cual es posible que aquel falte a la génesis lógica de la sentencia, concluyendo de consiguiente en soluciones contradictorias u oscuras.

En procura de alcanzar la claridad debida, cuando la sentencia no la tenga, puede el mismo juez que la ha proferido, sin que esto implique revocación o reforma de su fallo, aclarar, a fin de desvanecer las dudas que produzcan, los conceptos o frases contenidos en la parte dispositiva o en la expositiva a que la primera hace referencia, tal cual lo autoriza el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

2. *Mas, como es la propia razón natural lo que no permite ejecutar coetáneamente decisiones antagónicas o incompatibles contenidas en el mismo fallo, las que además constituirían obstáculo insalvable para dar a éste la eficacia debida, cuando las resoluciones de la sentencia sean contradictorias entre sí, este yerro* in procedendo *puede repararse también mediante el recurso extraordinario de casación.*

Al efecto, el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, consagró como causal tercera de casación el supuesto consistente en "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias".

Pero si ahora la causal tercera de casación, a la luz de la preceptiva contenida en la disposición legal transcrita, no subordina su procedencia al evento de que previa y oportunamente se haya acudido al remedio de la aclaración de la sentencia, como en el punto lo establecía el Decreto 528 de 1964; es lo cierto que hoy el fundamento jurídico, la razón de ser de dicha causal se encuentra únicamente, como también lo estuvo antes, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas. Sólo en este supuesto la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.

3. *Y si, en principio, es la parte resolutiva del fallo la que ha de examinarse para advertir la existencia de las contradicciones que fundan la causal tercera, no por esto puede prescindirse absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el alcance y sentido de sus resoluciones se trate. Así como para interpretar la demanda oscura es indispensable su estudio conjunto y racional, el mismo criterio debe seguirse para interpretar la sentencia cuando en ésta no brilla la claridad.*

Constituyendo, como es lógico y natural, la sentencia toda y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el juez, no es posible desligar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquella, las dos armónicamente forman una unidad que no debe desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido.

Ha sostenido insistentemente la Corte, acogiendo la tesis que en la materia exponen los tratadistas de derecho procesal, que "el principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutiva y no en la motiva, sufre excepción cuando aquélla ha de explicarse necesariamente por las razones de orden objetivo que le sirven de fundamento, es decir, cuando se hace necesario conocer el motivo para determinar el sentido de la parte resolutiva" (LXIX, 544).

4. *Igualmente tiene dicho la doctrina jurisprudencial que el fallo del juez, a diferencia de lo que ocurre con las demandas, puede ser implícito, como sucede, verbigracia, cuando la solución de una cuestión requiera lógicamente el estudio previo de otra, caso en el cual el acogimiento de esta otra supone tácitamente el rechazo de la segunda, si las dos no pueden coexistir.*

"Puede acontecer —dijo la Corte en sentencia de 17 de junio de 1957— que el juez no se pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes, pero del conjunto de la sentencia rectamente interpretada, resulta claro que ha examinado y decidido, el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del juez está indirectamente manifestado pero está manifestado" (LXXXV, 377).

5. En el caso de este proceso el Tribunal, en la parte dispositiva de su sentencia, dijo confirmar la "resolución" del contrato de promesa de-

clarada por el *a quo;* y, a la vez, revocó la negativa de la nulidad de esa misma convención, contenida también en la sentencia de primera instancia. Estas dos decisiones contenidas en la parte resolutiva de la sentencia de segundo grado, consideradas en sí mismas, serían aparentemente antagónicas, puesto que si dicho pacto es absolutamente nulo, como lo deduce el *ad quem,* pugna a la razón natural que simultáneamente se declare resuelto por incumplimiento de una de las partes.

Sin embargo, como los fundamentos de hecho y de derecho que el sentenciador aduce en la parte expositiva de su providencia permiten reconstruir fielmente y determinar en forma precisa su pensamiento, concretado a la nulidad del contrato, la observada contradicción desaparece del campo jurídico permaneciendo solamente como una verdadera impropiedad del lenguaje. En efecto:

El contexto de la motivación del fallo, ora se lo considere en su conjunto o ya separando las muchísimas aserciones que lo integran, ni por asomo permite abrigar la más elemental duda de que el *ad quem,* por considerarlo como un *prius* lógico, examinó la demanda de ineficacia jurídica del contrato de promesa de permuta; y que, como a la luz de la preceptiva contenida en los artículos 69 de la Ley 153 de 1887 y 1740 del Código Civil, lo estimó absolutamente nulo por falta de algunos de sus presupuestos esenciales y así lo decidió, si no en forma expresa, sí cuando menos implícitamente al infirmar la negativa que en el punto traía la sentencia de primer grado. Como consecuencia, dando aplicación a lo estatuido por el artículo 1746 *ejusdem,* reguló las restituciones mutuas que deben hacerse los contratantes en virtud de dicho pronunciamiento.

Quizás faltó al *ad quem* propiedad en su léxico al decir que optando, como evidentemente optó, por "la nulidad absoluta de la promesa de permuta... como consecuencia, se declara la resolución"; y al explicar que "la resolución de la promesa de permuta se declara con base en que dicho precontrato no pudo producir efectos legales por no haber nacido a la vida pública: desde sus orígenes fue inválido". Esa supuesta impropiedad, empero, contribuye a interpretar su sentencia en el sentido de que lo realmente decidido en ella fue la nulidad del contrato y no la resolución del mismo.

6. Y aún en la hipótesis de que no fuere aceptable la interpretación que aquí se le ha dado a la sentencia de segundo grado, a fin de determinar el verdadero sentido y alcance de sus resoluciones, habría que decir que todas las disposiciones contenidas en su parte resolutiva son susceptibles de ejecución simultánea; y que, por lo mismo, no se estructura la causal tercera de casación con virtualidad para quebrar el fallo impugnado.

El cargo es pues ineficaz y por ende, se rechaza.

Cargo primero.

1. Lo dirige el censor contra el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, formulándolo por violación directa de los artículos 970, 2417 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, por indebida aplicación.

2. Para fundamentarlo, el acusador expresa que el *ad quem,* aplicando en este caso los preceptos que gobiernan las prestaciones mutuas, especialmente el artículo 970 del C. C. que consagra en favor del poseedor vencido el derecho de retención, cuando tenga que reclamar un saldo por razón de expensas y mejoras, concedió a los demandados Sarmiento-Mejía atribución para retener el inmueble 63-77 de la carrera 30; pero que, ni aún al amparo de lo estatuido por el artículo 8º de la Ley 153, aquella disposición es aplicable en el caso *sub-judice,* "en razón de que no existe ninguna analogía entre las pretensiones deducidas en la sentencia por las que se acepta y declara la resolución del contrato de permuta, y la reivindicación contra el poseedor vencido que ha alegado y demostrado derecho a reclamar expensas y mejoras".

Con cita de doctrinas de la Corte, se detiene luego el censor en explicaciones atinentes al carácter restrictivo que se atribuye al derecho de retención, y dice que los frutos civiles de las cosas "no son expensas y mejoras, porque las primeras se definen como gastos y costas hechos en un inmueble y las segundas las que se establecen o vinculan a ese bien, *aumentando el valor venal de la cosa*".

3. Concretando la formulación de esta censura, expresa el recurrente: "el honorable Tribunal decidió, por este aspecto, una cuestión no contemplada en las disposiciones de derecho sustancial que se han citado, al conceder oficiosamente a los demandados el derecho de retención no amparado por ellos. No estando consagrado el derecho de retención por razón de frutos, las precitadas normas eran inaplicables o no podían servir de fundamento para otorgar este derecho".

Se considera:

1. *El Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil Colombiano contiene las disposiciones regulativas de las "prestaciones mutuas", es decir, de los recíprocos derechos y obligaciones que por razón de la reivindicación surgen para el reivindicador triunfante y para el poseedor vencido.*

Según las normas que lo integran, éste debe restituir a aquél la cosa y, además, puede quedar obligado a realizar las siguientes prestaciones, cuya medida, en caso que haya lugar a ellas, depende de la buena o mala fe: indemnización de los deterioros de la cosa que provengan de hecho o de culpa suyos; restitución de los frutos; reembolso del pago de los gastos de conservación y custodia al secuestre; y finalmente el pago de las costas procesales. Por su parte, esta ley positiva consagra en favor del poseedor vencido y a cargo del reivindicador las siguientes dos prestaciones generales: a) El abono de los gastos ordinarios que ha invertido el poseedor en la producción de los frutos; y b) El pago de las expensas y mejoras que haya hecho en la cosa.

Estas, las mejoras o expensas, se contraen a los gastos que, durante el tiempo de su posesión, el demandado vencido en el proceso pudo hacer en la cosa a fin de procurar su conservación y mejoramiento, las que por el modo de la accesión pasan a ser del dueño del bien en el cual se hacen, quien por tanto contrae la obligación de pagar al mejorador el costo respectivo a fin de evitar un enriquecimiento torticero.

2. *Por cuanto el artículo 2417 del Código Civil preceptúa que "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan", la Corte insistentemente ha sostenido la doctrina de que nuestra ley consagra con criterio restrictivo la existencia del derecho de retención, y que por consiguiente su reconocimiento sólo procede en los eventos expresamente señalados en ésta.*

Dentro de los casos excepcionales que la ley determina en el punto, se encuentra, según lo estatuido por el artículo 970 de esa obra, el del poseedor vencido que "tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras" *(se subraya). Y dado que los frutos producidos por la cosa corresponden a un concepto distinto del de mejoras y expensas invertidas en ella, no es jurídicamente permisible reconocer al poseedor vencido facultad de retener el bien en garantía del pago de lo que por razón de aquéllos le adeude el reivindicador, pues esa aplicación extensiva o analógica del precitado artículo 970 implica atribuir al derecho de retención un carácter general o institucional que no tiene.*

3. Como en el caso presente el Tribunal, mediante el ordinal 2º de la parte resolutiva de su sentencia, reconoció a los demandados Sarmiento-Mejía derecho para retener el inmueble número 63-77/83 de la carrera 30 de Bogotá, "hasta cuando la sociedad demandante verifique el pago de los frutos civiles", fundando su decisión en lo preceptuado por el artículo 970 del C. C., el que al efecto aplicó, se impone deducir que con esta disposición de su fallo el sentenciador quebrantó directamente, por aplicación indebida, el citado precepto; y que, en consecuencia, el cargo que aquí se considera está llamado a prosperar.

4. Como la prosperidad de este cargo sólo es eficaz para infirmar la resolución segunda de la sentencia del Tribunal, que es la parte de ella que se ataca con él, le corresponde entonces a la Corte, en cumplimiento de lo ordenado por el inciso segundo del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, estudiar sucesivamente los demás propuestos respecto de las otras decisiones contenidas en dicho fallo.

Segundo cargo.

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 964, incisos 2º y 3º, 969 y 1932 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación y valoración de algunas pruebas.

2. Determinando el alcance de este cargo, expresa el censor que los yerros en que incurrió el sentenciador lo indujeron a condenar, "en abstracto y recíprocamente a las partes, a la restitución de frutos, al concluir que no hay base legal" para imponer en el punto una condena en concreto.

3. Para demostrar la existencia del error de derecho que imputa al Tribunal, dice el recurrente que contra lo que expresa el sentenciador en su fallo, el dictamen de los peritos determinante del valor de los arrendamientos de los inmuebles sí fue puesto en conocimiento de las partes, puesto que al folio 133 del cuaderno número 4 aparece el auto de 13 de marzo de 1968 que así lo dispuso; que, por tanto, aquél consideró erróneamente que un traslado sólo se surte en la forma que establecía el artículo 199 del

Código Judicial anterior; y que, de consiguiente, cometió error de derecho al no haber atribuido a dicha peritación "el valor que le otorga la tarifa legal, al tenor del artículo 719 y 721 (sic) del Código Judicial".

"La ley —dice el impugnador— no reclama o exige otra clase de formalidades para que esta prueba alcance su perfección jurídica, por lo cual el Tribunal erró de derecho al rechazarlo de plano, bajo la creencia equivocada de que el artículo 719 del C. J. exigía un traslado con la 'anotación correspondiente en el expediente', y a términos del artículo 199 de la misma obra, que lo ordenaba, sobre todo, para surtir la formalidad del traslado de la demanda".

Agrega que, de otra parte, es errado sostener, como lo hace el *ad quem*, que el dictamen pericial no puede apreciarse en este proceso cuando falta la prueba del pago de los honorarios correspondientes, pues sobre el punto el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 determina dicha sanción únicamente para el proceso sucesorio.

Rematando la formulación del cargo por este aspecto, dice el acusador que "el Tribunal Superior de Bogotá dio por olvidado y omitió considerar el dictamen pericial por no haber visto que sí se corrió traslado de él (folio 33 frente - renglón 21-22 cuaderno número 4) y por no haber visto los recibos de pago de los honorarios a los peritos (folios 53 y 54 del cuaderno número 1), con lo cual el honorable Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un *error de hecho generalizado*".

4. En desarrollo del cargo por el aspecto del error de hecho, el recurrente afirma que el sentenciador dejó de apreciar los siguientes medios de prueba: a) Los recibos de pago de honorarios a los peritos; b) La confesión judicial de los demandados; c) La inspección judicial de 19 de septiembre de 1967; d) La demanda de carácter policivo de diciembre de 1966; y e) El "reconocimiento de documentos de fecha 23 de octubre de 1967".

A intento de puntualizar cada uno de los yerros fácticos que denuncia, dice el impugnador que en el proceso sí obran los recibos que acreditan el pago de los honorarios a los peritos, que el Tribunal no vio, por lo cual "incurrió en el error atribuido para denegarle todo valor probatorio al dictamen pericial que señaló una suma líquida por concepto de frutos producidos por los inmuebles"; que también dejó de ver la confesión de los demandados, prueba con la cual se demuestra "la entrega material de los inmuebles y la ocupación de hecho de los demandados el 10 de diciembre de 1966, al recuperar arbitrariamente el piso 2º del inmueble de la carrera 4ª"; que la inspección judicial practicada en el proceso, que también omitió considerar el sentenciador, justifica que el piso 2º de dicho inmueble estaba ocupado por aquéllos desde diciembre de 1966; y que la copia de la demanda y toda la actuación policiva, tampoco vista por el Tribunal, "confirma una vez más que la sociedad demandante había sido víctima de atropellos por parte de los demandados, y que éstos en forma arbitraria e ilegal habían tomado posesión del piso 2º del inmueble".

Se considera:

1. Apoyando jurídicamente su consideración en lo preceptuado por el artículo 1746 del Código Civil, al concretar en su sentencia las restituciones recíprocas que se deben las partes por virtud de la anulación del contrato, expresó el Tribunal que dentro de ellas se enlista el pago de frutos producidos por las cosas, los cuales, agregó, "por analogía" deben regularse según las normas atinentes a las prestaciones mutuas de la reivindicación.

En el punto dice pues el sentenciador, que "hay lugar a la condena para que los demandados Hernando Sarmiento y Rosa Mejía de Sarmiento le paguen a la sociedad demandante Willfort & Compañía Limitada, los frutos civiles producidos por la casa número 63-77 de la carrera 30 de esta ciudad, desde la fecha en que fue recibida por aquéllos; a su vez, la sociedad demandante debe pagarles a los cónyuges Sarmiento-Mejía los frutos civiles producidos por los apartamentos de los pisos 3º y 4º del edificio número 27-12 de la carrera 4ª de esta ciudad de Bogotá, desde la fecha en que fueron recibidos por aquélla".

De lo cual se sigue que al decidir la cuestión controvertida el sentenciador sí aplicó, a pesar de no haber hecho referencia expresa de ellos, los artículos 964 y 969 del Código Civil; y si ciertamente en su sentencia hizo actuar tales preceptos, resulta equivocado acusarla, como aquí se hace, por inaplicación de textos legales que sí fueron aplicados.

2. Además, como en esta censura el recurrente ataca la sentencia por cuanto ella, en lo atinente al pago de frutos, contiene condenaciones en abstracto y ordena su liquidación en incidente posterior, la acusación resulta incompleta por no haberse señalado como infringidos el texto o textos legales sustanciales que otorgan a las

partes en el proceso el derecho a obtener una condenación en concreto.

La acusación que se hace al fallo de segundo grado por falta de aplicación del artículo 1932 del Código Civil resulta improcedente, desde luego que como esta disposición se refiere a la restitución de frutos en el evento de la resolución de la compraventa por no haberse pagado el precio, no correspondía hacerla actuar en este caso, en el que, como está visto, lo decidido fue la nulidad de un contrato de promesa.

3. Pero no son los anteriores los únicos reparos que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo en estudio.

Tratándose de errores de derecho, lo ha dicho constantemente la doctrina de la Corte, es indispensable para el estudio de fondo de la censura que el recurrente señale los pertinentes preceptos legales de disciplina probatoria que hubiesen sido quebrantados por el Tribunal en la tarea valorativa de los medios, ya por otorgarles un mérito de que carecen, o ya por negarles el que tienen, según las correspondientes normas.

Requisito de técnica éste que no lo satisface, en cuanto por él se denuncia error de derecho en la apreciación del dictamen pericial, al cargo en estudio. Palmar es que el artículo 721 del Código Judicial anterior, que el impugnante cita como vulnerado por el sentenciador al no haberle atribuido a la peritación "el valor que le otorga la tarifa legal", no pudo ser infringido por el *ad quem* al proferir su fallo de 26 de febrero de 1972, por la muy sencilla razón de que dicha norma se encontraba a la sazón derogada (Art. 698 C. P. C.).

4. Y si haciendo abstracción de la defectuosa formulación del cargo, la Corte debiera entrar al estudio de él en el fondo, tendría que concluir en que el juzgador de segunda instancia no incurrió en el error de derecho que le endilga la censura; y que, en caso de existir los yerros fácticos denunciados, éstos resultarían intrascendentes.

5. Analizando el dictamen pericial que en relación con los frutos civiles se produjo en el proceso, dijo el Tribunal que "no puede ser tenido en cuenta para con base en él hacer la regulación del monto líquido de los frutos", porque a pesar de haberse ordenado ponerlo en conocimiento de las partes "no hay constancia o el dato de que dicho traslado se hubiera surtido en la forma legal, es decir corriéndole el traslado del dictamen a las partes, para lo cual era necesario que la Secretaría del Juzgado pusiera la anotación correspondiente en el expediente. Esta era la forma —agrega el sentenciador— de surtirse el traslado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 199 del Código Judicial anterior".

El error de derecho en que habría incurrido el *ad quem* al apreciar esta prueba, lo hace consistir la censura, primera y sustancialmente, en que aquél exigió para dicho medio "un traslado 'con la anotación correspondiente en el expediente', a términos del artículo 199 de la misma obra que lo ordenaba, sobre todo, para surtir la formalidad del traslado de la demanda".

El artículo 199 del Código Judicial anterior, norma vigente cuando en este proceso se produjo la prueba pericial referida, después de definir el traslado, *determinaba que tal formalidad se surtía notificando el auto en que se mandaba dar y poniendo a disposición de las partes, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, "los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado", añadiendo que todas "estas circunstancias deben anotarse por el Secretario en el expediente". De los términos en que se hallaba concebida la norma en comento se infiere, como lo dedujo el sentenciador, que esta manera o forma de surtir el traslado tenía carácter general; y no que, como lo sostiene el recurrente, aludiera exclusivamente al tralado de la demanda.*

Y si según el artículo 719 ibídem *el dictamen de los peritos, a fin de darle publicidad a la prueba y por ende la posible contradicción para poderla apreciar en su mérito demostrativo, debía correrse en traslado por tres días a las partes, hay que aceptar que por la ausencia en el proceso de la constancia secretarial de haberse conferido el traslado dispuesto, el dictamen no se practicó con observancia de todos los ritos exigidos por la ley vigente al tiempo de su producción. Dicho traslado no quedó pues surtido con la sola notificación del auto que lo ordenó.*

6. Quedando, pues, en pie la apreciación que del dictamen pericial hizo el Tribunal, ante la improsperidad del ataque contra él formulado, los errores de hecho que denuncia el censor, en caso de existir, serían sin embargo intrascendentes para modificar la decisión impugnada, por cuanto esta sola circunstancia sería suficiente para sostenerla.

Se desestima, pues, el cargo.

Cargo tercero.

1. Mediante éste se acusa el ordinal 6º de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, que revocó la condenación en costas impuestas a

los demandados en la primera instancia, formulándolo por violación directa de los artículos 2º del Decreto 243 de 1951 y 1629 del Código Civil, por falta de aplicación.

2. En desarrollo del cargo, afirma el casacionista que en lo atinente a costas procesales el Decreto 243 de 1951 acogió un criterio objetivo, por lo cual era deber del juez imponer la condena por este aspecto al litigante vencido, por el simple hecho del vencimiento; que este principio fue desconocido por el juzgador de segundo grado en la resolución que aquí se le censura.

Concretando la formulación de este cargo, expresa el acusador: "si las pretensiones principales de la demanda propuestas por la sociedad Willfort & Compañía Limitada prosperaron, como bien se observa en la parte resolutiva del numeral 1º del fallo de 26 de febrero de 1972, por el cual '*se confirman los numerales primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutiva del aludido fallo*', debió serlo también el numeral 10, por ser la consecuencia legal del acogimiento de la demanda y el reconocimiento de fondo del derecho discutido por la sociedad actora".

Se considera:

1. Desde vieja data y sin vacilación lo viene sosteniendo la doctrina de la Corte, que como las costas son cuestión accesoria al derecho principal aducido al proceso y, además, son de origen procesal y no sustancial, el pronunciamiento que en el punto contenga la sentencia del Tribunal no es por sí solo objeto del recurso de casación (XII, 323; XXVI, 250; XLV, 305; L, 22; LXII, 723; LXXIV, 79; LXXXVI, 59; LXXXVIII, 524).

"Así pues, —dijo la Corte en sentencia de casación civil de 27 de noviembre de 1967, aún no publicada— el pronunciamiento de costas a cargo de un litigante que se haga en la sentencia no es susceptible de ataque en casación tomado en sí, ajeno a la decisión de mérito a que él accede, habida cuenta de ese mismo carácter subordinado y dependiente del sentido, motivación y alcances del fallo, por dejarse a la ponderación del juzgador o deber aplicarse por mandato legal ante la presencia del específico supuesto de hecho, según el sistema que acoja el ordenamiento, en fin, porque no constituye en sí un derecho de la parte el obtener crédito por costas o exonerarse de la correlativa obligación, con independencia del resultado del juicio y de su intervención dentro de él".

2. De otra parte, como se dejó visto al despachar el cargo cuarto, del conjunto de la sentencia se segundo grado rectamente interpretada resulta claro que fueron las pretensiones de los demandados y no las de la demandante las que el Tribunal despachó favorablemente. En tal supuesto era pues improcedente condenar a aquéllos en las costas procesales.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

V

Sentencia sustitutiva.

Viene de todo lo dicho la conclusión de que por la prosperidad del cargo primero el fallo aquí impugnado habrá de casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que se ha hecho a la resolución segunda en él contenida, la sentencia de reemplazo ha de reproducir las decisiones cuyas censuras resultaron imprósperas.

VI

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando como tribunal de instancia *reforma* la dictada por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Bogotá el catorce (14) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), la cual por tanto queda así:

Primero. Confírmanse los numerales primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutiva del fallo de primer grado.

Segundo. Condénase a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento a pagar, solidariamente, a la sociedad "Willfort & Compañía Limitada", representada por Oscar Gómez Santa, los frutos civiles producidos por el inmueble número 63-77 y 63-83 de la carrera 30 de esta ciudad de Bogotá, desde el veinte (20) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta la fecha de la restitución del mismo.

Tercero. Condénase a la sociedad demandante Willfort & Compañía Limitada", representada

por su gerente Oscar Gómez Santa, a pagar a los demandados Hernando Sarmiento M. y Rosa Mejía de Sarmiento, el valor de los frutos civiles producidos por el inmueble número 27-12 de la carrera 4ª de esta ciudad, desde el día quince (15) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta cuando se verifique la restitución del inmueble.

Cuarto. La liquidación de los frutos civiles a los cuales se refieren las anteriores dos condenaciones, deberá hacerse siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 308 del C. de P. C.

Quinto. Revócanse los numerales noveno y décimo de la parte resolutiva de la mencionada sentencia de primera instancia; y,

Sexto. Sin costas en el recurso de apelación ni en el extraordinario de casación.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

DESLINDE

Nulidades: principio de especificidad. — Nulidad por antiprocesalismo. — La falta de pronunciamiento sobre una excepción es inconsonancia y no nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veinte de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 30 de junio de 1972, proferida por el Tripunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Mercedes Maya Villegas contra Oscar Villegas Maya y otros.

I

Antecedentes.

1. En el proceso sucesorio de Juan de Dios Maya, tramitado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín y protocolizado en la Notaría 3ª de esa ciudad mediante la Escritura número 502, otorgada el 2 de marzo de 1939, se inventarió como bien herencial el lote número 1 de la fracción "La América", con un área de 130.463.41 metros cuadrados, el cual, según plano entonces levantado para los efectos de la partición, se dividió en cinco partes, adjudicadas así:

Parcela número 1 de 15.841 metros cuadrados, a Germán Maya V.; parcela número 2 de 53.306 metros cuadrados, a Mercedes Maya V.; parcela numero 3 de 31.238 metros cuadrados, a Paulina Maya de Villegas; parcela número 4 de 14.539 metros cuadrados, a Josefina Maya de L.; y parcela número 5 de 15.539 metros cuadrados, a Rosa Maya de M.

2. Las parcelas números 2, 3 y 4, adjudicadas en su orden a Mercedes Maya Villegas, Paulina Maya de Villegas y Josefina Maya de López, fueron alindadas en la referida Escritura número 502, así:

a) Parcela número 2: "Por el pie, con la finca denominada 'La Floresta', perteneciente a Luis Jaramillo Sierra, y con terrenos de Paulina Maya de Villegas, adjudicados en esta misma partición; por un costado con terrenos de José Antonio Alvarez, Antonio Muñoz y Juan Maya, hasta salir a la carretera que de esta ciudad conduce a la fracción de 'La América'; siguiendo por ésta hasta la casa de la finca partida; por la cabecera con terrenos que se adjudican a Germán Maya en esta misma partición; por el otro costado con la calle de Robledo";

b) Parcela número 3: "Por el pie, con terrenos de Luis Jaramillo Sierra y Mercedes Maya; estos últimos adjudicados a ella en esta partición; por un costado, con la carretera de 'La América'; por la cabecera, con terrenos de Antonio Alvarez y con otros adjudicados en esta partición a la expresada Mercedes Maya; y por el otro costado, con terrenos adjudicados en esta misma partición a Mercedes Maya ya nombrada"; y

c) Parcela número 4: "Por el frente con la carretera de 'La América'; por la cabecera con terrenos adjudicados a Paulina Maya en esta partición; por un costado con terrenos de propiedad de Luis Jaramillo Sierra; y por el pie con terrenos adjudicados a Rosa Maya en esta misma partición".

3. Expresó entonces el partidor, y así lo consignó en su trabajo al pie de cada una de las anteriores tres hijuelas, que los mojones necesarios para señalar los linderos allí determinados "se fijarán en la diligencia de entrega respectiva".

4. Mediante sentencia de 16 de marzo de 1932, el Juzgado que conoció de la causa mortuoria aprobó la partición realizada en ella y dispuso que se entregara a cada uno de los herederos el bien que le correspondió.

5. En el proceso sucesorio de Paulina Maya de Villegas, tramitado en el Juzgado Once Civil

Municipal de Medellín y protocolizado en la Notaría 6ª de esa ciudad mediante la Escritura número 1527, otorgada el 12 de abril de 1967, se inventarió en el activo sucesoral la misma parcela número 3 que a ella se le había adjudicado en la mortuoria de Juan de Dios Maya, parcela que, entonces ya urbanizada parcialmente, se adjudicó a los hijos de la causante, así:

a) A Oscar Villegas Maya, "el lote número 7 de la manzana B de la urbanización La Paulina, con un área de 337.50 varas cuadradas", lindando por su extremo oriental con terrenos de Josefina Maya de López; y, además, "una cuota de tercera parte proindiviso en el terreno no urbanizado que tiene un área aproximada de 11.203.72 metros", que, por su extremo Norte, linda con propiedad de Mercedes Maya;

b) A Ofelia Villegas de Toro, "el lote número 8 de la manzana B de la urbanización La Paulina, con área de 235.60 varas aproximadamente", que linda por su extremo oriental con terrenos de Josefina Maya de López; y, además, "una tercera parte proindiviso del lote de terreno sin urbanizar", que por su lado norte da con propiedad de Mercedes Maya; y

c) A Amparo Villegas de Merizalde, "los lotes números 5 y 6 de la manzana C de la urbanización La Paulina, que tienen un área conjunta de 552.50 varas cuadradas aproximadamente", que también linda por el extremo oriental con terrenos de Josefina Maya de López; y, además, "una cuota de tercera parte proindiviso en el terreno sin urbanizar, el que, en extensión aproximada de 11.203.75 metros, lleva su extremo norte hasta los terrenos de propiedad de Mercedes Maya".

II

El litigio.

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de los acontecimientos relatados, y afirmando además que como los linderos señalados en las hijuelas hechas en la sucesión de Juan de Dios Maya "no se determinaron bien sobre el terreno", porque no se fijaron los mojones, las adjudicatarias entraron a poseer los predios "por donde consideraron eran los linderos", lo que ha creado "una confusión en éstos que ha dado lugar a diferencias", los citados Oscar Villegas Maya, Ofelia Villegas de Toro y Amparo Villegas de Merizalde citaron a Josefina Maya de López y a Mercedes Maya en juicio especial de deslinde y amojonamiento ante el entonces Juzgado Cuarto Civil Municipal de Medellín, a efecto de que se fijase el lindero o línea divisoria de los predios de propiedad de los demandantes con los que pertenecen a las demandadas.

2. Estas, en sus contestaciones al libelo incoativo del proceso, se opusieron a las pretensiones de sus demandantes, negaron algunos de los hechos afirmados en él y aceptaron otros.

Aseveraron que "la acción propuesta no es la indicada", porque, dijeron, "se trataría simplemente de hacer cumplir una decisión judicial contenida en la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes en la sucesión del señor Juan de Dios Maya, decisión pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín el 14 de marzo de 1932 y que en su numeral 3º expresa 'que se entregue a cada uno de los mismos el bien que les corresponda', de donde se desprende que la acción sería la que indica el artículo 549 y siguientes del Código Judicial". Finalmente, propusieron las excepciones que denominaron inepta demanda, cosa juzgada y prescripción.

3. En diligencia iniciada el 10 de abril de 1969 y llevada a término el 10 de octubre siguiente, con intervención de los peritos Federico Sierra López y Guillermo Vélez, el Juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Cuarto Civil del Circuito de Medellín, señaló como línea divisoria entre la propiedad de Josefina Maya de López y la de los herederos de Paulina Maya de V., la siguiente: "Del mojón número 1 plantado sobre la calle San Juan en el costado Sur situado a ochenta y tres metros con setenta y cinco centímetros (83.75) hacia el Occidente del lindero reconocido con la propiedad que es o fue de doña Rosa Maya de M., precisamente donde termina una acera en concreto puesta por esta última, en línea recta en sentido norte aproximadamente, a buscar el mojón número 2 que se plantó en el costado norte de los predios que se deslindan, y a una distancia tomada desde el mojón situado en el vértice nororiental de la propiedad de doña Josefina Maya de M. hacia el Occidente, igual a ochenta y tres metros con setenta y cinco centímetros (83.75), pero excluyendo del predio de doña Josefina Maya de L. en favor de los herederos de doña Paulina Maya de V., el área de la casa conocida como de esta última, con cargo de los herederos de ésta de pagar dicha área a doña Josefina, previo avalúo, bien en terreno o en dinero, el valor de dicha área, y quedando a cargo de doña Josefina reconocer a los herederos de doña Paulina el valor de las mejoras de la urbanización ejecutada por

éstos y correspondiente a las zonas favorecidas que quedan de su propiedad y como consecuencia de la línea demarcatoria trazada, tal como fue convenido por los apoderados de dichas partes dentro de la presente diligencia".

Y en esa misma diligencia de apeo el Juzgado, para deslindar los predios de Mercedes Maya Villegas y los de los herederos de Paulina Maya de V., acogiendo el amojonamiento propuesto por los peritos, fijó la línea "contenida igualmente en los planos anexos aportados por ellos mismos a una escala de 1/1000 en relación con la sucesión del señor Juan de D. Maya, consistente en las líneas rectas que unen el mojón número 6 plantado en un barranco próximo a un solar con arboleda encerrado en muros de adobe en el centro del plano y en el el sector Sur de los predios a deslindar, al mojón número 7 plantado a ciento setenta y ocho metros del anterior, un poco al noreste de la casa conocida como de doña Mercedes Maya V., y de este mojón al número 8 a ciento veinticinco metros de distancia, mojón este último situado al borde de la calle construida por la urbanización Planeco en el sector noroccidental del predio materia del deslinde, tal como aparece, se repite, en el plano presentado por los expertos".

4. Por cuanto los interesados expresamente aceptaron la línea divisoria para demarcar el predio de Josefina Maya de L. y los de los herederos de Paulina Maya de V., el Juzgado, mediante sentencia de 3 de diciembre de 1969, la declaró en firme y dispuso inscribir su fallo en el correspondiente libro de registro.

5. No aconteció lo propio con la línea demarcatoria de los predios de dichos herederos con el de Mercedes Maya Villegas, pues que ésta manifestó su inconformidad en el mismo acto de la diligencia, formalizando luego y en la debida oportunidad la correspondiente demanda ordinaria para que se declarase:

"a) Sin valor legal lo dispuesto por su despacho en la diligencia de deslinde terminada en acta del 10 de octubre último, en lo que respecta a la línea demarcatoria que señala los predios de Josefina Maya de López y herederos de Paulina Maya de Villegas, de un lado y el predio de Mercedes Maya Villegas, del otro, por error;

"b) Que las líneas demarcatorias de los predios aludidos y supraindicados deben corresponder al plano cuya copia está a folio 54 del cuaderno principal, puesto que este plano hace parte integrante de una Escritura pública debidamente registrada y que es la número 502 de marzo de 1939, corrida en la Notaría Tercera de la ciudad de Medellín, instrumento que está vigente y no ha sido anulado por autoridad competente".

Como peticiones subsidiarias de las anteriores, suplica la demandante que la línea divisoria de los predios se trace conforme a lo que se demuestre en el proceso ordinario; que se declare a su favor la prescripción adquisitiva del dominio del predio "delimitado en el plano protocolizado en la Escritura número 502 de marzo de 1939, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín"; que se resuelva sobre las excepciones por ella propuestas al contestar la demanda inicial del proceso, "sobre todo, en cuanto a la excepción de inepta demanda"; y que se declare que el deslinde practicado sólo tiene validez "en lo que respecta a la línea demarcatoria trazada para los predios de doña Josefina Maya de un lado y herederos de Paulina Maya de Villegas por el otro".

6. Como *causa petendi* de sus pedimentos, la demandante afirma los hechos que pueden sintetizarse así:

a) Al proceso se allegó copia del plano de división del lote número 1 de la fracción "La América", levantado en noviembre de 1931 por Severiano Cadavid y protocolizado mediante la citada Escritura número 502 de 1939, el cual, por ser parte integrante de este documento, no puede modificarse en una simple diligencia de deslinde;

b) En toda la actuación procesal hay prueba suficiente que demuestra que Mercedes Maya Villegas viene poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente, desde hace más de 30 años, "el inmueble a que se refiere el plano antedicho, dentro del cual, o mejor, del cual hace parte integrante una porción de terreno considerable y que ahora su despacho, en la diligencia de deslinde, equivocadamente ha afectado en forma ostensible y contra los intereses de la demandante";

c) Por virtud de dicha posesión Mercedes Maya Villegas, "en el peor de los casos", está asistida de derecho para solicitar en su favor la prescripción del dominio "en lo que respecta a la porción de terreno que, eventualmente, no cobijare con sus títulos";

d) Los demandantes del deslinde, desconociendo el carácter declarativo del respectivo proceso y "quizás tratando de quemar etapas, han pretendido por la simple vía de un juicio como este, privar de la posesión material a mi acudida

sobre una considerable porción de terreno, tal vez por no someterse a las consecuencias de un juicio reivindicatorio que es el indicado para estas acciones''; y

e) Los demandantes en el proceso especial, a través de la demanda en la cual pidieron el deslinde, ''confiesan paladinamente la posesión que favorece a mi patrocinada''.

7. Por virtud de la oposición y en lo relacionado con ella trocose el proceso de especial en ordinario. Los demandados en éste, oportunamente contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante y proponiendo las excepciones que denominaron ''petición de modo indebido'', ''indebida acumulación de acciones'' y ''falta de legitimación sustantiva''.

8. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia de este proceso ordinario, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 12 de marzo de 1971, mediante la cual declaró probada, en favor de la demandante, ''la excepción de prescripción adquisitiva del dominio y en relación a los linderos'' que allí determina.

9. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tripunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de rituar el trámite del grado, incluso la práctica de pruebas, en fallo de 30 de junio de 1972 revocó el apelado y en su lugar dispuso:

''a) Recházase la oposición al deslinde presentado por la señorita Mercedes Maya Villegas, en escrito de 22 de octubre de 1969;

''b) En consecuencia, declárase en firme el amojonamiento fijado por el Juzgado 4º Civil del Circuito en diligencia de 10 de octubre de 1969, para deslindar los predios de doña Mercedes Maya Villegas y de los herederos de doña Paulina Maya de Villegas y a que se refieren los planos anexos aportados por los peritos en dicha diligencia, señores doctores Guillermo Vélez y Federico Sierra, especificados así: 'Del mojón número seis (6) al siete (7) 178 metros, y, del siete (7) al ocho (8), 125 metros. Hacemos la salvedad de que estas medidas fueron tomadas sobre el plano lo cual puede dar un pequeño error sobre el terreno hasta un (1) metro...';

''c) Entréguense a los colindantes los terrenos por el perímetro arriba fijado;

''d) Protocolícese este expediente en una de las notarías de la ciudad;

''e) Hecha la protocolización, el Notario expedirá a las partes copia del acta de la diligencia de deslinde para su inscripción en el competente registro (artículo 464 del C. J. y ss.);

''f) Se rechazan las excepciones presentadas al juicio de deslinde;

''g) Como se rechaza la oposición al deslinde en el juicio ordinario, no es el caso de estudiar las excepciones propuestas a tal oposición;

''h) Las costas del juicio ordinario de oposición, quedan a cargo de la señora Mercedes Maya, tanto en primera como en segunda instancia''.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo de todo el proceso, comienza el Tribunal las consideraciones de su sentencia refiriéndose a la excepción de trámite inadecuado, que la demandante en el ordinario propuso al contestar la demanda especial de deslinde.

Amparándose en el contenido de la Escritura número 502 de 2 de marzo de 1939, expresa en el punto el sentenciador que en la partición correspondiente al sucesorio de Juan de Dios Maya, según lo dicen las hijuelas respectivas, ''se remite la fijación de mojones para la ocasión de entrega material de los lotes'' adjudicados; y observa que como tal entrega no se verificó por el partidor, hecho que encuentra demostrado con la confesión de los interesados vertida en sus respectivas demandas, ''no se fijaron mojones entre los predios de las partes contendientes''.

Sentado por el *ad quem* este postulado, de él se infiere, y así lo asevera, que ''el trabajo de partición del señor Severiano Cadavid quedó inconcluso y que si las partes se localizaron con su posesión en las diferentes parcelas que se les asignó, (sic) lo hicieron de manera tentativa en cuanto los linderos de los predios en aquellas zonas en que no estuvieron de acuerdo en su precisión. Si el trabajo partitivo en el juicio de sucesión de Juan de Dios Maya —agrega el fallador— quedó inconcluso por el aspecto de determinación precisa de los respectivos alinderamientos, no se ve motivo por el cual los respectivos adjudicatarios no pueden recurrir a un juicio de deslinde para que se fijen los linderos que no fueron precisados por medio de mojones, como debieron haberlo sido caso de haber cumplido el partidor sus deberes a cabalidad''. Y nota, además, que como los adjudicatarios son dueños de predios colindantes sobre cuyas alindaciones hay confusión, sí es procedente la ac-

ción de deslinde, proceso que, dice, viene a ser el complemento del trabajo inconcluso de partición de los bienes de Juan de Dios Maya, en lo relacionado con sus linderos.

2. Luego de observar que la controversia sobre el deslinde de los predios contiguos quedó reducida, según la diligencia de apeo practicada el 10 de octubre de 1969, a los linderos fijados en ella para demarcar los predios de Mercedes Maya Villegas y los de los herederos de Paulina Maya de Villegas, pasa el Tribunal a considerar la línea divisoria entonces trazada al efecto.

Y como nota que tal línea fue demarcada por el Juzgado con base en el dictamen "equilibrado, equitativo y muy bien fundamentado", rendido por los peritos Guillermo Vélez y Federico Sierra, acomete primeramente el análisis de esta prueba, lo que hace en los siguientes términos:

"Los peritos manifestaron en su dictamen que las áreas consideradas en el plano del señor Severiano Cadavid no coincidían con las dimensiones del lote global partido en la sucesión de don Juan de Dios Maya a las señoras Josefina Maya de López, Paulina Maya de Villegas y Mercedes Maya Villegas. Debido a esto hubieron de levantar un nuevo plano del lote en discordia y así se obtuvo un área de 85.905.50 metros cuadrados, área que sumada a la vendida por Mercedes Maya Villegas a 'Planeco' según consta en el Escritura número 3729 de 23 de agosto de 1965 de la Notaría 6ª de Medellín, que es de 17.207 metros cuadrados, da una superficie de 103.112.50 metros cuadrados. Agregan que sumadas las áreas de las tres hijuelas de 53.306 metros cuadrados, de Mercedes Maya V.; 31.238 metros cuadrados de Paulina Maya de V.; y 14.539 metros cuadrados de Josefina Maya de L., da un total de 99.083 metros cuadrados, por lo cual resolvieron hacer una partición proporcional en la forma que indican en su trabajo pericial.

"Con base en lo anterior los peritos hicieron un cuadro de la cabida nuevamente adjudicada o mejor asignada a cada una de las adjudicatarias en el juicio de Juan de Dios Maya y así se obtuvo una mayor cabida para adjudicar con relación a la tenida en cuenta en las áreas de las hijuelas. Así el total del haber partible en cuanto a los lotes de terreno fue un área de 103.112.50 metros cuadrados en lugar de 99.083.00 metros cuadrados a que se refiere el área indicada en las hijuelas. Tuvieron para ello en cuenta que el área vendida por la adjudicataria Mercedes Maya Villegas a Planeco según Escritura ya citada fue de 17.207 metros cuadrados. Así asignaron a Josefina Maya de L. 15.130.22 metros cuadrados; a Paulina Maya de Villegas 32.508 metros cuadrados y a Mercedes Maya Villegas 38.267 metros cuadrados que agregados a los 17.207 vendidos a Planeco se obtiene un área de 55.474.00 metros cuadrados.

"Es obvio según este dictamen pericial que el haber partible era mayor y que conservando la ubicación de los bienes adjudicados lo justo era hacer una agregación proporcional de las cabidas a cada lote y así procedieron con plena justicia. Si la cabida hubiese sido menor podría en caso extremo alegarse que la rebaja de las cabidas de los lotes adjudicados implicaban una confección nueva de la partición en su totalidad porque en estos casos se debe tener en cuenta no propiamente la cabida sino la calidad del lote adjudicado. Pero como aquí se trata de mayor cabida no puede haber argumento para sostener que hay que hacer un nuevo trabajo de partición porque la cabida faltante en ella se adjudicó proporcionalmente a los lotes correspondientes, aumentándose así proporcionalmente a cada uno de ellos el correspondiente valor de lo agregado.

"Los linderos que los expertos pusieron en su trabajo pericial fueron referidos en el plano que adjuntaron a su experticio. Así determinaron los linderos entre los predios de las señoras Mercedes Maya Villegas y los demandantes por el lado norte de las adjudicaciones en un perímetro determinado del mojón número 6 en línea recta en una distancia de 178 metros al mojón número 7 y luego de éste al número 8 sobre una calle construida en una extensión de 125 metros".

3. Se refiere el sentenciador, en segundo lugar, al dictamen pericial rendido en la segunda instancia del proceso por los expertos designados Francisco Bravo y Rubén Piedrahita.

Expresa, compendiando el contenido de esta prueba, que según ella en el plano elaborado en noviembre de 1931 por Severiano Cadavid las áreas de las distintas parcelas no corresponden a lo dibujado en él; que, en cambio, la repartición proporcional hecha por los peritos Vélez y Sierra, quienes intervinieron en la diligencia de deslinde, se ajusta mejor a los valores asignados en las hijuelas; que, sobre el terreno, "es imposible identificar la línea divisoria de los predios" marcada en el plano de 1931; y que, "la línea divisoria fijada por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín se acomoda mejor a las cabidas indicadas en las cartillas".

4. Conclusión de esta primera parte de su análisis probatorio es, para el Tribunal, la de

que los dictámenes de los cuatro ingenieros que intervinieron en el proceso como peritos "respaldan la línea divisoria por el lado norte de los lotes adjudicados a Mercedes y Paulina Maya".

Añade el sentenciador, en apoyo de su conclusión, que "si esta línea no se sostuviera, un simple lego podría ver que si las líneas marcadas en el plano del señor Severiano Cadavid se volcaran sobre el terreno la cabida del lote adjudicado a Paulina Maya de Villegas rebajaría en un 30% o 40%, lo que está indicando que el señalamiento de mojones impugnado no hicieron más que completar el trabajo de partición equivocado y que no hubo ocasión de hacerlo propiamente en el juicio de sucesión, ya que de haberlo sido el partidor hubiera tenido indefectiblemente que reajustar las áreas y sobre todo las correspondientes a los lotes de Mercedes Maya y Paulina Maya de Villegas".

5. Para corroborar la deducción a que en el punto llega, se refiere después el sentenciador al memorial que dirigió al Catastro Municipal de Medellín Mercedes Maya Villegas, allegado al proceso durante la inspección judicial practicada en su segunda instancia, documento que estima con valor de plena prueba, por encontrarlo auténtico.

Observa que en él la aquí demandante reconoce que la cabida de su lote es únicamente de 38.262 metros cuadrados, y no la de 61.150 metros de que habla la resolución del Catastro; que en dicho documento la propia Mercedes expresa que los encargados municipales de medir la tierra, "cogieron otro lote de propiedad de los herederos de su hermana Paulina Maya que tiene un área de 32.508.28, que linda con el de su propiedad".

"La cabida que el Municipio le atribuía a la señorita Mercedes y que ella rachazaba —agrega el fallador *ad quem*— se acerca a la que los peritos de segunda instancia indican como la que tendría el lote de Mercedes Maya según el plano de Severiano Cadavid. Pueden inferirse de lo anterior dos cosas: 1ª La cabida reconocida por la señora Mercedes es la que indican los peritos de primera instancia doctores Guillermo Vélez y Federico Sierra y el deslinde impugnado por ella; 2ª La posesión sobre el lote discutido más allá de la cabida reconocida, e inclusive de una muchísimo mayor, era equivocada y no tenía certeza".

6. Emprende en seguida el Tribunal sus consideraciones en torno a la prescripción adquisitiva que en su favor invoca Mercedes Maya Villegas, sobre la zona de terreno discutida,

Al respecto observa, primeramente, que si bien es cierto que los demandantes en el proceso especial, en la demanda inicial reconocen que los adjudicatarios vienen poseyendo por los linderos que creyeron eran los indicados, su aserto, dice el sentenciador, no constituye sin embargo confesión de que la demandante haya poseído por los linderos que pretende, porque con él no hacen más "que ratificar el equívoco de los linderos y decir que se ha poseído en las zonas discutidas de manera equívoca y sin forma excluyente, una parte de la otra".

7. Refiriéndose a las declaraciones que a petición de la demandante se recibieron tanto en la primera como en la segunda instancia del proceso, y más concretamente a lo que en ellas se expresa sobre su posesión en la zona discutida, "es decir, de la margen izquierda de la quebrada La Hueso hacia el Norte a buscar lo que era la antigua finca La Floresta", dice el *ad quem* que "no son convincentes, pues la mayoría afirma que los linderos que ellos (los testigos) indicaban les fueron indicados a su vez por las partes y las referencias a señales materiales de indicación de linderos, son con relación a cosas que en la actualidad son inexistentes", puesto que, añade, a pesar de que el magistrado ponente estuvo atento en la inspección judicial a las referencias que a objetos materiales hicieron los declarantes en ese señalamiento, "no pudo darse cuenta sobre el terreno de tales linderos pues se referían a materialidades desaparecidas".

En su crítica a la prueba testifical, agrega el sentenciador que si los deponentes ciertamente se refieren a una explotación de los predios de Mercedes Maya y Paulina Maya, "en cuanto a la industria de materiales de playa en la quebrada La Hueso, corriente que atraviesa ambos predios", también es cierto que "ello no implica posesión exclusiva del predio hacia el norte de la quebrada donde está la zona discutida", porque el mojón número 6, acerca del cual no hay discrepancia entre las partes, "está precisamente sobre la quebrada La Hueso".

Expresa además que tanto en la diligencia en que se determinaron los linderos, como en la que llevó a cabo el Tribunal en el lugar del pleito, y como también lo reconocen los peritos que actuaron en ambas instancias, se dejó constancia de que "los predios colindantes en la zona de controversia no tienen ni de manera remota divisiones que denoten una posesión exclusiva de una de las partes"; y que, la casa de "muy poca importancia que se encontró ocupada en el momento de la diligencia por una tercera persona

que dijo tenerla de la señorita Mercedes Maya'' se dejó a salvo, por ser la ''única prueba directa de posesión'' por parte de ésta.

8. Para reforzar su conclusión que en el punto saca, acomete después el sentenciador el estudio de los testimonios recibidos a instancia de los demandados en el proceso ordinario, a los cuales ''da mayor fe porque los halla más acordes con lo que revelan los signos externos de las inspecciones judiciales''.

Y luego de estimar que es innecesario hacer el extracto de todas estas declaraciones, que en número plural aparecen en las respectivas diligencias judiciales, observa que todos estos deponentes ''afirman que la posesión en el lote limítrofe que se discute fue, es y ha sido común entre las señoras Mercedes Maya y Paulina Maya de Villegas''.

9. Aludiendo a las copias del juicio reivindicatorio instaurado por Mercedes Maya contra Emeterio Ortiz, allegadas como pruebas a este proceso por la demandante, dice el Tribunal que son inconducentes para justificar la posesión alegada por ésta sobre la zona controvertida, porque dicho proceso ''no compromete a los demandantes en el juicio de amojonamiento, pues no fueron parte en él; además debe tenerse muy en cuenta que la señora Mercedes no podía reivindicar de un tercero sin aducir el título que tenía para comprobar su dominio, pero como es obvio esto no comprobaba con relación a los colindantes de que estuviera en posesión del bien reivindicado''.

10. Concluyendo la motivación de su sentencia, dice el *ad quem* que como la demandante no acreditó posesión ''unívoca e inequívoca'' sobre el predio que pretende usucapir, no puede por tanto tenerse en cuenta su pretensión para ''la fijación de linderos entre su predio y el de la señora Paulina Maya de Villegas, hoy sus herederos''.

Finalmente, expresa el Tribunal que ante la improsperidad de la demanda de oposición a la línea divisoria de los predios señalada en la diligencia de 10 de octubre de 1969, es inútil estudiar las excepciones propuestas por los demandados en el proceso ordinario, y que las formuladas por la demandada en el deslinde ''se deben rechazar por lo expuesto en este fallo''.

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante en el proceso ordinario. En la demanda respectiva le formula cinco cargos: los dos iniciales dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el tercero con fundamento en la segunda y los dos restantes dentro de la órbita de la quinta.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar los cargos que acusan errores *in procedendo*, y de ellos primeramente los que se fundan en nulidad de lo actuado y luego el atinente a la inconsonancia de la sentencia, pues en el supuesto de prosperar alguno de éstos se haría innecesario el examen de los que recaen sobre errores *in judicando*.

Causal quinta.

Cargo primero.

1. Estima la censura que el proceso se halla viciado de nulidad, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, porque en él —dice el recurrente— ''se procedió contra providencia ejecutoriada, vale decir, que se revivió un proceso legalmente concluido, de una parte, y de otra, no hubo pronunciamiento de fondo sobre la excepción de cosa juzgada que se propuso como medio de defensa en la contestación de la demanda de Ana Mercedes Margarita Maya Villegas contra los herederos de Paulina Maya de Villegas''; el Juzgado 9º Civil Municipal de Medellín, añade, se inhibió para pronunciarse sobre el mérito del proceso allí incoado en 1967, aduciendo como razón la falta de entrega ordenada en la sentencia aprobatoria de la partición de bienes en la sucesión de Juan de Dios Maya.

2. Continuando con el desenvolvimiento del cargo, agrega el casacionista que como dicha sentencia adquirió el sello de su firmeza y con él los efectos de cosa juzgada, el proceso de deslinde es improcedente puesto que revive uno legalmente terminado, el sucesorio de Juan de Dios Maya; y que, como la demandada en aquél propuso la excepción de cosa juzgada, ha debido acogerse esta defensa antes que alterar los linderos de las adjudicaciones, que es lo que hace la sentencia aquí impugnada.

Cargo segundo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de haberse incurrido en el proceso en nulidad por trámite inadecuado, según lo establecido por el numeral 4 del precitado artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desarrollo de esta censura considera el acusador, y así lo asevera, que el procedimiento de deslinde aquí seguido es inidóneo para hacer efectiva la sentencia aprobatoria de la partición proferida en el sucesorio de Juan de Dios Maya; y que lo pertinente es tramitar "el juicio de entrega previsto en el antiguo Código Judicial, o haber efectuado una partición adicional en el mismo juicio de sucesión...".

Se considera:

1. *El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, destina todo el Capítulo 5º del Título XI de su Libro Segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse, sus consecuencias y su saneamiento. Mediante los primeros de dichos preceptos, el legislador de 1970, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en esta materia, aunque ampliando el número de las causales anteriormente consagradas, el de la* especificidad, *según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente* no es posible extenderlos a informalidades diferentes.

2. El legislador del año de 1970 atribuyó autonomía como causal de nulidad procesal, dándole individualidad propia mediante el numeral 3 del artículo 152 del C. de P. C., a la conducta del juez cuando éste "revive procesos legalmente concluidos", cuya razón de ser está en el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada.

Pero si esta irregularidad capaz de viciar el procedimiento aparece como causal específica en el panorama de la nueva legislación procesal colombiana, su consagración positiva como nulidad no es sin embargo nueva en ella: la Ley 105 de 1931 también le daba cabida dentro del concepto genérico de "incompetencia de jurisdicción", por implicar tal proceder una usurpación, por parte del juez, de la función jurisdiccional para ejercerla en los casos en que legalmente no le corresponde.

Dados la finalidad de la función jurisdiccional y su carácter definitivo, el proceso no puede perpetuarse en el tiempo: debe tener una duración limitada. Según nuestro derecho positivo la relación procesal termina ordinariamente con la sentencia y excepcionalmente en casos como el de desistimiento, de transacción o de perención. Y como el fin del proceso marca la pérdida de la competencia del juez en él, por lo que terminado, ora sea normal o ya anormalmente, no puede éste revivirlo, la causal de nulidad que aquí se comenta sólo puede configurarse cuando el juez continúa conociendo de él muy a pesar de su fenecimiento.

3. Del hecho de que en la sentencia aprobatoria de la partición proferida en el sucesorio de Juan de Dios Maya se hubiera ordenado la entrega de los bienes adjudicados a cada uno de los asignatarios, no puede seguirse necesariamente, como aquí lo pretende el casacionista, que el deslinde seguido posteriormente sea camino para revivir aquel proceso. Una cosa es la orden judicial de hacer esa entrega, y otra muy distinta la de que los predios adjudicados contengan linderos confusos o equívocos que, precisamente por su falta de precisión en el terreno, determinen la necesidad del proceso de deslinde y amojonamiento.

Cuando al partir los bienes de una herencia quedan en las hijuelas puntos oscuros o dudosos sobre los linderos de los predios adjudicados, los dueños de éstos o los titulares de derechos reales principales constituidos sobre ellos, están legitimados, según lo establecido por el artículo 900 del C. C., para pedir su deslinde, sin que ello implique desconocimiento de la sentencia que aprobó la partición, ni menos que dicho proceso especial sea un camino soslayado para revivir el sucesorio legalmente fenecido.

No se configura en este caso, pues, la causal de nulidad invocada.

4. *Y quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo surgieron entre los jueces, pero siempre siguiendo el criterio taxativo atrás aludido, el numeral 4 del artículo 152 antecitado elevó a la categoría de nulidad general el hecho de seguir "un procedimiento distinto del que legalmente corresponde", cuyo fundamento jurídico está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.*

Mas, como el legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista,

sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no podrá hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se le hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, en todo o en parte; o cuando siendo una de estas dos clases se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario.

5. Como en el caso *su-judice* la pretensión de deslinde y amojonamiento, que es la única que se halla deducida en la demanda inicial del proceso, se sometió al trámite establecido para ese tipo de controversias por el Título XXVI del Libro Segundo del Código Judicial entonces vigente; y como durante toda la tramitación se observaron en su integridad las formas establecidas por la ley, para aplicarlas según las contingencias que se presentaran en esta relación procesal, se impone concluir que tampoco se estructura en este caso la causal de nulidad prevista en la regla 4ª del artículo 152 del C. de P. C.

No se pidió pues en la demanda la entrega de un inmueble ni menos la práctica de un inventario adicional de bienes herenciales; y siendo ello así, como en realidad lo es, no puede decirse que el trámite del deslinde imprimido a dicho libelo sea inadecuado, configurándose por tanto nulidad de la actuación por este motivo, irregularidad que como todas las de su misma especie aluden a la forma del proceso y no al fondo de la relación material que en él se controvierte.

6. *Atinente a la nulidad procesal que con base en la falta de "pronunciamiento de fondo sobre la excepción de cosa juzgada", también invoca el casacionista en el primero de los cargos que aquí se consideran, es bastante advertir, para poner de manifiesto su improcedencia y por ende para justificar su rechazo, que el hecho de que el juzgador omita pronunciarse en la sentencia sobre una excepción oportunamente propuesta por el demandado constituye un error* in procedendo, *el cual, sin embargo, solamente puede repararse en casación con fundamento en la causal segunda y no con apoyo en la quinta, pues el fenómeno no genera nulidad de la actuación sino inconsonancia entre lo pedido y lo fallado.*

De otra parte, cabe observar que si el proceso de deslinde incoado ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín en 1967 por Josefina Maya de López contra Oscar Villegas Maya y otros, terminó, según lo dicen las respectivas copias allegadas como prueba al presente (Fls. 30 y ss. Cuad. Nº 1), con decisión de carácter inhibitorio, tal inhibición, que de suyo implica la abstención del fallador para resolver sobre el mérito de la controversia presentada, no conlleva jamás los efectos de la cosa juzgada material.

7. Como consecuencia de lo atrás expuesto debe seguirse que los cargos de nulidad formulados contra la sentencia de segunda instancia, con apoyo en la causal 5ª de casación, son improcedentes; y que, por consiguiente, se impone su rechazo.

Causal segunda.

Cargo único.

1. En él se denuncia incongruencia de la sentencia de segundo grado "con las pretensiones de la demanda"

2. A intento de fundar esta censura, expresa el recurrente que encontrándose en los autos probada "fehacientemente la excepción de prescripción adquisitiva de dominio propuesta por la señora Mercedes Maya Villegas en la demanda, y que tiene como fundamento la posesión desde hace más de treinta años", no fue fallada por el sentenciador. Nota además el censor que el Tribunal afirmó en su sentencia que "como se rechaza la oposición al deslinde en el juicio ordinario, no es el caso estudiar las excepciones propuestas".

Se considera:

1. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como también lo hacía el 471 del estatuto procedimental anterior, consagra el principio de la congruencia de la sentencia, al estatuir que ésta "deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley". Pero como dichas normas procesales se limitan a establecer un determinado comportamiento del juez al momento de fallar, su inobservancia por éste implica de su parte un error *in procedendo* y no uno *in judicando.*

2. Para reparar a través del recurso de casación el agravio que tal vicio de actividad infiera a las partes, el legislador tiene establecido, en

guarda de esa forma especial del enjuiciamiento que prescribe que las sentencias tengan consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado. Dice en efecto el artículo 368 del C. de P. C., que "son causales de casación:... 2. No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado".

Mas como se trata de una causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de individualidad propia, ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad ni altere su naturaleza. Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla; consiguientemente, como en forma constante lo ha expresado la Corte, esta causal "no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo" (LXXVIII, 882; XCII, 965).

3. Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos la falta de conformidad por cualquiera de estos tres aspectos: porque el fallo otorgue más de lo pedido por el actor *(ultra petita)*; porque resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste *(extra petita)*; o porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo *(minima petita)*.

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

4. En el caso que aquí se estudia Mercedes Maya Villegas, que es la demandante en el proceso ordinario de oposición al deslinde, en la demanda respectiva, como también lo había hecho en el escrito mediante el cual dio contestación al libelo inicial, invocó a su favor como modo de adquirir una zona de terreno limítrofe, la prescripción adquisitiva del dominio.

Consideró el Tribunal, y así lo expresa en la motivación de su sentencia, que como "la demandante Mercedes Maya Villegas no ha acreditado una posesión unívoca e inequívoca sobre el predio que pretende prescribir y que por tanto tal posesión alegada y no probada no es el caso de tenerla en cuenta para la fijación de linderos entre su predio y el de la señora Paulina Maya de Villegas, hoy sus herederos". Y en la parte resolutiva de su fallo, luego de disponer expresamente el rechazo de "la oposición al deslinde presentado por la señorita Mercedes Maya Villegas, en escrito de 22 de octubre de 1969", en el aparte f) resolvió que "se rechazan las excepciones presentadas al juicio de deslinde".

Las transcripciones que aquí se hacen del fallo del *ad quem*, en lo concerniente a la prescripción adquisitiva del dominio alegada por la recurrente, son de suyo suficientes para advertir claramente que el punto sí fue motivo de consideración y decisión por el Tribunal; y que, por consiguiente, su fallo al respecto no puede ser acusado con apoyo en la causal segunda, porque en él, lejos de existir incongruencia alguna, se encuentra una consonancia perfecta entre lo demandado y lo fallado. Si las razones que tuvo el fallador de segundo grado para llegar a ese resultado no guardaren correspondencia con la situación de hecho que las pruebas demuestran, dicho aspecto sería materia exclusiva de la causal primera y no de la segunda.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Causal primera.

Primer cargo.

1. En su planteamiento se denuncia quebranto directo de los artículos 669, 762, 1757, 2512, 2513 y 2518 del Código Civil, y 1º de la Ley 51 de 1943, por falta de aplicación.

2. En desarrollo del cargo asevera el censor, luego de transcribir los artículos 762, 669 y 789 del Código Civil, que estos textos legales deben ser aplicados en el presente caso "porque mi mandante, doña Mercedes Maya Villegas, acreditó debidamente dentro del proceso la posesión sobre 53.306 metros cuadrados" que comprendi-

dos dentro de las alindaciones que consigna, forman el lote que se le adjudicó en la sucesión de Juan de Dios Maya según Escritura número 502 de 2 de marzo de 1939, la cual fue debidamente registrada; que, por tanto, existe "la presunción de dominio, pues en el proceso acreditó la posesión material con hechos positivos, circunstancia ésta que como poseedora material la favorecía en el presente juicio, pues conforme a las voces de la norma en comento, el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, presunción esta que no fue desvirtuada en el curso del juicio".

Añade la censura que "a lo largo del proceso, es una verdad que salta a la vista que Mercedes Maya tenía el dominio del lote que le fue adjudicado en la sucesión de su difunto padre", del cual ostentaba el *corpus* y el *animus*; que gozó de él desde agosto de 1933 y lo ha usado desde entonces con entera libertad, hasta el punto de haber enajenado una parte; que "en el proceso aparece demostrada la posesión inscrita con los títulos de dominio" sobre el referido predio; y que a pesar de todo ello el Tribunal le desconoció la posesión ejercida por un lapso superior a 30 años.

Refiriéndose al texto del artículo 1757 del C. C., norma que el recurrente califica de sustancial y que estima aplicable también para decidir la presente controversia, afirma que "aparecen demostrados todos y cada uno de los hechos, o sea la causa petendi de la gestión actora, y que fueron señalados en forma coherente y lógica en la demanda ordinaria".

A renglón seguido se concreta el objetante a explicar la violación que denuncia de los artículos 2512, 2513, 2518 del C. C. y 1º de la Ley 51 de 1943, normas estas que, dice, "relacionadas todas con la usucapión, y concretamente con la prescripción adquisitiva de dominio, son aplicables al presente caso, puesto que Mercedes Maya Villegas, actora en el juicio ordinario y demandada en el especial, por ser este juicio doble, ha poseído pacífica e ininterrumpidamente, no sólo el fundo que le correspondió por herencia, sino una franja superior de terreno...".

3. Concluyendo la formulación del cargo, expresa el censor que si el Tribunal hubiera aplicado las anteriores normas legales en la definición de este conflicto, habría reconocido la prescripción adquisitiva invocada en su favor por la demandante y en consecuencia trazado "la línea demarcatoria entre los predios de Mercedes Maya Villegas y los herederos de doña Paulina Maya de Villegas, conforme al plano protocolizado con la Escritura número 502 de 1939 y según el alinderamiento que por la cabida reza la escritura ya dicha".

Se considera:

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

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

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

2. Para denegar la pretensión concerniente a la prescripción adquisitiva del dominio que en su favor invocó Mercedes Maya Villegas como modo de adquirir una zona de terreno, el Tribunal se basó en que ésta no acreditó "posesión unívoca e inequívoca" sobre el predio que pretende usucapir; y que por consiguiente, no podía tener en cuenta "la posesión alegada y no probada para la fijación de los linderos".

De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, sin embargo de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el *ad quem* no dio por establecida en el proceso, estándolo, la posesión con los caracteres legalmente necesarios para conducir a la prescripción. Es decir, que la censura viene edificada sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trata de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía, invocando los errores que al sentir del censor habría cometido el sentenciador en la apreciación de las pruebas aducidas.

3. La defectuosa formulación de este cargo lo torna ineficaz; y, en consecuencia, se rechaza.

Segundo cargo.

1. Denúnciase en él violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 669, 762, 1757, 2512, 2513, 2518, 2522 y 2535 del Código Civil; y por aplicación indebida, de los preceptos 900 y 2338 de la misma codificación y del 1º de la Ley 51 de 1943, como consecuencia de los errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

2. Entre las pruebas que al decir del recurrente no fueron estimadas por el Tribunal, aquél señala la sentencia aprobatoria de la partición en la sucesión de Juan de Dios Maya, protocolizada en la Escritura 502 de 1939; "el lote que forma parte de esta escritura y que se halla inserto al folio 54 del cuaderno principal"; la inspección judicial practicada el 30 de julio de 1970; las "documentales expedidas por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín"; el certificado de la Oficina de Catastro; la hijuela correspondiente a Mercedes Maya; y, además, la certificación expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Y refiriéndose a las pruebas que, según él, fueron erróneamente apreciadas, el censor indica los dictámenes de Guillermo Vélez, Federico Sierra, Francisco Bravo y Rubén Piedrahita, rendidos los dos primeros en la diligencia de apeo y los dos últimos en la segunda instancia del proceso ordinario; y los testimonios "recogidos tanto en primera como en segunda instancia", concretamente los de Antonio Acevedo, Pedro Luis Estrada, Guillermo Rodríguez Bedoya y Raúl Antonio Pizarro.

3. Desenvolviendo el cargo por su primer aspecto, asevera el impugnante que el Tribunal incurrió en yerro fáctico al dar por establecido que el trabajo de partición efectuado por el ingeniero Severiano Cadavid quedó inconcluso, no obstante que la sentencia aprobatoria del mismo, protocolizada en Escritura número 502 de 2 de marzo de 1939, dice que "en vista de que el señor partidor ha puesto en su trabajo fechado de ayer, los linderos de los lotes adjudicados a cada uno de los herederos y legatarios; y en vista de que en memorial de 12 de febrero postrero los demás interesados se manifiestan conformes con la partición hecha y piden que sea aprobada, el Juzgado... aprueba la partición delimitada".

Agrega el recurrente que al error aquí apuntado, llegó también el *ad quem* "por haber dejado de apreciar el lote que forma parte de esta escritura y que se halla inserto al folio 54 del cuaderno primero, en donde aparecen las áreas de partición de la sucesión de Juan de Dios Maya, lote número 1, fracción La América, con un área de 130.463.41 metros cuadrados, y en donde aparecen singularizadas por su cabida las áreas de partición", que luego discrimina.

Finalizando la formulación de esta censura, dice el recurrente que "si el Tribunal hubiera reconstruido sobre el terreno el plano por las áreas anteriormente citadas, hubiera llegado a la conclusión exacta de que el trabajo de partición quedó concluido y, de consiguiente, hubiera tenido que demarcar los linderos de la parcela número 2 correspondiente a Mercedes Maya Villegas, por su cabida y conforme a las líneas de este plano".

4. Concretando la impugnación al dictamen de los peritos Guillermo Vélez y Federico Sierra y al análisis que de él hizo el Tribunal, dice el recurrente que éste incurrió en error de hecho al dar por establecido, "sin ser cierto, que el dictamen es equilibrado, equitativo y muy bien fundamentado".

Y después de extractar el contenido de dicha prueba, en cuanto a la cabida de 103.112 metros cuadrados que los expertos asignan al inmueble, según el nuevo plano levantado por ellos, afirma que "esta es una afirmación gratuita de los peritos, por cuanto a los autos no se agregó dicho levantamiento, vale decir, que no hubo ese documento que los peritos dicen haber elaborado, para que el dictamen sea realmente fundado, pues tampoco se dio la escala que corresponde a dicho plano"; que si el sentenciador hubiera triangulado, con la escala que allí se indica, el plano del ingeniero Cadavid, habría tenido que

llegar a la conclusión de que éste no padecía ningún error; pero que como los peritos ni el Tribunal realizaron esa triangulación, el concepto de los primeros resulta infundado y errónea la apreciación que el segundo hizo de él.

A renglón seguido el censor realiza algunas operaciones aritméticas para deducir que el dictamen pericial, en la parte que sus autores comparativamente con el plano levantado por Cadavid encuentran un sobrante de 4.030.12 metros, es equivocado, puesto que, dice, si el área total de los lotes de Mercedes, Josefina y Paulina era de 85.905.50 metros cuadrados en vez de 99.083 de que habla el plano de partición, no se ve la razón para que el dictamen aumente la cabida de los lotes de estas adjudicatarias, pues lo que han debido hacer era disminuirla. Agrega que "de otro lado, no se sabe a qué fundo le disminuyeron los 4.030.12 metros, pues en el levantamiento que aparece a folio 53 se dice que el lote extra resultante o sobrante es de 1.368 metros, cabida esta que es muy diferente a la hipotética diferencia de 4.030.12 que afirman los peritos gratuitamente"; sostiene que la cifra últimamente citada le fue quitada al lote de Rosa Maya, quien no era parte en el proceso, lo que implica error manifiesto; y que a Mercedes Maya le fue disminuido su lote en la partición y no se lo aumentaron como expresaron los peritos.

5. Continuando con el desenvolvimiento del cargo, dice el impugnador que el Tribunal incurrió en un nuevo error manifiesto de hecho al apreciar incorrectamente el dictamen de los peritos Francisco Bravo y Rubén Piedrahita, rendido en la segunda instancia del proceso.

A intento de fundamentar esta censura, expresa el casacionista que si el concepto de los peritos Guillermo Vélez y Federico Sierra adolece de los errores que le endilga atrás, aquella peritación, que se limita a adherir a los conceptos expresados en la primeramente rendida, resulta igualmente injusta, inequitativa e infundada en cuanto dice que las áreas asignadas en las hijuelas de la partición no corresponden a las del plano levantado en 1931 por Severiano Cadavid.

6. En la determinación de los errores de hecho que imputa al Tribunal, el censor enlista luego el que a su juicio consiste en haber dado por establecido, "sin ser cierto, que las declaraciones recogidas tanto en primera como en segunda instancia no son convincentes, cuando en realidad lo son", juicio este que lo llevó, agrega, a "desconocer la posesión de mi mandante en más de treinta años y la consiguiente prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien que le fuera adjudicado".

Estima el recurrente, y así lo asevera, que con los testimonios de Antonio Acevedo, Pedro Luis Estrada, Guillermo Rodríguez y Antonio Pizarro, cuyo contenido sintetiza, se acredita suficientemente que Mercedes Maya Villegas ha estado en posesión pública, tranquila e ininterrumpida por más de 30 años, concretamente desde 1939, del lote que se le adjudicó en la sucesión de Juan de Dios Maya; y que al apreciar el *ad quem* "incorrectamente la anterior prueba testimonial, incurrió en ostensible error de hecho al no dar por demostrada, estándolo, la posesión por más de treinta años".

7. Rematando la formulación del cargo, afirma el censor que el Tribunal "no tuvo en cuenta" la inspección judicial practicada el 30 de julio de 1970, la cual determina los linderos de la parcela adjudicada a la demandante.

Agrega que además el Tribunal "dejó de analizar" las copias expedidas por el Juzgado Décimo del Circuito de Medellín, el certificado de la Administración de Impuestos y el de la Oficina de Catastro, la hijuela de Mercedes Maya y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, pruebas todas estas oportuna y legalmente allegadas al proceso, las que, asevera el censor, demuestran que la demandante es dueña y poseedora "del inmueble de que data el plano de Severiano Cadavid, y su hijuela"; y que lo ha denunciado para efectos impositivos y catastrales, conforme a la cabida que dicha hijuela reza.

Se considera:

1. El resumen que se hizo del fallo acusado evidencia que el Tribunal, para rechazar la oposición que Mercedes Maya Villegas formuló a la línea divisoria trazada en la diligencia de apeo de 10 de octubre de 1969, se fundó no únicamente en las pruebas que la censura ataca sino también y fundamentalmente en la confesión de la demandante que encontró vertida en el documento de 26 de noviembre de 1970; y, además, en la inspección judicial practicada por el *ad quem* el 29 de julio de 1971, y en los testimonios que a petición de los demandados se recibieron en ella.

Refiriéndose al primero de estos medios, expresa la sentencia que en aquel documento la demandante "reconoce que la cabida de su lote es únicamente de 38.262 metros cuadrados y no la de 61.150 metros cuadrados que dice la resolución de Catastro de Medellín, agregando que los

encargados municipales de medir la tierra cogieron otro lote de propiedad de los herederos de su hermana Paulina Maya de Villegas", expresiones de las que el Tribunal infiere las siguientes dos conclusiones: "1) La cabida reconocida por la señora Mercedes es la que indican los peritos de la 1ª instancia doctores Guillermo Vélez y Federico Sierra y el deslinde impugnado por ella; 2) La posesión sobre el lote discutido más allá de la cabida reconocida, e inclusive de una muchísima mayor, era equívoca y no tenía certeza...". Aludiendo a la inspección judicial, expresa que durante ella "el suscrito Magistrado ponente estuvo muy atento a las referencias a objetos materiales de ese señalamiento por los testigos y no pudo darse cuenta sobre el terreno de tales linderos;... se dejó constancia en la diligencia que llevó a cabo el Tribunal al lugar del pleito que los predios colindantes en la zona de controversia no tienen ni de manera remota divisiones que denoten una posesión exclusiva de las partes"; y, en torno a la prueba testimonial recibida durante el curso de la segunda instancia del proceso, dice que "el Tribunal da mayor fe a estas declaraciones porque las halla más acordes con lo que revelan los signos externos de las inspecciones judiciales".

La demanda de casación, como aparece del extracto que se ha hecho del cargo en estudio, omite toda impugnación en relación con los tres medios probatorios aquí referidos, que la sentencia censurada ostenta también como básicas de las resoluciones que ella contiene. Y si, como reiteradamente lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo no puede prosperar por no ajustarse a la técnica de la casación.

No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de unos medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a las demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación.

2. Pero si haciendo abstracción del defecto de técnica observado debiera la Corte entrar al estudio de fondo del cargo, tendría que decir que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le endilga la censura. En efecto:

Es cierto que en el inicio de su providencia el sentenciador afirma que "el trabajo partitivo en el juicio de sucesión de Juan de Dios Maya quedó inconcluso"; pero también lo es que a renglón seguido contrae su observación al "aspecto de determinación precisa de los respectivos alinderamientos", aclarando luego su pensamiento al expresar que "el juicio de deslinde no hace más que complementar el trabajo inconcluso de la partición de los bienes del señor Juan de Dios Maya en lo que respecta a los linderos de las partes en este juicio". Lo cual significa que al hablar de "trabajo de partición inconcluso" no quiso decir que a éste le hubiera faltado algún trámite procesal propio, sino que el deslinde completaba la partición, es decir, que este procedimiento servía para precisar los linderos sobre el terreno y ya que la entrega de las adjudicaciones, a la cual se había deferido el señalamiento de mojones, no se había hecho.

3. Todo el contenido del fallo indica que el sentenciador sí vio y consiguientemente consideró, tanto el plano levantado en 1931 por el ingeniero Cadavid como la Escritura número 502 de 1939, mediante la cual éste se protocolizó en la Notaría 3ª de Medellín; y que sobre los resultados del cotejo que hizo de ellas con las demás aportadas edificó su decisión.

Al respecto expone el sentenciador: "En casos como el presente es en extremo necesaria la prueba de peritos de ingenieros porque se trata de cabidas y de áreas determinadas en planos que necesitan conocimientos especiales para pasar las referencias de los planos al terreno. Se tienen aquí cuatro profesionales, en primera y segunda instancia, que respaldan la línea divisoria fijada primeramente por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, como línea divisoria por el lado Norte de los lotes adjudicados a Mercedes Maya y Paulina Maya. Es de observarse que si esta línea no se sostuviera, un simple lego podría ver que si las líneas marcadas en el plano del señor Severiano Cadavid se volcaran sobre el terreno la cabida del lote adjudicado a Paulina Maya de Villegas rebajaría en un 30% o 40%, lo que está indicando que el señalamiento de mojones impugnados no hicieron más que completar el trabajo de partición y que no hubo ocasión de hacerlo propiamente en el juicio de sucesión, ya que de haberlo sido el partidor hubiera tenido indefectiblemente que reajustar las áreas y sobre todo las correspondientes a los lotes de Mercedes Maya y Paulina Maya de Villegas".

No se trata, por consiguiente, de que el Tribunal hubiese dejado de ver las pruebas aquí indicadas por la censura, sino de que, al valorarlas, no les reconoció eficacia para demostrar el

derecho alegado en la demanda de oposición al deslinde, que es cosa bien distinta.

4. Estima el recurrente que como a los autos no se agregó el nuevo plano "que los peritos deben haber elaborado, para que el dictamen sea realmente fundado, pues tampoco se dio la escala que corresponde a dicho plano", incurrió en error de hecho manifiesto el Tribunal al calificar de "equilibrado, equitativo y muy fundamentado" el experticio rendido en la diligencia de apeo por los ingenieros Guillermo Vélez y Federico Sierra.

Acontece, empero, que si la prueba pericial aquí impugnada se decretó para verificar sobre el terreno la cabida y localización de los predios materia del deslinde, "con base en las hijuelas que a cada una de las partes corresponde", y no se ordenó el levantamiento de un nuevo plano, los peritos no estaban obligados a su ejecución; y si lo levantaron, como evidentemente lo hicieron desde luego que la copia aparece al folio 61 del cuaderno principal, fue para ilustrar mejor y por ende para darle más sólidos fundamentos a su dictamen. En todo caso, como el referido plano sí obra en autos y su existencia en ellos fue conocida por las partes, la censura al respecto carece de razón de ser.

Continuando el análisis de esta prueba, añadió el Tribunal que "los peritos manifestaron en su dictamen que las áreas consideradas en el plano de Severiano Cadavid no coincidían con las dimensiones del lote global repartido en la sucesión de Juan de Dios Maya a Josefina Maya de López, Paulina Maya de Villegas y Mercedes Maya Villegas. Debido a esto hubieron de levantar un nuevo plano del lote en discordia y así se obtuvo un área de 85.905.50 metros cuadrados; área que sumada a la vendida por Mercedes Maya a 'Planeco', que es de 17.207 metros cuadrados, da una superficie de 103.112.50 metros cuadrados. Agregan que sumadas las áreas de las tres hijuelas de 53.306 metros cuadrados de Mercedes Maya; 31.238 metros cuadrados de Paulina Maya; y 14.539 metros cuadrados de Josefina Maya, da un total de 99.083 metros cuadrados; por lo cual resolvieron hacer una partición proporcional en la forma que indican en su trabajo pericial".

Comparados por la Corte el contenido de la prueba y el análisis que de ella hizo el Tribunal, se llega a la conclusión que éste es el trasunto de aquella; y que, por tanto, el sentenciador vio dicho medio tal y como él aparece, sin atribuirle nada distinto de lo que indica, por lo que no existe el error de hecho que se invoca en la censura, y mucho menos con el carácter de contraevidente que es preciso para casar una sentencia.

Cabe observar, de otro lado, que el dictamen pericial fue practicado con observancia de todos los ritos que exigían las normas vigentes por la época de su producción, que por tanto su contenido fue conocido por todas las partes del proceso, y que a pesar de esto ninguna de ellas le formuló objeciones.

5. Y como el error fáctico que la censura le imputa al sentenciador en la apreciación del dictamen de los peritos Francisco Bravo y Rubén Piedrahita, se hace derivar del yerro en que según el recurrente incurrió aquél en la estimación del dictamen pericial anterior, las razones consignadas en el numeral precedente para rechazar dicha censura son válidas para que la presente corra la misma suerte.

A más de expresar que la línea divisoria trazada en la diligencia de deslinde es la que "se acomoda mejor a las cabidas indicadas en las hijuelas", los peritos mencionados, quienes intervinieron en la inspección judicial practicada en la segunda instancia del proceso, afirman que midieron "las líneas por triangulación de los predios como aparece en el plano de don Severiano Cadavid que no corresponden con las áreas consignadas en las hijuelas"; luego, ante la afirmación del recurrente de que no triangularon y la de los peritos que sí lo hicieron, debe estarse el dictamen mismo contra el cual no se pidió aclaración alguna, ni menos se objetó.

6. Atinente a la acusación que se presenta por razón de que el Tribunal, debido a la errónea apreciación de los testimonios aducidos por la demandante, incurrió en error de hecho al no dar por establecido que ésta ostentó la posesión del bien con los caracteres legalmente necesarios para usucapirlo, cabe observar:

a) El sentenciador, después de haber analizado "las declaraciones de primera instancia como las de segunda en las diferentes diligencias en cuanto a la posesión de Mercedes Maya Villegas en la zona discutida", de las que dijo que "no son convincentes", pasó a considerar "los muchos testimonios que afirman que la posesión en el lote limítrofe, es y ha sido común" en relación con los cuales expresó que "el Tribunal da mayor fe a estas declaraciones porque las halla más acordes con lo que revelan los signos externos de las inspecciones judiciales". Del análisis en conjunto de toda la prueba testifical dedujo que no estaba demostrada la posesión alegada por la demandante, y sobre esta conclusión edificó su fallo;

b) Las consideraciones que en el fallo impugnado se hacen de las declaraciones recibidas a instancia de la demandante, fundadas en que la mayoría de los testigos indican linderos que a ellos les fueron referidos por los interesados y mojones que "en la actualidad son inexistentes", no son contraevidentes con la realidad de los hechos que en ellas se exponen. Así, esa apreciación es respetable para la Corte, mientras el cargo formulado en casación no demuestre el error manifiesto de hecho que la censura le imputa, como aquí ocurre.

7. No menos improcedente se ofrece el cargo por error evidente de hecho que el impugnador hace derivar de la no apreciación de la inspección judicial practicada el 30 de julio de 1970, las copias expedidas por el Juzgado Décimo del Circuito de Medellín, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y el de la Administración de Impuestos. Porque, fuera de que el sentenciador tomó como principales para la conclusión a que llegó en su sentencia otras pruebas distintas de las aquí enunciadas, es lo cierto que todo el contenido del fallo indica que sí vio y consiguientemente consideró también estos medios; y que sobre los resultados del cotejo que hizo de todo el acervo probatorio practicado edificó su decisión.

Y si, como también lo tiene dicho la Corte, no siempre que el sentenciador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, habría que decir, en el supuesto de que el *ad quem* no hubiera visto la existencia en el proceso de los elementos probatorios referidos en esta censura, que su yerro sería intrascendente, porque las demás pruebas en que fundó su decisión y cuya estimación, como se ha visto, ha salido ilesa, son de suyo suficientes para impedir la quiebra de la sentencia.

8. Viene de todo lo dicho la conclusión de que por no encontrar la Corte ninguno de los errores de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal en la apreciación de los medios de prueba producidos en el proceso, el cargo resulta infundado y que, de consiguiente, se impone su rechazo.

V

DECISION

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

PERENCION

Procede en el recurso de revisión.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Antecedentes.

1. En demanda de 27 de junio de 1969, dirigida contra Pedro Martín Quintero, María Elena Rodríguez viuda de Pulido, Rafael, Cecilia y Beatriz Pulido Rodríguez, Teresa Pulido de Peñaloza, Inés Pulido Rodríguez de Delgado y Policarpo Melo, este último como heredero de Elena Pulido de Melo, por intermedio de apoderado judicial Leopoldo Pulido Rodríguez interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario instaurado por Teodosio Pulido Bulla contra sus hijos Leopoldo y Rafael Pulido Rodríguez.

Después de recibido el respectivo expediente, la Corte admitió la demanda por auto de 28 de noviembre de 1969, providencia que, con excepción de Policarpo Melo García, fue notificada personalmente a los demandados, a quienes además se les corrió el traslado de la demanda durante el lapso comprendido entre el 10 de marzo de 1970 y el 18 de enero del año siguiente.

2. En escrito de 14 de marzo de 1972, al cual adjuntó la copia del acta de la defunción del demandado Policarpo Melo García, bajo la gravedad del juramento el recurrente manifestó que los herederos de aquél son indeterminados y que por consiguiente desconocía sus nombres, domicilio y residencia.

3. Acreditada esta sucesión procesal, dando aplicación a lo imperado por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, en concomitancia con lo previsto por los preceptos 60 y 81 *ibídem*, en providencia de 10 de abril de ese año la Corte ordenó el emplazamiento de los herederos del demandado Melo García, para que recibieran la notificación personal del auto admisorio de la demanda, con la advertencia de que si no comparecían se les designaría curador *ad-litem*.

En virtud de esta ordenación, la Secretaría de la Sala procedió a fijar el edicto correspondiente el 17 de abril del mismo año y a expedir las copias de él, para su publicación en la prensa y en una de las radiodifusoras de la localidad; sin embargo del tiempo transcurrido el recurrente no ha realizado esta última diligencia, por lo que el negocio se encuentra paralizado desde entonces.

4. Así las cosas, en escrito presentado el 5 del presente mes y con fundamento en lo estatuido por el artículo 346 del C. de P. C., la demandada Inés Pulido Rodríguez de Delgado solicita que la Corte decrete "la perención del proceso", puesto que, afirma la peticionaria y su aserto lo ratifica la Secretaría de la corporación, "el demandante no ha promovido actuación a partir del proveído fechado el 10 de abril de 1972, cuya notificación se realizó el 12 del mismo".

Para decidir,

Se considera:

1. *Con apoyo en la finalidad de la función jurisdiccional y en su carácter definitivo, tiene dicho la doctrina que el proceso no puede perpetuarse en el tiempo, y que, por exigirlo así tanto el interés público como el restablecimiento del orden jurídico, la relación procesal debe tener una duración limitada. Normalmente ésta llega hasta el pronunciamiento de la sentencia, que es el acto procesal mediante el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional para él derivada de los derechos de acción y de contradicción, que asisten a las partes.*

Y si bien es cierto que según el principio inquisitivo que hoy campea en la legislación procesal colombiana, corresponde al juez impulsar el proceso (artículo 37, regla 1ª del C. de P. C.), tal regla no es sin embargo absoluta, puesto que son muchos los eventos en que, para llegar a la

sentencia, se hace necesaria la actividad de las partes, a quienes, por tanto, se les imponen determinados deberes. Entre éstos se cuenta, según lo preceptúa el numeral 6 del artículo 71 del estatuto citado, el de "prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en su contra".

Por cuanto la actividad de las partes tiene en ciertos casos trascendental importancia para la suerte de sus pretensiones, la ley les impone determinadas cargas procesales, las que consisten en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del propio litigante llamado a cumplirla, y cuya omisión trae aparejada para él consecuencias desfavorables.

2. *En los casos en que, haciéndose indispensable la gestión del demandante para que el andamiento del proceso continúe en procura de la sentencia que le ponga fin, aquél no realiza la actividad debida, puede éste terminar, si así lo quiere el demandado, por el modo anormal de la perención, consagrado por la ley positiva ante la necesidad de impedir que la relación procesal quede supeditada en el tiempo de su duración al arbitrio de uno de los litigantes.*

Es razonable suponer que si el demandante no promueve la actuación sin la cual no es posible adelantar el proceso, es porque ya no tiene interés en su prosecución y entonces, para impedir que el demandado quede indefinidamente vinculado a un pleito del cual tácitamente ha desistido quien lo instauró, tal abandono debe ser sancionado.

3. *Establece, en efecto, el artículo 346 del C. de P. C., que no tratándose del caso de suspensión del proceso, cuando "el expediente permanezca en la Secretaría durante la primera instancia por seis meses, sin que el demandante promueva actuación alguna, el juez decretará la perención del proceso, a solicitud del demandado"; agrega esta norma que en los eventos en que proceda la perención, sus efectos, a más de extinguir el proceso, se traducen en la imposibilidad para "que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes", y en que si instaurada nuevamente la demanda se reconoce por segunda vez dicho abandono, el decreto de perención produce entonces no solamente la extinción del proceso sino también la del derecho material pretendido a través de él.*

Pero como el abandono del proceso puede ocurrir no sólo en el primer grado de jurisdicción sino también en su segunda instancia, caso en el cual implica desistimiento tácito del recurso, el artículo 347 ibídem *preceptúa que "el superior, a solicitud del opositor declarará ejecutoriada la providencia apelada, cuando, hallándose el negocio en la Secretaría, el recurrente omita toda actuación durante seis meses".*

4. *Ninguna de estas dos normas, tampoco los preceptos que regulan el recurso de revisión, dicen expresamente que el abandono del litigante llamado a actuar en él para poner fin a un litigio se deba sancionar con los efectos de la perención. De este silencio no puede inferirse sin embargo la improcedencia de la sanción, puesto que si ésta se consagra positivamente para el recurso ordinario de apelación, con mayor razón debe admitirse que también procede en la revisión porque este recurso, dados su carácter extraordinario y su finalidad propia, constituye, pero limitada en el tiempo, una especial excepción al principio de la cosa juzgada.*

5. Como en el caso que aquí se estudia, según lo informa la Secretaría de la Sala y se corrobora con la vista del expediente, el recurrente no ha hecho las publicaciones periodísticas y radiales del edicto emplazatorio de algunos demandados, absolutamente indispensables para imprimirle el curso normal al proceso, la Corte debe, en acato a lo imperado por el artículo 346 citado, decretar la perención que ha solicitado la demandada Inés Pulido Rodríguez de Delgado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Declárase terminado, por perención, este recurso de revisión, propuesto por Leopoldo Pulido Rodríguez contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario de Teodosio Pulido Bulla contra el recurrente y Rafael Pulido Rodríguez.

2º Devuélvase el proceso al Tribunal de origen; y

3º Condénase al recurrente en las costas causadas, las que serán pagadas preferencialmente con el valor de la caución consignada. Tásense.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DE LA VENTA DE UN AUTOMOTOR

Presupuestos procesales, su indebida apreciación es acusable en casación por la causal primera.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 17 de agosto de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por José Vicente Quintero frente a Wvaldo Muñoz.

I

Antecedentes.

1. El 28 de octubre de 1970, según lo expresa el documento privado que en esa fecha otorgaron en la ciudad de Bello, Wvaldo Muñoz por una parte, y José Vicente Quintero, por la otra, celebraron el contrato de compraventa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) El primero expresó vender al segundo y éste comprar a aquél, el automotor tipo volqueta, marca "Internacional", modelo 1956, motor número B-D-308106523, distinguido con las placas número A-65531;

b) Acordaron como precio de la venta la suma de $ 90.000 moneda corriente, de los cuales Quintero entregó $ 40.000 en aquel acto a su vendedor, quien entonces declaró haberlos recibido a entera satisfacción, y comprometiéndose a pagar el saldo mediante la cancelación mensual de cada una de las 25 letras de cambio que por valores de $ 2.000 aceptó;

c) Expresó el vendedor que el vehículo vendido era de su propiedad, obligándose a entregarlo al comprador libre de embargos, demandas civiles y además a "salir al saneamiento de lo vendido en los casos de la ley";

d) Por la cláusula tercera del contrato, estipularon los intervinientes que "dejadas de pagar dos letras consecutivas el vendedor tendrá derecho a retener el vehículo y el comprador perderá lo que haya abonado a cuenta"; y

e) Finalmente se obligó el comprador a cuidar de dicho vehículo "como si fuera propio", y a no disponer de él "hasta no haber cancelado la deuda pues el vendedor se reserva el derecho de dominio".

2. Mediante providencia de 4 de diciembre de 1970, proferida dentro del proceso de quiebra que allí seguía la sociedad "Comercial de Repuestos Limitada" contra Carlos Gómez Pineda, el Juzgado Civil del Circuito de Titiribí decretó el embargo y secuestro preventivos del referido automotor de placas A-65531, decisión que se hizo efectiva por las autoridades administrativas correspondientes el 29 de mayo siguiente.

II

El litigio.

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que el automotor atrás descrito no pertenecía a quien dijo transferirle el dominio a título de venta, sino que entonces era de la propiedad de Horacio Toro Ochoa, el citado José Vicente Quintero demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello a Wvaldo Muñoz, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

Que es nulo, por haber versado sobre objeto que estaba fuera del comercio, el contrato de compraventa acordado por ellos y contenido en documento de 28 de octubre de 1970; que, consecuencialmente, el demandado está obligado a restituir al demandante, junto con los intereses legales producidos, las sumas de $ 52.000 paga-

da como parte del precio y de $ 60.000 gastada en las reparaciones hechas al vehículo; que igualmente se le condene al pago de los perjuicios "procedentes de la nulidad y resolución" del contrato; que se reconozca al demandante derecho a retener el vehículo hasta tanto Muñoz le cancele las sumas atrás referidas; y que, como consecuencia de lo anterior, se declare "resuelto el contrato de compraventa en cuestión".

Y mediante escrito posterior adicionó la demanda inicial, en el sentido de pedir que a más de las anteriores se hicieran también las siguientes dos declaraciones: a) La resolución del "contrato de cambio sobre 25 letras de cambio de $ 2.000 cada una, que se giraron para pagar o cancelar, mediante abonos mensuales, el resto del precio de la venta"; y b) El pago de los intereses "que causen dichas obligaciones" y de los perjuicios "provenientes de la resolución del contrato".

2. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso, con oposición del demandado, el juzgado del conocimiento le puso término con sentencia de 13 de abril de 1972, mediante la cual declaró probada "la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, y como consecuencia no se hace ninguna declaración respecto de las peticiones de la demanda", e impuso al demandante las costas procesales.

3. Por apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, por sentencia de 17 de agosto siguiente, revocó el fallo apelado y en su lugar se declaró inhibido para decidir en el fondo la cuestión controvertida, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, condenando al demandante en las costas de las dos instancias.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. En el inicio de su proveído el Tribunal relata los antecedentes del litigio y todo el desarrollo del proceso, dedicando buena parte a enumerar, discriminándolas, las pruebas aportadas por los litigantes, extractando su contenido para deducir luego los hechos que ellas demuestran.

2. Y después de notar que la demanda tras deducidas varias pretensiones, el sentenciador emprende el análisis separado de cada una de ellas.

En relación con la primera, tendiente a que se declare la nulidad de la compraventa contenida en documento de 28 de octubre de 1970, por haber recaído sobre un objeto que entonces estaba fuera del comercio, dice el *ad quem* que al comparar la fecha de la convención con la del decreto de embargo "resulta forzoso concluir que hay desustancialización del aserto y, por ende, falta de base legal para decretar la nulidad deprecada".

Refiriéndose a la resolución del mismo contrato, que también encuentra pedida en la demanda, asevera que "carece de viabilidad", porque en la fecha de la demanda "el vendedor no había incurrido en mora de hacer traspaso del vehículo al comprador".

Atinente a la petición de que se condene al demandado al pago de los perjuicios causados al demandante por el embargo del vehículo materia del contrato decretado en un proceso ejecutivo, dice que esta pretensión "es independiente e inacumulable a aquella, para lo cual basta observar que, si en realidad tales perjuicios existieron, fue en dicha ejecución en donde debió condenarse".

3. De las consideraciones anteriores concluye el *ad quem* que "la base inicial de este proceso, vale indicar la demanda, es inadecuada al derecho que se pretende"; agregando luego que "esta circunstancia, acorde con el derecho procesal moderno, determina una decisión inhibitoria, que no la decisión declarada por el *a quo,* pues ésta, no empece la previsión consignada en el primer inciso del artículo 306 del C. de P. Civil, norma en la cual se basó el sentenciador de primer grado, no se configura en el plenario ni la consagra el artículo 97 ibídem".

Añade, censurando el criterio contenido en la sentencia de primera instancia, que según la doctrina "la falta de un presupuesto procesal constituye un impedimento procesal, y no una excepción".

IV

La demanda de casación.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte, sin embargo, contrae su estudio al segundo de ellos, por cuanto el primero, por no haberse ajustado en su postulación a la preceptiva técnica del recurso extraordinario, fue declarado inadmisible en auto del 19 de enero pasado.

Segundo cargo.

1. En él se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 752, 768, 769, 1505, 1515 y 1603 del Código Civil.

2. En desarrollo del cargo, empieza el censor por afirmar que como Muñoz no era dueño del automotor que motivó el proceso, "el contrato de compraventa carece de mérito legal, de lo cual se infiere que mi mandante en el momento de contratar no adquirió los derechos sobre el aparato, ni estaba en capacidad de adquirirlos", según lo estatuido por el artículo 752 citado; asevera después que como Quintero "tuvo la persuación de haber adquirido de quien tenía la facultad de enajenar la cosa", procedía aplicar en el presente litigio el artículo 768 ibídem; y que, "como las partes se situaron en dos lugares diametralmente opuestos al momento de realizar la negociación", habiendo obrado el vendedor "con deslealtad porque afirmó un hecho inexistente cuando dijo ser dueño de lo que no le pertenecía", se debía acatar lo imperado por el artículo 769 amparando al comprador en su presunta buena fe.

3. Continuando con el desenvolvimiento de la censura, expresa el impugnador que como Quintero debió hacer reparaciones costosas al automotor "por las malas condiciones en que lo recibió", para lo cual obró "en nombre de la persona que se reservó el derecho de dominio", debe ordenarse que el propietario le restituya el valor de ellas, acatando lo preceptuado por el artículo 1505 de la misma obra.

Afirma, además, que "la sentencia fue dictada con quebrantamiento del artículo 1511 (párrafo 2º) porque el principal motivo que tuvo Quintero para el negocio fue la convicción sincera de que negociaba con el dueño del objeto. Se llega a esta conclusión teniendo presente que la calidad de la persona y la calidad del dueño se unen de tal modo que constituyen la base esencial para la celebración de todo contrato o declaración de voluntad. Si Quintero hubiera conocido de antemano o en el momento de contratar el vicio que le quitó validez al convenio, de ninguna manera se había desprendido de $ 40.000 para recibir a cambio un objeto respecto del cual no habría podido celebrar más tarde todos los actos lícitos que están en cabeza del propietario"; que también violó el artículo 1603 porque en el caso del contrato referido "una de las partes que concurrieron al acto se salió de las condiciones exigidas en el mencionado artículo"; y que "igualmente es violatoria la sentencia del artículo 1515 del Código Civil. Esta violación lo es por infracción directa de la norma sustancial y consiste en que de parte del prometiente vendedor hubo dolo como se deduce de los términos del contrato, de la confesión de parte y de los documentos o certificaciones expedidas por las autoridades de tránsito y de los procesos en los que se produjo el embargo del vehículo en uno de ellos, y el embargo y secuestro en el otro".

Consideraciones de la Corte.

1. *De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; y que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material.*

Como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico de la relación procesal, el deber oficioso de declarar, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones deducidas por las partes, si existen o no los presupuestos del proceso.

2. *Cuando el sentenciador, por incorrecta interpretación de la esencia estructural de todos o de uno cualquiera de estos presupuestos previos, deduce erradamente la ausencia de uno o de algunos de ellos en el proceso y por tanto dicta sentencia inhibitoria en cambio del procedente fallo de mérito; o por considerar equivocadamente que se hallan presentes profiere fallo de mérito y no la sentencia de forma que corresponde, su conducta en ambas hipótesis lo conduce a infringir la ley sustancial. En la primera, porque con ella deja de aplicar al caso del litigio el precepto o preceptos sustanciales correspondientes, debiendo haberlos aplicado; y en la segunda, porque hace actuar en el caso de la controversia que decide normas de esa estirpe que no deben aplicarse.*

En tales eventos, para el restablecimiento del derecho sustancial quebrantado, es posible acusar la sentencia por la causal primera de casación, ya que la misión de la Corte, en el ámbito de ella, es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales.

Mas, para la eficacia del recurso extraordinario en tales casos, el recurrente está en el ineludible deber de impugnar primeramente la con-

clusión que en torno a los presupuestos procesales sacó al fallador, demostrando que contrariamente a lo que la sentencia dice en el punto tales presupuestos se hallan presentes, o que falta uno o alguno de ellos.

3. En el caso de este proceso el Tribunal analizó la demanda con la cual se inició y dedujo que ella "es inadecuada". Sobre esta inferencia edificó su decisión de inhibirse para decidir en el fondo la controversia presentada, por falta del presupuesto procesal de demanda en debida forma.

La acusación se presenta por razón de que el *ad quem* dejó de aplicar en su sentencia las normas que cita la censura. Pero como en su demanda de casación el recurrente omite absolutamente impugnar la conclusión básica del fallo, cual es la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, tal deducción sigue amparada por la presunción de acierto y por tanto, quedando ella en pie, no puede decirse que hubo quebranto, por inaplicación de normas sustanciales que no debían aplicarse, por impedirlo la ausencia de uno de los presupuestos del proceso.

En tales circunstancias es ostensible que la censura resulta incompleta y por ende ineficaz. Por consiguiente, se rechaza el cargo.

VI

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Incongruencia. — Acción y excepción. — Acción y pretensión. — Prescripción adquisitiva y extintiva.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de julio de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Fernando Durán Arciniegas frente a Eduardo Zapata.

I

El litigio.

1. Mediante libelo de 2 de octubre de 1971 el citado Fernando Durán Arciniegas demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué a Eduardo Zapata, en procura de las siguientes declaraciones:

a) Que el actor es el dueño absoluto de la finca denominada "Mirolindo", ubicada en la fracción de "El Jardín" de la jurisdicción municipal de Ibagué, de una superficie aproximada de 29 hectáreas 5.296 metros cuadrados, comprendida dentro de los linderos generales que en la demanda se consignan; b) Que es igualmente propietario, por estar comprendido dentro del contenido espacial de esta heredad, de un predio con cabida aproximada de 40.832 metros cuadrados, demarcado por las alindaciones especiales que la misma demanda relaciona; c) Que, consecuencialmente, el demandado debe restituirle, cinco días después de ejecutoriada la sentencia, el fundo especialmente descrito, junto con los frutos naturales y civiles producidos por la zona referida, y no solamente los percibidos sino también los que su propietario hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y d) Que se condene igualmente al demandado a pagar las costas procesales.

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

a) Zacarías Arciniegas y Eloísa Ortiz contrajeron matrimonio católico en Ibagué el 26 de abril de 1880; de dicha unión connubial nacieron José Angel, Alejandro, José Cupertino Manuel, Mateo, Gregorio Taumaturgo, Primitivo, Cecilia, María Trinidad y Evangelista Arciniegas Ortiz;

b) En el proceso sucesorio de Eloísa Ortiz de Arciniegas, protocolizado en la Notaría 1ª de Ibagué mediante la Escritura pública número 49 de 23 de febrero de 1921, se inventarió como bien social y se adjudicó, la mitad para el cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los nueve hijos legítimos de la causante, por partes iguales, la finca denominada "Mirolindo", situada en la fracción de "El Jardín", de la jurisdicción de ese Municipio, comprendida dentro de estos linderos: "Desde la orilla del río Combeima en el punto donde desemboca en él una quebrada seca que parte linderos con terrenos que fueron de Agustina Machado hasta encontrar una piedra con las marcas de Agustina y Zacarías Arciniegas; de aquí línea recta a encontrar una piedra grande pintada que está frente al lugar donde se bifurcan los caminos que conducen para Girardot y Miraflores; de esta piedra línea recta a encontrar un zanjón en la parte que da frente a la casa de Nicolás Zambrano; por este zanjón arriba, hasta encontrar una chamba, que dividió en un tiempo los terrenos del Hato de la Virgen; de aquí línea recta a encontrar una piedra marcada con la letra A, colocada al borde de la peña del Combeima, después de atravesar el camino real; de aquí línea recta al río Combeima; y por este río abajo hasta el primer lindero";

c) Ocurrido el óbito de Zacarías Arciniegas, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué procedió a liquidar su herencia mediante el trámite del proceso correspondiente, el que, terminado, se protocolizó en la Notaría 2ª de esa ciudad por Escritura número 472 de 24 de mayo de 1928. En él se adjudicó, con excepción de un pequeño lote de una extensión aproximada de 80 metros cuadrados que el causante había vendido a Fernando Durán, la parte de la finca "Mirolindo" que a aquél había correspondido en la sucesión de su esposa, a ocho de sus nueve hijos legítimos, pues Cecilia había muerto a la sazón sin dejar herederos que la representaran, y además a Ignacio Medina, a quien se adjudicó la porción del predio destinada para cubrir la hijuela de gastos;

d) Mediante diferentes escrituras públicas otorgadas todas en Ibagué durante el tiempo comprendido entre 1925 y 1956, Fernando Durán Arciniegas compró a los herederos de Eloísa Ortiz y Zacarías Arciniegas todos los derechos que a éstos habían correspondido en las sucesiones de sus padres en la precitada finca "Mirolindo"; y como también adquirió por compra los que se adjudicaron a Ignacio Medina en la hijuela de gastos, a virtud de esas cesiones aquél advino finalmente a ser el único dueño de la totalidad del fundo referido;

e) Situada dentro de la zona de 80 metros cuadrados que inicialmente Fernando Durán compró a Zacarías Arciniegas, existía una casa de habitación construida en bahareque y techo de murrapo, en la cual aquél vivió con su familia, haciéndole las mejoras necesarias y ejercitando actos de dueño; y a mediados del año de 1933 Durán Arciniegas estableció su residencia familiar en la ciudad de Ibagué, habiendo dejado desde entonces la casa referida y el lote contiguo a Eduardo Zapata, quien por tanto entró a poseer la heredad "a nombre del legítimo y verdadero dueño";

f) Como la aludida casa de habitación fue consumida por un incendio ocurrido en el año de 1939, Durán Arciniegas, con materiales adquiridos con dineros de su exclusivo peculio, la reconstruyó; y luego, en 1948, construyó también otra edificación adyacente a ésta, "consistente en un salón para servicios de comedores y bar, cuatro alcobas, tejas de barro en estas últimas y de eternit en el salón, pisos de baldosín en el salón y de cemento en las alcobas", dotada de servicios de agua, luz y alcantarillado pagados por él, sin participación alguna de Eduardo Zapata;

g) Después de transcribir en los hechos 17º, 18º y 19º de su demanda las respuestas dadas por Eduardo Zapata a algunas de las posiciones que absolvió en junio de 1971, mediante el hecho 20º de ese libelo afirma el demandante que aquéllas "reflejan con toda claridad la situación de este señor y su verdadera posición como poseedor de parte del fundo denominado Mirolindo, porque según su propia confesión él recibió la posesión de manos del legítimo dueño y aun cuando ahora pretende desconocerlo como dueño, su situación frente a éste no ha variado y se trata en este caso de una posesión consentida, en la cual el poseedor no tiene ánimo de señor y dueño";

h) Durán Arciniegas ha poseído permanentemente la nueva edificación, que para servicio de comedores y bar construyó al lado de la zona que ocupa Zapata, dándola en arrendamiento sucesivamente a Luis Aragón, Miguel Angel Martínez y Pedro Díaz Amaya; y ha poseído igualmente el resto de la finca "Mirolindo", ocupándola directa o indirectamente, haciéndole mejoras, "sin que persona alguna le haya impedido ejercitar sobre el inmueble los actos propios del dominio";

i) Dice la demanda en el hecho 29º que Zapata, "en virtud de la autorización y del consentimiento dado por Fernando Durán solamente ha tenido la posesión de un lote de terreno con una superficie de 40.832 metros cuadrados, que hace parte del globo o lote de tierras conocido con el nombre de 'Mirolindo', dentro del cual está la casa de habitación, las instalaciones de establo, cochera, planta para el beneficio del café"; pero que, agrega en el hecho siguiente, esa posesión sólo ha consistido "en vivir allí con su familia, sin que haya ejecutado actos a los cuales solamente da derecho el dominio, por cuanto su posesión no es a título de dueño sino a nombre del verdadero dueño que lo es Fernando Durán Arciniegas"; y

j) El 30 de abril de 1971, citado por su demandante con el fin de buscar arreglo para el diferendo surgido entre ellos por razón de mejoras, Zapata concurrió a la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos de Ibagué; y aun cuando no se encontró allí solución al conflicto, "quedó establecido que Zapata solamente reclama el pago de algunas mejoras que, entre otras cosas, no determinó ni precisó, lo cual indica claramente que Eduardo Zapata no tiene una posesión a nombre propio".

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda negando la mayoría de los hechos en

ella invocados, exigiendo la prueba para los demás y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Afirmó que posee, desde el año de 1934, un predio de más de cinco hectáreas ubicado en el sitio "Mirolindo", contiguo a la carretera que de Ibagué conduce a Girardot, comprendido dentro de las específicas alindaciones que consigna, junto con la edificación en él existente; que desde entonces y hasta hoy ha ejercitado sobre él actos de dominio tales como siembras, cultivos, construcciones, todos en su nombre y en su propio beneficio; que dicha posesión ha sido pública, tranquila e ininterrumpida; y que no es cierto que para actuar así hubiera recibido autorización de Durán Arciniegas.

Finalmente, con fundamento en estas afirmaciones, en esa misma oportunidad propuso la "excepción de prescripción de la acción, por haber adquirido por usucapión el lote de terreno" que describe y especifica en el escrito de contestación a la demanda.

4. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con sentencia de 14 de abril de 1972, mediante la cual resolvió:

"*Primero. Declarar probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio* propuesta por el demandado Eduardo Zapata, y en consecuencia, *declárase* que pertenece al dominio pleno y absoluto de éste, demandado en este proceso, el inmueble de que trata el hecho 3º de la demanda, con todas sus mejoras, dependencias y anexidades, en una extensión superficiaria de cuarenta mil ochocientos treinta y dos metros cuadrados (40.832 m²), comprendido por las siguientes dimensiones y linderos: 'Partiendo de la orilla del río Combeima en el punto donde desemboca en él una quebrada seca que parte linderos con terrenos que fueron de Agustina Machado y hoy son de la Hacienda El Escobal, siguiendo en línea recta de doscientos treinta y tres metros (233 Mts.) y con dirección hacia el Noroeste, a dar al paramento Sur de la carretera que de Ibagué conduce a Girardot; de este punto, siguiendo el citado paramento de la carretera hacia la ciudad de Ibagué, en una distancia de ciento tres metros (103 Mts.); de este punto, en línea oblícula, distancia de setenta y seis metros (76 Mts.), siguiendo la cerca de piedra que encierra el predio de esta parte, a dar con el salón construido por el demandante a continuación de la casa de habitación donde vive el demandado Zapata; siguiendo la línea divisoria de estas dos construcciones en línea ligeramente quebrada que en parte mide diez y nueve metros (19 Mts.) y en el resto veinte metros (20 Mts.), a dar a la esquina que forma el salón de que se ha venido hablando; de este punto en dirección hacia el Occidente y siguiendo la colindancia de las dos construcciones y distancia de treinta y cinco metros (35 Mts.) a dar al punto donde termina esta distancia; de este punto siguiendo en dirección hacia el Sur y por una cerca que divide este lote, a dar a la margen izquierda del río Combeima, en una distancia de doscientos metros (200 Mts.); y de este último punto, río Combeima aguas abajo, hasta dar con la desembocadura de la quebrada seca, primer punto de partida'.

"*Segundo.* Ordénase la inscripción de esta sentencia en el competente registro (numeral 11 del artículo 413 C. de P. Civil).

"*Tercero. Niéganse* las peticiones de la demanda, y por tanto *absuélvese* al demandado, Eduardo Zapata, de los cargos formulados.

"*Cuarto.* Condénase en costas al demandante".

Quinto. Inconforme con esta decisión, la parte demandante interpuso contra ella el recurso de apelación por lo que el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el que, mediante sentencia proferida el 19 de julio pasado, confirmó el fallo apelado y condenó al recurrente en las costas causadas en la segunda instancia.

II

Motivación del fallo impugnado.

1. Después de relacionar los antecedentes del litigio y todo el desarrollo del proceso, aparte en el cual hace énfasis en la posición defensiva asumida por el demandado, advierte el Tribunal que como en este caso concurren los presupuestos procesales, indispensables para pronunciar sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, le corresponde hacer "el análisis de las acciones reivindicatoria y de prescripción adquisitiva —ésta expuesta como excepción—, ventiladas en el proceso"; nota el *ad quem* que el orden lógico de las cosas lo impulsa a estudiar primeramente la segunda, porque, dice, "en caso de prosperar haría nugatoria la primera".

2. Orientado por este razonamiento, se concreta en seguida el sentenciador al estudio de la que él llama "acción de prescripción adquisitiva", de la cual dice que fue creada por el legislador "en beneficio de quien incorpora trabajo

y riqueza a los bienes para obtener de ellos el rendimiento que deben dar y en contra de aquéllos que teniendo su dominio los han abandonado, contrariando el principio contenido en el artículo 30 de la Carta, pues ninguna función social puede cumplir una cosa que ha sido abandonada".

Asevera el fallador que para la prosperidad de la "acción de prescripción extraordinaria", la que estima deducida en la contestación de la demanda, es necesaria la concurrencia de los siguientes dos presupuestos, a saber: a) Posesión material no interrumpida del bien; y b) Que tal posesión haya durado un término no inferior a 20 años. Emprende luego el estudio de las pruebas aducidas, para concluir que como en el caso *sub-judice* los citados dos requisitos se hallan presentes, la prescripción invocada por el demandado está llamada a prosperar, la que al reconocerse, deja "sin piso la acción reivindicatoria dirigida contra él".

3. En esta tarea, el Tribunal considera primeramente las declaraciones de Jaime Leal, Arturo Gil, Francisco Sedano, Ricardo Henao, Gregorio Varón, Marco Tulio Herrera, María Astrid Carvajal y "el resto de los testigos traídos por Eduardo Zapata", de las cuales dice que por ser responsivas y completas, le dejan la convicción de que éste "poseyó por el tiempo que señala la ley para la prescripción adquisitiva el inmueble denominado 'Mirolindo', cuyas especificaciones y linderos aparecen en la contestación de la demanda, no sólo por el número de los testigos sino porque además, ellos en forma enfática ponen de presente que quien ha vivido allí, ha cultivado la tierra, la ha arrendado en diversas oportunidades y en general se ha beneficiado de ella por más de veinte años y sin reconocer dominio ajeno ha sido Eduardo Zapata".

Cotejando los testimonios de dichas personas con los de las que rindieron declaración a instancia de "la parte demandante en la reinvindicación", al ponderar su mérito demostrativo expresa el *ad quem* que prefiere aquéllos a éstos, por encontrarlos "mucho más asertivos respecto de lo apreciado por los testigos, puesto que los de esta parte (alude a la demandante) no controvierten en forma frontal y abierta las afirmaciones de los primeros y además son vagos pues en ninguno de ellos se sostiene un permanente reconocimiento del dominio de parte de Zapata para Durán sino que se refieren cuando más a 1948;...".

4. Para corroborar la conclusión a que en el punto llega, se refiere en seguida el Tribunal a los documentos contentivos de los contratos de arrendamiento allegados al proceso por el demandante, de los cuales afirma que, sin embargo de estar reconocidos, "no prueban que Durán fuera el poseedor de lo que le disputa Zapata, puesto que no se probó que lo arrendado quedara dentro de lo poseído por este último".

5. Refiriéndose al escrito contentivo de la concesión de "una merced de aguas para el predio Mirolindo", asevera el sentenciador que dicho documento no demuestra la posesión de Fernando Durán sobre la zona ocupada por Zapata, "puesto que ésta es apenas una parte del globo total siendo así que está enclavada en él y que tiene apenas 5 hectáreas de las 29 que integran todo el inmueble, como resulta de las constancias dejadas en la inspección judicial"; y que la misma observación cabe en frente del recibo de pago del impuesto de valorización.

III

La demanda de casación.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva el recurrente le formula dos cargos: el uno con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el otro dentro del ámbito de la primera, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Primer cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de no guardar la necesaria congruencia con las excepciones propuestas por el demandado.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, después de concretar la posición asumida por el demandado al contestar la demanda y la parte resolutiva de las sentencias de primera y de segunda instancia, asevera que el *ad quem*, al confirmar la declaración de pertenencia del predio que a favor de Zapata hizo el *a quo*, procedió con exceso de jurisdicción, "resolviendo *ultra petita*", desde luego que el demandado no propuso en este proceso la acción petitoria de dominio, sino la excepción de prescripción de la acción reinvindicatoria instaurada por el demandante.

3. Concretando la formulación de esta censura el impugnador, luego de transcribir el con-

tenido del artículo 305 del C. de P. C. y alguna jurisprudencia de la Corte relacionada con el fenómeno de la inconsonancia, expresa que "el dilema es claro: o el demandado pidió la declaración de pertenencia —y vimos que no lo hizo— o no la pidió. Si lo primero, el juez no podía decretarla por tratarse de una nueva pretensión que sólo cabía mediante reconvención; y si lo segundo, si no la pidió, como en el caso de autos, el juzgado no podía declararla como lo hizo... El Tribunal hizo suya la sentencia del juzgado al confirmarla, es decir, confirmó la declaración de pertenencia hecha por el juzgado, con exceso de jurisdicción, esto es, que incurrió en la misma inconsonancia que el *a quo*".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. *Es hoy verdad averiguada que al Estado corresponde no sólo el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesitan componer un conflicto de intereses surgido entre ellos, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para alcanzar la realización de los derechos subjetivos. Este deber se satisface, en cada caso, con el pronunciamiento de una sentencia, a través del proceso que surge por virtud del ejercicio del poder jurídico de acción.*

El proceso civil contiene una relación jurídica que se denomina relación jurídico-procesal, *la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez.*

2. *Del anterior postulado emerge como consecuencia natural y obvia el principio de la congruencia del fallo, positivamente consagrado por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".*

Como esta norma procesal se limita a establecer un determinado comportamiento del juez al momento de fallar, su inobservancia por éste implica de su parte un error in procedendo. *Para reparar a través del recurso de casación el agravio que tal vicio de actividad infiera a los litigantes, el legislador tiene establecido, en guarda de esa especial forma del enjuiciamiento que prescribe que las sentencias tengan consonancia con las pretensiones y las excepciones oportunamente deducidas por las partes, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado.*

3. *También tiene dicho la doctrina que el proceso civil, considerado subjetivamente como vínculo jurídico, sirve para fusionar dos relaciones, que si bien son distintas se hallan sin embargo estrechamente ligadas: la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción); y la que existe entre el demandado y el Estado (relación jurídica de excepción o de contradicción).*

Pero si la acción y la excepción se asemejan porque tanto la una como la otra constituyen un poder jurídico, precisa observar que mientras la primera corresponde al que tiene todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de una pretensión suya, la segunda equivale al de que se halla investido el demandado y que lo habilita para oponerse a la pretensión contra él promovida por el demandante. En ambos casos se habla de poder jurídico, puesto que así como el derecho de accionar que pertenece a toda persona existe sin consideración a que su pretensión sea fundada o infundada, el derecho de contradicción nace desde el momento en que es admitida la demanda, independientemente de la razón o sinrazón de la defensa esgrimida por el demandado.

La excepción, que es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción, existe cuando el demandado se opone a la pretensión del actor, mediante la invocación de hechos que tiendan a destruirla, modificarla o simplemente a paralizarla en sus efectos. La diferencia que existe entre la acción y la excepción se encuentra también en que al paso que el demandante tiene la iniciativa para incoar el proceso, el demandado carece de ella, teniendo en cambio la obligación de soportar las consecuencias que emanan de dicha iniciativa del actor. Cuando, como sucede en el evento de la demanda de reconvención, el demandado a su vez toma la iniciativa, formula en el proceso pretensiones propias e independientes de las de su demandante y entonces, en tal acontecer, también asume el carácter de actor.

4. *La acción se ejercita con la demanda; pero como en dicho libelo también se encuentra deducida la pretensión, que es el objeto concreto perseguido por el demandante en cada caso, no es posible empero, reducir a uno solo estos dos institutos procesales, pues a más de que no solamente por sus sujetos sino también por su objeto*

son disímiles, la pretensión consiste en la afirmación que hace el actor de ser titular de un derecho sustancial, para el cual impetra tutela jurídica.

Y como en el proceso contencioso la pretensión, considerada en su sentido estricto, generalmente conlleva la exigencia frente a otra persona de ciertas prestaciones o declaraciones obligatorias para ella, por lo que es forzoso deducirla a través de una demanda, tampoco es posible calificar de tal a la excepción, puesto que ésta, como se ha visto, sólo tiene un sentido particular de defensa o de oposición específica al objetivo concreto que persigue el demandante.

5. *El Título 41 del Libro IV del Código Civil Colombiano regula el fenómeno de la prescripción, que es, al decir del artículo 2512, el modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguirse las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído aquéllas y no haberse ejercido éstos durante el tiempo determinado por la ley. La prescripción desempeña, pues, dos funciones, que si bien se cumplen simultáneamente son sin embargo diferentes: por ella se adquieren el dominio y los derechos reales (artículo 2518), mediante la posesión continuada durante cierto tiempo; y por ella también se extinguen las acciones y los derechos (artículo 2535), cuando no se ejercitan durante el transcurso de determinado lapso. La primera es llamada prescripción adquisitiva, y la segunda prescripción extintiva.*

Según lo cuenta la historia legislativa de nuestro país, esta institución, hasta el año de 1928, sólo podía hacerse valer como excepción, vale decir, que al usucapiente se le daba el medio para consolidar la propiedad ganada por prescripción cuando fuera demandado por causa del bien que estaba poseyendo. Mas, como dicha situación legal resultó a la postre insuficiente para dar solución justa a los muchos problemas que surgían en torno a la propiedad, el legislador complementó el referido Título del Código con la expedición de otros preceptos positivos, dentro de los cuales se contaban los que integran la Ley 120 de 1928.

Por este estatuto se consagró la acción de pertenencia, o petitoria de dominio, a virtud de la cual quien tenga a su favor una prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, está facultado para provocar la actividad de la jurisdicción a fin de que se le declare dueño del bien, o de la parte de éste que haya poseído realmente. La consagración positiva de la acción de pertenencia fue reiterada por el legislador colombiano de 1970, al establecer para ella, mediante los artículos 396 y 413 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, el trámite del proceso ordinario, con algunos ritos especiales impuestos en razón a la naturaleza propia de esta pretensión.

6. Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos la falta de conformidad por cualquiera de estos tres aspectos: porque el fallo otorgue más de lo pedido *(ultra petita)*; porque resuelva sobre lo que no fue impetrado *(extra petita)*; o porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo *(minima petita)*.

En el caso de este proceso, según quedó visto al relatar su desarrollo, al contestar la demanda el demandado se limitó a invocar la prescripción como excepción, pero no la propuso como acción, que para el caso hubiera requerido de la respectiva contrademanda; y como la excepción corresponde a naturaleza y a fines distintos de los que son propios de la acción, se impone aceptar que concretó su conducta a destruir la pretensión reivindicatoria deducida en su contra en la demanda, sin pretender que se hiciera a su favor declaración de dominio.

Y siendo ello así, como en realidad lo es, los juzgadores de instancia han debido limitarse en su sentencia a declarar probada dicha excepción, si se daban los supuestos legales para su procedencia; y no llegar hasta proferir una declaración de pertenencia que no fue demandada, como lo hicieron, incurriendo con ello en su fallo en palmar error *in procedendo* al sentenciar *extra petita*.

7. Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Corte en el punto, como puede verse, entre otras, en la sentencia de casación de 20 de octubre de 1971, proferida en el proceso ordinario de Bertha de Cabrera contra Vicente Muñoz, aún no publicada.

8. Viene de todo lo dicho la conclusión de que el Tribunal quebrantó con su sentencia el artículo 305 del C. de P. C.; y que, por ser fundado el cargo de incongruencia que se le formuló, dicho fallo debe ser casado.

V

Sentencia sustitutiva.

1. Si generalmente el juez debe considerar las excepciones una vez que encuentre acreditados todos los presupuestos estructurales de la pretensión del demandante, pues la falta de cualquiera de ellos determina la absolución del demandado, sin necesidad de analizar sus medios defensivos; tratándose de la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, por razón de su peculiar naturaleza y de sus fines propios, debe el sentenciador estudiarla en primer término, sin que se imponga la necesidad de resolver previamente acerca de la existencia del derecho reclamado en la demanda. La prosperidad de la prescripción adquisitiva, invocada como excepción, destruye el derecho a reivindicar la cosa poseída por el demandado y que el demandante pretende.

2. Según la preceptiva legal reguladora de la materia, la prescripción adquisitiva extraordinaria requiere para su prosperidad de la confluencia de los siguientes tres presupuestos, a saber: a) Que verse sobre una cosa prescriptible legalmente; b) Que sobre dicho bien se ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio una posesión pacífica, pública e ininterrumpida; y c) Que dicha posesión haya durado un tiempo no inferior a veinte años (Arts. 2512, 2518, 2531 del C. C. y 1º de la Ley 50 de 1936).

En el caso que aquí se estudia se trata de la posesión de un bien inmueble, cuyo dominio constituye un derecho esencialmente patrimonial y como tal objeto de actos jurídicos, susceptible por lo mismo de adquirirse por usucapión, por lo cual se presenta el primero de los requisitos indicados. Y como de otra parte Eduardo Zapata ha demostrado haber poseído materialmente el predio objeto de esta querella, en forma pública, pacífica e ininterrumpida desde el año de 1933, debe aceptarse que los otros dos elementos también se encuentran presentes en este caso; y que, por consiguiente, la prescripción por él invocada como excepción está llamada a prosperar.

3. Esta conclusión la saca la Corte con fundamento en lo que fluye de los siguientes medios de prueba, aducidos todos al proceso oportuna y legalmente:

a) La inspección judicial que con intervención de peritos practicó el juzgado de la primera instancia el 18 de enero de 1972, diligencia en la cual se comprobó que el predio inspeccionado, según sus linderos especiales, es el mismo que se describe y especifica en el hecho 35º de la demanda; que tiene una extensión aproximada de 5 hectáreas; que se encuentra dentro del contenido espacial de la finca "Mirolindo", la cual tiene una superficie de 29 hectáreas; que en el predio pequeño existe una construcción "antigua que consta de sala y cinco piezas, algunas con pisos de baldosín y en su mayoría cemento, de adobe y techo de teja de barro, corredor de cemento hacia la carretera; luego, a continuación y cerrado en parte la escuadra que forma la construcción antigua que acabamos de citar, hay una construcción nueva compuesta de una especie de sala-comedor, de bloques de cemento, techo de Eternit, cielo raso de cartón y embaldosinada;... la antigua construcción como la nueva que sirve de habitación al demandado, se hallan en muy buen estado de conservación. A continuación de la anterior hay otra casa de antiquísima construcción de bahareque y techo de zinc, completamente deteriorada, donde parece funcionó cocina hace algún tiempo. En el interior de estas dos habitaciones hay un amplio patio cementado; y más al interior de la casa habitada por el demandado se halla una pesebrera con dos comedores de cuatro metros;... luego se halla el beneficiadero de café, con descerezadora, instalación de energía eléctrica"; que el inmueble materia del litigio comprende también un potrero, debidamente cuidado y "un solar donde hay guayabos, mangos, maracuyá, plantas ornamentales, chirimoyos en crecimiento; y en la parte Sur de dicho lote existen cultivos de café, cacao, naranjos, árboles de iguá, caracolíes, matas de guadua y algunas matas de plátano"; y que el demandado es la persona quien a la sazón estaba ocupando todo el predio inspeccionado y las edificaciones existentes en él;

b) A más de describir las construcciones y las mejoras existentes en la parte del fundo "Mirolindo" que es objeto de la demanda, para cuya identificación se valieron de los topógrafos Gabino Bulla y Arcenio Moreno, quienes levantaron el plano respectivo, los peritos José Vicente Arteaga y José Néstor Lozano, uniforme y fundadamente ratifican todos los hechos comprobados en la inspección judicial, y, además, expresan que el demandado Zapata tiene "la posesión material, tanto sobre la casa de habitación contigua al salón de bar y comedores, sus anexidades, como también sobre la casa deteriorada situada sobre la margen derecha de la carretera Ibagué-Girardot ya que el arrendatario manifestó que cancelaba los cánones al señor Zapata"; y que éste también posee y administra la parte del predio que se halla cultivada con siembras y cultivos agrícolas;

c) Testimonios.

Isabel Cuevas de Jurado, Joaquín Medina Ortiz, Epaminondas González Ortiz, René Alfonso Bermúdez Carvajal y Sérvulo Rubio, personas mayores de 40 años, vecinas de la región, dando diferentes razones, dicen que conocen el predio de "Mirolindo" que es materia de esta litis; que en él han estado en diferentes oportunidades prestando sus servicios en labores domésticas, agrícolas y de construcción, las que realizaron a nombre y por cuenta de Eduardo Zapata, quien les pagó la remuneración correspondiente; agregan que el demandado ha vivido en la casa edificada en el predio, junto con su esposa y sus hijos, desde hace más de veinte años; y que ha detentado el fundo cuidando de la limpieza de potreros, cosechando café y desmontándolo.

Los testigos María Astrid Carvajal, Antonio Ortiz y Jaime Leal Varón, también vecinos de Ibagué y con su residencia en el área urbana de dicha ciudad, razonada y concordemente expresan que han conocido a Eduardo Zapata como único dueño del predio de "Mirolindo" que constituye el objeto de esta controversia. Afirma la primera que ha tenido negocios con Zapata "desde hace unos diez años, y me consta que habita en el sitio de Mirolindo en compañía de su hija Nelly y de sus hijos Alfonso Eduardo o Eduardo Alfonso y Heber Zapata"; que a ella el citado Zapata le "ha arrendado potreros para mantener allí animales, como vacas, marranos, esos animales los tuve allí durante varios tiempos, unas veces dos meses, tres meses otras, veinte días y don Eduardo era la persona a quien yo le pagaba el arriendo y con él hacia el negocio". Asevera el segundo de los declarantes citados que por haber sido administrador de la empresa "Irrigación del Aceituno" desde el año de 1950, cuyas instalaciones estaban en ese paraje, conoció desde entonces a Zapata como dueño de la heredad en disputa; que en el año de 1955 el citado Zapata le arrendó "un apartamento para los servicios de dicha empresa"; y que ésta pagaba a aquél la suma de $ 60, como canon mensual. Y dice el tercero de estos deponentes que "desde el año de 1947, más o menos, ha conocido a Zapata viviendo allá en Mirolindo en la casa que queda contigua al restaurante donde venden pollos y bebidas; allí vive él con la familia, con sus hijos, inclusive en esa época mi padre le trabajó allá como agricultor, devengando salario por cuenta del señor Zapata..., a mí personalmente me arrendó una manga para tener allí unos semovientes, yo a él directamente era que le pagaba el valor del arriendo, sin tener intervención de otra persona distinta".

Arturo Gil afirma que ha conocido a Zapata viviendo en "Mirolindo" desde el año de 1932, junto con su familia; que como visita frecuentemente la casa pudo advertir directamente que fue el demandado quien, con dineros del producto de su trabajo, reconstruyó la vieja edificación; que siempre lo ha visto cultivando café; y que es él quien contrata obreros para atender las labores campesinas, pagándolos directamente. Ricardo Henao Grisales, Teófilo Rubio y Gregorio Varón Reina, dando diferentes pero atendibles razones, expresan que desde hace más de treinta años han conocido a Zapata como único dueño del predio; que desde entonces lo han visto viviendo allí con su familia y dirigiendo las explotaciones agrícolas; y que por eso siempre han creído que toda su conducta corresponde a la calidad de propietario del inmueble.

En el mismo sentido de los anteriores declaran Marco Tulio Herrera y Pablo Emilio Quintana. Francisco Sedano, dando como razón de su dicho el hecho de haber sido trabajador en la fábrica de cemento, asevera que conoció a Eduardo Zapata "desde mucho antes de 1950 ahí viviendo en Mirolindo"; que cuando el testigo estaba haciendo el tanque de aprovisionamiento de agua para la fábrica se enteró, por percepción directa de los hechos, que Zapata fue a la empresa a ofrecer en venta maderas de su finca; que por autorización del Gerente el testigo le compró la que fue necesaria para dicha construcción; que posteriormente estuvo en la casa del demandado haciéndole unos trabajos de albañilería y pintura, servicios todos que éste le pagó; y que además el declarante tomó pastajes en dicha finca, los cuales los daba el demandado, por lo cual expresa que "yo siempre he tenido al señor Zapata como dueño de ese predio, y otras personas también lo han tenido como dueño, porque él siempre es la persona que ha trabajado allí y ha contratado trabajadores, él es quien los manda, y yo nunca me he encontrado allí otra persona que diga ser el dueño de ese predio".

3. Si, como reiteradamente lo ha dicho la doctrina, la posesión se integra por un elemento objetivo, que consiste en la tenencia de la cosa, y otro subjetivo traducido en la pretensión de ser dueño del bien que se detenta, con fundamento en los medios de prueba referidos debe la Corte aceptar que en este caso se ha demostrado la existencia de aquélla, puesto que todos éstos conducen a justificar que entre el demandado y el predio a que se contrae la demanda se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual aquél ha ejercitado sobre éste actos materiales

de uso, conservación y transformación, sometiéndolo al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinaria y normalmente corresponden dichos actos.

Los testimonios atrás referidos, que reúnen los requisitos de forma y de fondo exigidos legalmente para apreciarlos como prueba, adicionados con lo advertido en la inspección judicial practicada y el dictamen de los peritos, constituyen elementos de demostración que analizados en conjunto y según las reglas de la sana crítica, son suficientes para llevar a la Sala el convencimiento de que el demandado Eduardo Zapata ha detentado el fundo materia de la controversia, sin reconocer dominio ajeno, ejecutando públicamente en él los diferentes actos posesorios, hasta el punto de que sus vecinos y relacionados lo han considerado como el único dueño.

Y como además la realización de estos actos posesorios ha sido, según se infiere de las mismas pruebas, pública, pacífica e ininterrumpida durante un período de tiempo superior a los veinte años, debe concluirse afirmando que la excepción de prescripción, invocada por el demandado como fundamento de su defensa, ha quedado suficientemente justificada; y que, por tanto, procede su reconocimiento.

4. *Pruebas del demandante.*

Por las razones que en seguida se expresan, ninguno de los medios de prueba aducidos por el demandante infirma o desvirtúa la conclusión que en punto de la excepción de prescripción ha sacado la Corte.

a) En sus declaraciones Nicolás Zambrano, Félix Naranjo, Arturo Durán Bernal, José Joaquín Ballesteros, Hipólito Rivera, Diego Flórez Cruz y Eustorgio Ramírez se limitan a sostener que conocen de tiempo atrás la finca "Mirolindo", por sus linderos generales; que desde hace más de veinte años han visto a Eduardo Zapata ocupando una parte de ella, pero sin saber en qué carácter entró a detentarla; y si bien es cierto que todos ellos hablan de actos posesorios ejercidos por el demandante Fernando Durán sobre el predio, no lo es menos que el conocimiento que tienen sobre esos hechos sólo llega hasta el año de 1945, y únicamente Durán Bernal lo hace llegar hasta 1948. Este testigo es sin embargo dudoso de su afirmación, pues al paso que asevera haber conocido a Durán Arciniegas como propietario, también expresa que Zapata ejerce allí actos de dominio; el declarante Rivera afirma haber estado ausente de la región por espacio de 15 años; Flórez dice que desde el año de 1933 en que dejó sus negocios que tenía en la región, no volvió a darse cuenta de nada; y Eustorgio Ramírez, al referirse a la posesión de Durán sobre el predio, expresa que "en cuanto a la posesión de don Fernando Durán yo sé que eso ha sido de ellos desde hace mucho tiempo, pero no sé si alguien le ha disputado la posesión".

No dicen, pues, estos testigos si el demandante ha poseído materialmente y en forma continua, a partir del año de 1945, la zona de terreno ocupada por Zapata, ni mucho menos si éste ha estado allí como administrador o mandatario de aquél y, como ya se ha visto, las personas que a instancia del demandado rindieron testimonio, razonada y concordemente aseveran que desde "hace más de 20 años" han conocido al demandado como único dueño del predio;

b) A pesar de ser auténticos por estar expresamente reconocidos por sus autores, los seis documentos privados contentivos de los contratos de arrendamiento ajustados por Durán Arciniegas con Vélez y Compañía Limitada, Luis Aragón, Miguel Angel Rodríguez y Pedro Díaz Amaya durante el lapso comprendido entre 1959 y 1970, son claramente inconducentes para justificar la posesión que el primero alega sobre el predio cuya restitución persigue; puesto que los lotes y edificaciones a que dichos pactos se refieren, si bien están enclavados dentro de los linderos generales de la finca "Mirolindo", no están sin embargo comprendidos en la zona que detenta el demandado, como claramente quedó determinado en la inspección judicial practicada y lo ratifican los peritos en sus dictámenes;

c) Por cuanto no está acreditado que el fundo materia de esta querella, es decir, el que viene siendo ocupado por el demandado, sea parte integrante de "los predios números C/D.-Sect. Número 5-6 y S/I.-Sect. Número 5-6", que fueron los que causaron el "impuesto de valorización, por la construcción de la pavimentación de la carretera Ibagué-Gualanday" y que Durán Arciniegas pagó en 1958, el recibo correspondiente no es prueba inequívoca de que el demandante haya poseído la zona en disputa. Y aún en la hipótesis de que el pago de dicho impuesto correspondiera al causado por toda la finca "Mirolindo", tal hecho en nada menguaría el carácter de poseedor que Zapata tiene de una porción de ella, por no implicar de su parte reconocimiento de dominio ajeno;

d) A más de que no se ha acreditado el poder de representación que Eduardo Zapata hubiera conferido a su hijo para confesar a su nombre, no puede decirse que en las manifestaciones he-

chas por éste ante el inspector de asuntos campesinos de Ibagué, se encuentre vertida la confesión de ser mero tenedor del predio. En dicho documento se lee que ante la petición de Durán Arciniegas, para que "se practique una inspección ocular y con la intervención de un perito, se fije el valor de tales mejoras", el hijo del aquí demandado expresó que "aceptamos que se practique la inspección y el avalúo pero dentro de tres meses...", afirmaciones éstas que están lejos de contener un expreso reconocimiento de dominio ajeno, o que su autor estuviera entonces descubriendo en su padre y poniendo de manifiesto la categoría de simple tenedor del fundo;

e) De que al absolver el interrogatorio que por conducto del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué le formuló su demandante en junio de 1971, Eduardo Zapata, luego de haber afirmado clara y terminantemente "que en la actualidad posee materialmente la casa de la finca raíz urbana, antes rural", haya dicho que "esa posesión la recibió de Fernando Durán Arciniegas"; y que cuando éste se estableció en la ciudad "me dejó esa posesión", no puede aseverarse, como lo hace el recurrente, que con tales aserciones el absolvente esté confesando categoría de mero tenedor o abdicando del carácter real de poseedor.

No podría decirse, sin falsear la objetividad misma que la prueba ostenta, con evidente error de hecho en su apreciación, que en las referidas afirmaciones del demandado se encuentra confesión de su parte de ser mero tenedor del predio, tanto más si se considera que al través de algunas otras respuestas del mismo interrogatorio paladinamente niega haber reconocido dominio del demandante, o de alguna otra persona, sobre la heredad que detenta. Además, el carácter de poseedor del demandado lo acepta su propio demandante, como se infiere del hecho de haberlo demandado en acción reivindicatoria.

VI

DECISION

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por Fernando Durán Arciniegas contra Eduardo Zapata, y actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Revócase la sentencia de catorce (14) de abril de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué.

Segundo. Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, que sobre el fundo materia de la controversia propuso oportunamente el demandado Eduardo Zapata.

Tercero. Niéganse, como consecuencia de la anterior declaración, las pretensiones deducidas por el demandante Fernando Durán Arciniegas en la demanda con la cual se inició el proceso, y por tanto se absuelve al demandado de los cargos que en dicho libelo se formulan contra él.

Cuarto. Ordénase la inscripción de esta sentencia en la Oficina de Registro correspondiente, para lo cual se librará la respectiva comunicación.

Quinto. Condénase al demandante al pago de las costas causadas en las dos instancias (Art. 392-4 C. P. C.); y

Sexto. Declárase no haber lugar a costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

La nulidad por indebida representación sólo puede alegarla el indebidamente representado. — La Ley 75 de 1968 comenzó a regir el 1º de marzo de 1969. — Caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de filiación, muerto el padre.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia que, el 21 de julio de 1972, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario que María Magdalena Rodrigo Ríos, obrando como representante legal de sus menores hijos Luis Fernando, María Victoria y Parmenio Rodrigo, suscitó frente a María Prieto en su calidad de única heredera de José María Prieto Pérez.

I. *El litigio.*

1. En demanda presentada el 19 de junio de 1970 y adicionada por escrito de 15 de julio siguiente, que fue repartida al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, el cual la admitió con su adición en providencia de 15 de los mismos mes y año, María Magdalena Rodrigo Ríos, obrando como antes se dijo, citó a juicio a María Prieto Pérez, como heredera de José María de los mismos apellidos, para que siguiendo el camino del proceso ordinario, se declarase que éste es el padre natural de sus tres mencionados hijos; que, consecuencialmente, éstos tienen derecho a sucederlo en tal calidad; que debe reformarse el testamento nuncupativo del presunto padre, contenido en la Escritura número 3602, corrida ante el Notario 3º de Medellín el 9 de octubre de 1948, en el sentido de que sus tres hijos naturales "tienen derecho a recoger las ¾ partes de los bienes herenciales a título de legítimas y mejoras" y que, por tanto la asignación hecha a la demandada María Prieto Pérez se reduce a la porción de bienes de que el testador podía disponer libremente, por lo cual esta heredera debe restituir las cosas hereditarias con sus aumentos y pagar a los demandantes el valor de los frutos naturales y civiles de los bienes relictos, que ha poseído desde la muerte del causante.

2. El compendio de los hechos en que se hace consistir la *causa petendi*, es el siguiente:

A fines de octubre de 1939, María Magdalena Rodrigo Ríos y José María Prieto Pérez comenzaron relaciones sexuales que, desde su inicio, fueron públicas y continuas, pues habitaron un mismo techo, las que se prolongaron hasta la muerte de éste, acaecida el 25 de julio de 1968. En tales relaciones fueron engendrados Luis Fernando, María Victoria y Parmenio, nacidos respectivamente el 6 de marzo de 1953, el 20 de diciembre de 1955 y el 18 de octubre de 1962. José María Prieto Pérez dio siempre a su concubina trato social y privado de esposa, y atendió a todos los gastos de alimentación, vestuario y residencia de la misma; relativamente a los mentados tres hijos de su amante, les dio posesión notoria de hijos naturales, calidad que por hacerlos sus legitimarios, les da derecho a que se reforme el testamento abierto que su padre otorgó antes del nacimiento de ellos y por medio del cual instituyó como su única heredera a María Prieto Pérez.

3. Al contestar la demanda, cuyo auto admisorio le fue notificado a la demandada el 17 de agosto de 1970, ésta propuso las excepciones de prescripción y de inepta demanda.

4. La primera instancia culminó con sentencia que acoge las súplicas. La parte demandada, entonces, interpuso el recurso de apelación.

5. Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en

providencia de 21 de julio de 1972, confirmó la apelada con la reforma consistente en que los frutos que debe restituir la demandada Prieto Pérez son los producidos, o que hubieran podido producirse, con mediana inteligencia y actividad, a partir de la contestación de la demanda y no desde la muerte de José María Prieto.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación la parte demandada.

II. *Motivación del fallo del Tribunal.*

Expresa el *ad quem* que la representación legal que sobre sus hijos tiene María Magdalena Rodrigo se acreditó con "las partidas eclesiásticas de nacimiento y las respectivas certificaciones notariales sobre falta de registro civil de las mismas", relativas a Luis Fernando, María Victoria y Parmenio Rodrigo. Que, con prueba de testigos, corroborada por indicios que surgen de "las certificaciones, constancias, recibos y otros documentos aportados al proceso", aparece plena demostración de que los tres menores demandantes fueron concebidos durante las relaciones sexuales que sustuvieron María Magdalena y José María; que el trato personal y social dado por éste a la madre durante el embarazo y el parto de los tres menores hijos, es ciertamente indicativo de que el progenitor de éstos es José María Prieto, y, finalmente, que también aparece comprobado que, por más de 5 años, éste trató de tal manera a los demandantes, que les dio posesión notoria de hijos naturales.

Entrando luego a rebatir los dos argumentos fundamentales del apelante, manifiesta el Tribunal, en primer término, que como la demanda y su adición fueron presentadas y admitidas en los meses de junio y julio de 1970, cuando no había entrado en vigor el Decreto 1260 de 1970, cuya vigencia se inició el 5 de agosto del citado año, para entonces estaba vigente la Ley 92 de 1938, cuyo artículo 19 concedía valor de pruebas supletorias a las actas eclesiásticas, faltando las actas del registro civil; que, por tanto, está bien probado el nacimiento de los demandantes y la maternidad natural de María Magdalena, de donde surge el derecho de representarlos en ejercicio de la patria potestad. Y, en segundo lugar, relativamente al argumento consistente en que como el presunto padre había fallecido el 25 de julio de 1968 y la demanda había sido notificada el 17 de agosto de 1970, dos años después de la muerte de aquél, la declaración de paternidad no podía producir efectos patrimoniales, el Tribunal replica afirmando que en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no se consagra una prescripción, sino una caducidad para los efectos patrimoniales, dado que el referido término de dos años no es susceptible de suspensión o interrupción, fenómenos propios de la prescripción, y que como el presunto padre murió antes de entrar a regir la Ley 75, "los dos años del referido término de caducidad no pueden contarse, para el mismo caso de este juicio, sino a partir del 1º de enero de 1969, fecha de entrada en vigencia de la precitada Ley 75", pues de lo contrario se le otorgarían efectos retroactivos a ésta o, al menos, retrospectivos. Que las normas del nuevo Código de Procedimiento Civil son de aplicación inmediata, por cuanto así lo imperan los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 699 de ese mismo estatuto; que, empero, ninguna norma autoriza la aplicación inmediata de la Ley 75 de 1968.

III. *La demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

En extenso escrito, el recurrente propone dos cargos contra la sentencia que se dejó extractada: uno, con fundamento en la causal quinta de casación, derivado de la existencia de una nulidad procesal, y el otro, apoyado en la causal primera, el cual se hace consistir en violación, por la vía directa, de normas de derecho sustancial.

La Corte entrará a despachar los cargos en el orden propuesto por el recurrente, en virtud de que así lo impera la lógica del recurso extraordinario, ya que el cargo inicial se estriba en un error *in procedendo* y el otro en uno *in judicando*.

Primer cargo.

Hácese consistir en que el proceso está afectado de nulidad por cuanto los menores demandantes fueron indebidamente representados, hecho consagrado como causal de nulidad en el número 7 del artículo 152 del C. de P. Civil.

La censura afirma, en síntesis, que para demostrar la existencia de los menores demandantes, la fecha del nacimiento de éstos, su maternidad natural respecto de éllos y la facultad de representarlos en ejercicio de la patria potestad, María Magdalena Rodrigo Ríos adujo los certificados notariales correspondientes que afirman no estar inscritas las actas de nacimiento de sus menores hijos y copia de las partidas eclesiásticas de nacimiento. Que por cuanto la demanda fue notificada el 17 de agosto de 1970, cuando ya había entrado en vigor el Decreto

1260 del mismo año, que sólo admite probar el estado civil con copia de las correspondientes partidas civiles o folios, o con certificación notarial expedida con base en los mismos, no quedó probada la existencia de los menores, ni la fecha de su nacimiento, ni la maternidad natural de María Magdalena, ni, consecuencialmente, la facultad de representarlos en ejercicio de la patria potestad, como quiera que las actas eclesiásticas no tienen ya fuerza de prueba supletoria del estado civil.

La Corte considera:

De presto se advierte la inconsistencia del cargo, lo que presagia su improsperidad por dos razones, cada una con poder suficiente para rechazar la impugnación:

Es la primera, que, *como lo enseñó la doctrina jurisprudencial de la Corte y lo impera ahora el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 3º, la nulidad por indebida representación sólo puede ser esgrimida por la persona que fue indebidamente representada, mas no por su contrario. Por ende, la parte cuya representación no ofrece reparo, carece de interés jurídico para alegar, como causal de nulidad, la indebida representación del adversario.*

No puede pues, en este proceso, la demandada María Prieto Pérez, quien fue asistida por idóneo procurador, alegar que el proceso es nulo por cuanto los demandantes habrían estado mal representados.

La evidente falta de interés del recurrente, lleva al fracaso la impugnación.

La segunda razón consiste en que cuando la madre natural, actuando a nombre de sus hijos no emancipados, ejercitó el derecho de acción frente al Estado demandando la declaración de paternidad natural para ellos, aún regía la Ley 92 de 1938. En efecto, el escrito de demanda, con el cual fueron aducidos las actas eclesiásticas y los respectivos certificados notariales que demostraban que aquella era la madre natural de los demandantes, fue presentado personalmente al Juez del conocimiento desde el 19 de junio de 1970, y el 24 siguiente se admitió la demanda y se reconoció personería al apoderado de María Magdalena para representarla en su condición de madre natural de los menores demandantes, fechas en las cuales estaba vigente la citada Ley 92. Entonces, si cuando se ejercitó el derecho de acción se aportó la prueba que, a la sazón, era idónea para demostrar las calidades invocadas por la demandante, y si, también, cuando el Juez las calificó, tenían poder para acreditar los respectivos estados civiles y el derecho de patria potestad, porque regía la Ley 92 y no el Decreto 1260 de 1970, síguese que María Magdalena Rodrigo sí acreditó competentemente la facultad que tiene para representar a los demandantes.

Es cierto que hoy el estado civil de hijo natural o de madre natural no puede demostrarse con prueba supletoria si él fue constituido después de regir la Ley 92 de 1938, en virtud de que el Decreto 1260 de 1970, que entró en vigor el 5 de agosto siguiente, le quitó ese poder a las dichas pruebas, mas también es claro que con las mismas sí se acreditaba con anterioridad a la fecha en que ese estatuto entró en vigor.

Y aunque la Ley 75 de 1968 introdujo en sus artículos 19, 20 y 21 importantes modificaciones al tema de la patria potestad, en nada alteró el principio de que, por regla general, corresponde a la madre su ejercicio sobre el hijo natural, atributo que conlleva la facultad de representarlo judicial y extrajudicialmente. Por tanto, si María Magdalena Rodrigo el 19 de junio de 1970, para ejercitar el derecho de acción a nombre de sus hijos, aportó los certificados notariales que demuestran la falta del registro civil del nacimiento de los mismos, entonces, por razón de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 92 de 1938 que rigió hasta el 5 de agosto de 1970, al aducir también en aquella fecha las copias de las partidas eclesiásticas de nacimiento de éstos, demostró ser, conforme al derecho que a la sazón regía, la madre natural de aquellos y la facultad legal que tenía para representarlos.

Resumiendo lo dicho: si al entrar en vigor el Decreto 1260 citado, María Magdalena Rodrigo ya había aportado la prueba de su maternidad natural, la que además había sido calificada como idónea para tal fin por el Juez de la causa, dando aplicación al artículo 231 del Código Judicial, que por entonces gobernaba esa materia, sería notorio desacierto jurídico exigir nueva prueba de un hecho ya establecido en el proceso, alegando que norma posterior había modificado el sistema probatorio.

Por tanto, este primer ataque es impróspero.

Cargo segundo.

Formúlase dentro del marco de la causal primera y como "subsidiario" del anterior. Se hace consistir en violación, por la vía directa, de las siguientes normas: el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en su último inciso, por falta de aplicación; y por aplicación indebida, los artículos 964, 969, 1274, 1275, 1276, 1277, 1321, 1322 y

1323 del Código Civil y 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936.

Desenvolviendo el cargo, el recurrente manifiesta, en síntesis, que ningún reparo formula a la declaración de filiación natural pronunciada por el Tribunal, por cuanto en el punto no disiente de la apreciación y valoración del material probatorio que éste hizo. Arguye, empero, que como el presunto padre murió el 25 de julio de 1968 y la demanda de filiación fue notificada el 17 de agosto de 1970, entre esas dos fechas transcurrieron más de dos años; que, entonces, por disposición expresa del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no puede producir efectos patrimoniales la declaración de filiación natural, desde luego que la demanda no se notificó dentro de los dos años siguientes a la defunción, como lo impera esa norma para que logre tal fin.

De lo anterior concluye el censor que debió declararse la caducidad consagrada en ese artículo y que, por no haberlo hecho así, el Tribunal quebrantó, por falta de aplicación, tal precepto, y aplicó indebidamente los otros que la censura indica, pues habiendo caducado el derecho para obtener declaración de paternidad con efectos patrimoniales, no podían aplicarse las normas atinentes a la petición de herencia, a la restitución de bienes y frutos; etc....

La Corte considera:

1. Como todo cargo en casación tiene que ser autónomo, síguese que no se compadece con la técnica del recurso formular cargos subsidiarios. La Corte no está obligada a estudiar en primer término los que se denominen principales para que pueda entrar al examen de los que el censor califique de subsidiarios. Encontrando que está probado uno, aunque sea de éstos, lo declara así, sin que previamente deba resolver sobre aquellos.

2. *La Ley 75 de 1968, como resulta de confrontar el Diario Oficial en que fue promulgada (número 32682 de diciembre 31 del mismo año), no entró a regir en esa fecha, ni en la de su sanción, por cuanto ninguna disposición que haya sido promulgada ordenó su imperio desde una de esas dos fechas. Por ende, como la ley misma no expresó desde cuándo debía regir, su observancia comenzó dos meses después de su promulgación, es decir el 1º de marzo de 1969, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal.*

3. «*Es evidente que si el presunto padre natural ha muerto después de estar en vigor la Ley 75 y "la demanda" de paternidad natural no se notifica dentro de los dos años siguientes a la muerte de aquel, la declaración favorable al demandante que en tal caso se haga, no puede producir efectos patrimoniales, porque así lo dispuso esa Ley en su artículo 10. Esta norma señaló un efecto especial y nuevo al hecho de la muerte del padre o del hijo al darle poder para generar la caducidad del derecho a obtener una declaración de paternidad natural con los efectos patrimoniales que le son propios, siempre y cuando "la demanda" de filiación no sea notificada dentro de los dos años siguientes al deceso. Si la notificación del auto admisorio, pues, se hace pasado ese término, aunque por ello no se extingue el derecho a demandar la declaratoria de paternidad, sí caducan los efectos económicos que tal declaración debiera aparejar.*

4. *Si la muerte del padre o del hijo ha ocurrido, empero, antes de entrar en vigencia la dicha Ley, como al hecho de la defunción sólo se le atribuyó el efecto antes indicado desde la vigencia de la misma, es apenas lógico concluir que, en tal evento, el término de dos años dentro del cual "debe notificarse la demanda de filiación", no puede contarse desde la fecha de la defunción respectiva, por haber ocurrido en tiempo anterior a la vigencia de la Ley 75, sino desde que ésta entró en vigor, pues lo contrario entrañaría darle efectos retroactivos a esa norma.*

Al decidir el recurso de casación en el proceso ordinario de Rosa Emilia Zapata contra Heliodoro Areiza, la Corte en sentencia de dos de los corrientes, aún no publicada, expresó:

Ciertamente la Ley 75 fijó un plazo de dos años dentro del cual, si el padre o el hijo han fallecido, debe "notificarse la demanda de filiación" para que el fallo que declare la paternidad natural produzca efectos patrimoniales. Mas como surge del contexto de dicha Ley, cual lo pregonan sus antecedentes y como resulta de sus claros fines sociales, élla no pretendió, en ningún momento, cercenar el derecho de demandar la filiación con efectos patrimoniales, si, estando muerto el padre o el hijo, al entrar a regir la ley no se había notificado el auto admisorio de la demanda de filiación dentro del dicho plazo legal. Todo indica que lo que quiso el legislador con el artículo 10, inciso final, fue que los procesos de filiación en que, por haber muerto el padre, el hijo, o ambos, ya no pudieran trabarse entre legítimos contradictores, los herederos y el cónyuge del presunto padre fallecido no fueran sorprendidos tardíamente con una demanda en que se pide la declaración de paternidad natural de su causante, y, en general, para que, fallecido el padre o el hijo, es decir, cuando el

proceso ya no puede trabarse entre legítimos contradictores, se determine, dentro de un plazo razonable como es el de dos años, la relación jurídico-procesal en que el derecho material discutido sea la filiación natural con efectos patrimoniales.

Y está bien que se haya fijado ese término de caducidad, pues la incertidumbre en el estado civil de las personas no goza de la complacencia de la ley. No es justo que muerto el pretendido hijo, el padre presunto o sus herederos y su cónyuge, tengan que estar a merced del capricho de los descendientes legítimos y de los ascendientes de aquél para afrontar, en el tiempo que éstos escojan, una demanda de filiación natural con efectos patrimoniales. La ley quiere que la relación jurídico-procesal en procesos de paternidad natural que no pueden trabarse entre legítimos contradictores, quede bien constituida dentro de los dos años siguientes a la muerte del padre o a la del hijo, pues de otro modo, aunque el derecho a demandar la paternidad no se extingue, la declaración de la misma no produciría beneficio económico a quienes la obtengan.

La Ley 75, pues, estatuyó que el hecho consistente en la muerte del presunto padre o del hijo, tiene el singular efecto de hacer caducable el derecho de investigar, con efectos patrimoniales, la paternidad natural, y de generar la temporalidad del ejercicio de esa facultad que no tenía ni tiene límites temporales en vida del hijo y del presunto padre.

A partir de la vigencia de la ley apuntada, ocurrido el fallecimiento dentro de la misma, para que la sentencia que declare la paternidad natural produzca los efectos indicados, es necesario que la respectiva "demanda sé haya notificado" dentro de los los años siguientes al deceso del padre o del hijo. En la legislación inmediatamente anterior, el hecho consistente en la muerte de quienes tenían la calidad de legítimos contradictores no causaba el efecto legal que la nueva ley le asigna a ese suceso. Por ello, no resulta posible aplicar literalmente el artículo 10 de la Ley citada cuando la muerte ha ocurrido con anterioridad a su vigencia, pues, en tal caso, por tratarse ya de un hecho consumado con antelación al momento en que la ley nueva rige, el plazo fijado por ésta para notificar el auto admisorio de la demanda, no puede contarse a partir del respectivo fallecimiento, por haber ocurrido éste antes de la vigencia de la nueva ley, sino a partir del instante en que ésta entró en vigor, por cuanto la voluntad del legislador fue la de señalar un plazo dentro del cual, bajo sanción de que caduque el derecho a que la sentencia favorable al demandante produzca los efectos indicados, debe trabarse la relación jurídico-procesal en que el derecho material discutido sea la filiación natural».

Por todo lo dicho conclúyese que esta última impugnación tampoco puede acogerse, ya que el auto admisorio de la demanda no fue notificado fuera de los términos fijados en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

Finalmente advierte la Corte que, por cuanto la demandada María Prieto Pérez es asignataria a título universal, no puede ser calificada como legataria, cual lo hicieron los sentenciadores de instancia, sino como heredera.

IV. FALLO

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 21 de julio de 1972, en este proceso ordinario suscitado por María Magdalena Rodrigo Ríos obrando como representante legal de sus menores hijos Luis Fernando, María Victoria y Parmenio Rodrigo, frente a María Prieto en su calidad de heredera de José María Prieto Pérez.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVALIDACION DE PAPEL

Por falta de revalidación oportuna del papel común usado en la actuación se declara desierto el recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper).

Dos son los recurrentes en el negocio *sub judice,* José Antonio y Pedro Aycardi Cabrales, quienes estuvieron representados en instancia por un mismo apoderado, que interpuso oportunamente el recurso extraordinario.

Según lo informa la Secretaría, el primero de los nombrados no presentó demanda de casación dentro del término del traslado respectivo, lo cual impone a la Corte dar cumplimiento a lo que dispone el tercer inciso del artículo 373 del C. de P. C., esto es, declarar desierto el recurso en lo que a dicho recurrente se refiere.

En cambio, Pedro designó nuevo apoderado para que lo representase ante la Corte, quien formuló la demanda en tiempo oportuno, pero se abstuvo de revalidar el papel común de su cargo que ha sido empleado en la actuación, para lo cual fue requerido en dos ocasiones, una de ellas antes del traslado, mediante autos fechados el 28 de marzo (fl. 5) y el 4 de abril (fl. 11). Conviene, pues, estudiar las consecuencias que produce haber desatendido el requerimiento en referencia.

El artículo 104 del Código de Procedimiento Civil dispone que por regla general toda actuación judicial debe adelantarse en papel sellado, el cual debe suministrarlo "quien promueva el proceso, incidente o recurso". Otro tanto estatuían los artículos 345 y 346 del Código Judicial. Sin embargo, como la actuación procesal no puede paralizarse por la negligencia de la parte interesada, el mismo artículo 104 ordena que la falta de papel sellado será suplida por el Secretario con papel común, pero que si requerida aquélla para que lo revalide no lo hiciere en el término de ejecutoria del auto respectivo, dicha parte no será oída *"en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido, que se adherirán al expediente y se anularán por el Secretario con anotación de la fecha en que fueron suministradas".*

En el Código Judicial había un ordenamiento similar (Art. 351), que la jurisprudencia consideró incompleto, porque no estatuía el término de que disfrutaba la parte renuente para hacer la revalidación, ni ordenaba que se indicara la fecha en que éste se efectuase, y consideró también demasiado severa la sanción para cuando se trataba de pedir pruebas o interponer recursos. En consecuencia, al interpretar ese texto, la Corte se pronunció en cuanto al momento en que dicha parte incurría en la sanción de no ser oída, para la cual, por motivos de equidad, en algunas ocasiones consideró indispensable requerimiento previo (XLIX, Pág. 494; LII, Pág. 187; LXXXIII, Págs. 82 y 437; LXXXV, Pág. 111 - contra: XLI, Pág. 212; XLI, bis Pág. 71; 492; y LXXIX, 189); sobre los efectos que producía la revalidación respecto de los actos de postulación realizados durante el tiempo en que el papel había estado sin revalidar; y si efectuada aquélla, debía concederse un recurso interpuesto o decretarse una prueba pedida, uno y otra, en tiempo oportuno, pero en momentos en que la parte recurrente o peticionaria estaba incursa en la sanción de no poder ser oída en el proceso. Más adelante se verá el criterio de esta corporación sobre esos importantes aspectos del artículo 351, que nunca llegó al extremo de estimar que la parte remisa, por el sólo hecho de serlo, quedara sometida a perder el pleito, con base en que no podía ser oída (Cas. Civ. 28 de mayo de 1957), (LXXXV, Pág. 111), o de que no podían ser consideradas unas declaraciones extendidas en papel común (LXXI, Pág. 81; XLVI, Pág. 34), o que si no debiendo serlo, di-

cha parte recurrente hubiese sido oída, la providencia respectiva fuese inválida o susceptible de revocación o de reforma por ese motivo (XLII, Pág. 9; LI, Pág. 586).

En todo caso, esas situaciones que a falta de norma expresa tuvieron que ser resueltas por la jurisprudencia, fueron reguladas a cabalidad por el artículo 104 del C. de P. C., así:

"Si una parte no suministra el papel sellado que le corresponde, el Secretario lo suplirá con papel común, sin que se suspenda la actuación; pero si requerida para que lo revalide no lo hiciere en el término de la ejecutoria, no será oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido, que se adherirán al expediente y se anularán por el Secretario, con anotación de la fecha en que fueron suministradas.

"No obstante, quien dejó de revalidar, será oído en caso de interposición de recursos o de petición de pruebas, sin perjuicio de que subsista la carga de revalidación".

El precepto transcrito estatuye, pues, lo siguiente: a) La parte obligada a suministrar el papel competente incurre en la sanción de no ser oída a partir de la ejecutoria del auto que la requiere para que efectúe la revalidación; b) No obstante, como excepción a ese principio, la parte renuente podrá ser oída para el solo efecto de solicitar pruebas o interponer recursos; c) La sanción procesal antedicha, mientras estuviere vigente, no implica que la actuación se suspende o que los términos dejen de correr; d) La parte requerida podrá ser oída de nuevo a partir del momento en que haya efectuado la revalidación que se le ordenó; de ahí que se exija al Secretario anotar la fecha en que dicha revalidación se efectúe; e) Esa misma parte, al recuperar su derecho a ser oída en el proceso, lo toma en el estado en que se encuentre y, por tanto, sólo podrá hacer uso de los términos que aún no hubiesen expirado.

Como atrás se dijo, durante el tiempo en que estuviere vigente la sanción en referencia, según lo expresó la Corte cuando regía el artículo 351 del C. J. y ahora lo reitera, la actuación procesal debe continuar y por tanto los términos siguen corriendo. Si durante ese lapso, la parte renuente hubiere presentado solicitudes de cualquier clase salvo el caso excepcional y por tanto de interpretación restrictiva de interposición de recursos o petición de pruebas, como no puede ser oída, el Juez debe abstenerse de resolver esas peticiones, lo cual sólo podrá hacer a partir del momento en que el peticionario haya efectuado la revalidación que se le ordenó; pero si durante la vigencia de la sanción hubiere expirado el término en que debió formularse la respectiva solicitud la revalidación tardía no podrá revivirlo.

En este sentido conserva todo su valor lo que expuso la Corte en cuanto a los efectos de la sanción que establecía el artículo 351 del Código Judicial, (idéntica, como se vió, a la que estatuye el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil), vale decir, de que la parte renuente no podía ser oída mientras no consignara "en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear".

"Considera la Corte —dijo ésta en providencia del 10 de marzo de 1933, XLI, página 212— que en asunto análogo, la Sala de Casación Civil, reunida en pleno, por tratarse de establecer jurisprudencia en punto nuevo, interpretó... el artículo 351 del Código Judicial esto es, que cuando se ha suplido con papel común el sellado que debe suministrar, y no ha suministrado, la parte obligada a ello, su renuencia le acarrea la sanción de no ser oída mientras no cumpla lo mandado en el inciso 2 del artículo mencionado, y se consideran como no presentadas o no hechas las peticiones introducidas durante el lapso de la sanción... De manera que... importa adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquélla en que se cumplió la revalidación con estampillas, de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado... La ineficacia de la disposición resultaría, si la parte que quisiera demorar la prosecución del pleito, tuviera la seguridad de que las peticiones introducidas por ella durante el tiempo en que no puede ser oída, quedaban apenas en suspenso, para ser atendidas cuando tuviera a bien revalidar el papel común... Quien no puede ser oído en un juicio, cuando los términos están corriendo, debe apresurarse a remediar la falta que le impone esa sanción, so pena de dejarlo pasar sin hacer uso oportuno de su derecho...".

"Cuando en la ocurrencia de este artículo (351 del C. J.) se emplea papel común, no se interrumpen los trámites de procedimiento. Si corriendo el término legal para interponer un recurso la parte remisa... lo interpone, pueden presentarse dos casos: o estando pendiente dicho término la parte revalida..., o la revalidación se hace después de vencido el término. En el primero, no se ofrece dificultad, supuesto que la revalidación se cumplió en tiempo todavía há-

bil para que la parte sea oída acerca del recurso que ha propuesto. En el segundo, ya no puede ser oída esa parte, por haber transcurrido el término hábil para interponer el recurso. Si cuando la parte que introdujo el recurso no tenía derecho, por su renuencia, a ser atendida, y el término siguió corriendo, es claro que la revalidación del papel común hecha con posterioridad a la expiración de dicho término toma el juicio en el estado en que se encuentra, es decir, pasada ya la oportunidad de introducir el recurso...'' (31 de octubre de 1934 XLI, bis, página 71).

De acuerdo con los anteriores principios y en vista de lo que dispone el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, se observa que en el presente caso el recurrente Pedro Aycardi Cabrales fue requerido, inclusive dos veces, para que revalidase el papel común que le correspondía, requerimiento que quedó surtido, al tenor del artículo 326 *ibídem*, con la notificación de los autos respectivos. La orden de revalidar se le impartió antes de ordenarse el traslado de que trata el primer inciso del artículo 373 *ibídem*, y al no haberla atendido dentro de dicho término (cosa que tampoco ha hecho hasta el momento), incurrió en la sanción procesal de no ser oído, y por consiguiente la demanda de casación que presentó no puede tenerse en cuenta; es como si aún no lo hubiese sido. ''Porque la actuación no se detiene —como dijo la Corte cuando regía el artículo 351 del Código Judicial lo cual es aplicable bajo la vigencia del artículo 104 del Código de Procedimiento Civil— ni se suspenden los términos por la renuencia, es en extremo claro que las solicitudes... *se tienen como no escritas hasta el momento en que la revalidación se cumpla*. Esto significa no ser oído en el juicio''. (LXXXIX, Pág. 180). Cabe observar, por último, que no se está en el caso de excepción que contempla el segundo inciso del citado artículo 104, porque el recurso de casación fue interpuesto ante el Tribunal.

En estas condiciones, si el término del traslado a la parte recurrente está vencido, como lo informa el Secretario, debe aplicarse lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Corte *declara desierto* el recurso de casación interpuesto por Pedro y José Antonio Aycardi Cabrales contra la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el 24 de febrero de 1972.

Condénase en costas a ambos recurrentes de por mitad.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

PERENCION

La perención no procede sino una vez notificada la demanda. — El recurso de revisión constituye un proceso nuevo.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

I

El recurso.

1. Por auto del 21 de marzo pasado, al considerar que el recurrente había dejado pasar algo más de seis meses sin hacer las publicaciones periodísticas y radiales del edicto emplazatorio de algunos de los demandados, gestión indispensable para imprimirle *andamiento* a la actuación, la Corte, fundándose en lo preceptuado por el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, declaró "terminado, por perención, este recurso de revisión, propuesto por Leopoldo Pulido Rodríguez contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario de Teodosio Pulido Bulla contra Rafael Pulido Rodríguez" y otro.

2. Contra aquel proveído el demandante en este recurso extraordinario ha interpuesto oportunamente reposición, persiguiendo que el auto por él censurado se revoque y que, en cambio, se continúe la tramitación debida, para lo cual allega ahora la constancia de las referidas publicaciones.

Expone el reposicionista, fundando en ellas la ilegalidad que atribuye a la providencia hoy impugnada, las siguientes tres razones que la Sala sintetiza:

a) Que constituyendo la perención, tal cual lo expone la doctrina y lo consagra positivamente el legislador colombiano en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, modo de ponerle fin anormalmente al proceso, no puede aplicarse en el caso presente en el que, por falta de notificación del auto admisorio a algunas de las personas que han sido demandadas, no ha nacido la relación jurídico-procesal. Dice el recurrente que "no se ve cómo se pueda, lógica y racionalmente, terminar lo que no ha tenido principio"; b) Que, además, la actuación se encontraba suspendida aquí, no por falta de gestión al recurrente, sino por el mandato contenido en el artículo 83 *ibídem,* desde luego que se había ordenado la citación de los herederos del demandado fallecido Policarpo Melo; y c) Que como "el proceso, (si lo había)", se encontraba legalmente suspendido, no podía actuarse eficazmente en él hasta tanto llegara la oportunidad para reanudarlo, según lo mandado por el artículo 152 numeral 5 de la obra citada, hipótesis que, agrega el reposicionista, aquí no ha ocurrido por no haber vencido el plazo que la ley concede a los emplazados para su comparecencia.

II

Consideraciones de la Corte.

1. Dijo la Sala en el auto hoy impugnado que la perención constituye uno de los modos o maneras de ponerle fin al proceso.

Y este alcance que la doctrina nacional le ha atribuido siempre al referido fenómeno, es en verdad el mismo que para él consagró el legislador colombiano, puesto que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, norma integrante del Título XVII de su Libro Segundo que trata de la "*terminación anormal del proceso*", establece en su primera parte que "cuando por causa distinta al decreto de suspensión del proceso, el expediente permanezca en la Secretaría durante la primera instancia por seis meses, sin que el demandante promueva actuación alguna, el Juez decretará la perención del proceso..."; y agrega luego este mismo precepto que "la perención pone fin al proceso y conlleva la imposibilidad de que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes".

Lo cual significa que *la procedencia legal de la perención, como medio de liberar al órgano jurisdiccional de proveer sobre las pretensiones*

deducidas en la demanda y de todas las demás obligaciones nacidas de la relación jurídico-procesal, se subordina a que ésta se haya constituido previamente. Así se infiere, además, de la necesidad legal de notificar la providencia que decreta la perención, establecida por el artículo 346 citado, notificación que ciertamente carecería de objeto si el demandado no estuviera notificado del auto admisorio de la demanda.

2. Ha dicho la doctrina jurisprudencial de la Corte que la relación jurídico-procesal, en la cual se traduce el proceso considerado subjetivamente, sólo nace con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, puesto que es la misma razón natural la que exige que el proceso contencioso se estructure sobre la mutua oposición de los interesados, hasta el punto de que el juez no pueda resolver ninguna instancia sin antes oir a la parte contra quien se propone, a fin de que ésta alegue las defensas que estime pertinentes.

Y como muy a pesar de la variedad y multiplicidad de los actos que integran el proceso, ellos, por estar íntimamente relacionados entre sí, forman un solo todo, hay que aceptar que esta unidad de la relación procesal es la que permite considerar, por una parte, que los actos que la integran están coordinados y concurren todos al fin común que se persigue con el proceso; y por otra, que el valor que la ley otorga a cada uno de ellos depende de ser parte de ese todo uniforme y de la influencia que tienen sobre el fin común.

Si, pues, dichos actos guardan entre sí una dependencia íntima, a tal punto que unos producen a los otros y que por tanto no puede ejecutarse el siguiente sin antes haberse rituado el que constituye su antecedente necesario, se impone afirmar, en respeto al principio de la unidad del proceso, que en los eventos de litisconsorcio pasivo inicial la relación jurídico procesal sólo se traba cuando el auto admisorio de la demanda quede legalmente notificado a todos los demandados.

3. *Por cuanto el llamado recurso de revisión se ha establecido como remedio extraordinario para conseguir la anulación de una sentencia ejecutoriada, la que por tanto presupone la total extinción de la acción en que tal providencia se profirió, algunos doctrinantes han sostenido la tesis de que la revisión constituye un proceso nuevo, a través del cual se controvierte una pretensión impugnativa cuya base fáctica es bien diferente a la que se trató en el proceso anterior, y no un verdadero recurso.*

Tesis ésta que es sustentable en el derecho colombiano; no sólo porque la revisión tiene dentro de él la misma finalidad, sino también porque para proveer sobre la pretensión impugnatoria deducida en este recurso extraordinario es menester realizar previamente una serie concatenada de actos, que es lo que caracteriza al proceso.

Así, según las normas que hoy regulan el trámite de la revisión, este recurso debe interponerse mediante una demanda, la que, entre otros requisitos de forma, tiene que indicar el nombre de la persona o personas "que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia" cuya revisión se pide; dicho libelo debe admitirse, para luego correrlo en traslado al demandado o demandados; posteriormente procede la concesión de un término para practicar las pruebas que justifiquen los hechos invocados por los litigantes; se otorga después a éstos un término para que aleguen de conclusión; y, finalmente, se pronuncia la correspondiente sentencia. (Arts. 379 a 385 del C. de P. C.).

4. Por cuanto en el caso presente ciertamente no se ha notificado el auto admisorio de la demanda a los herederos del difunto Policarpo Melo García, quien habiendo sido demandado falleció sin haber conocido la pretensión del demandante, debe seguirse que es inaplicable el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y que por consiguiente la reposición solicitada para el auto de 21 de marzo pasado está llamada a prosperar, máxime si se considera que por tratarse en este evento de un litisconsorcio pasivo necesario no es posible, por impedirlo la inescindibilidad de la materia controvertida, poner fin al proceso en forma diferente frente a cada uno de los demandados.

III

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *revoca* su propio auto proferido en este negocio el veintiuno (21) de marzo pasado.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RECURSO DE ACLARACION

El recurso de aclaración es eminentemente estricto y no puede referirse sino a los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

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

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo).

La parte demandada en este proceso ordinario solicita adición y aclaración de la sentencia de 16 de febrero de 1973, por medio de la cual la Corte resolvió casar la de segunda instancia proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Se considera:

1. "El recurso de aclaración, ha dicho la Corte, otorgado a los litigantes por el artículo 482 del Código Judicial —actualmente por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil— es de carácter eminentemente estricto. Cualquiera flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para que el mismo juzgador revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresada en el mismo texto legal. Por consiguiente, 'los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda' no pueden ser distintos de aquellos que envuelven oscuridad para el cumplimiento de la sentencia. Deben por ello incidir directamente en la resolución jurisdiccional, y no en los motivos que la hayan determinado, diferentes sin duda de los que hayan podido asistir a alguna de las partes" (XCVI, 121).

2. En el libelo aclaratorio, se pide en primer término "se diga expresamente... que la demandante debe pagar a la demandada, también, el valor de los impuestos de toda clase (prediales, renta y patrimonio y valorizaciones) que conforme a la ley y los acuerdos municipales o distritales se hayan cancelado, por razón de los inmuebles durante todo el tiempo".

Sobre este punto la Corte advierte que el dicho pago figuró como primera súplica de la demanda de reconvención y fue decretado en la sentencia de primera instancia, pues en el numeral cuarto de la resolutiva de ésta se condenó a los demandantes a pagar al demandado "el valor de los impuestos sobre los inmuebles a que se ha hecho referencia, que hubiera pagado la sociedad mencionada". Pero como todas las peticiones de dicha demanda fueron negadas en la sentencia de segunda instancia, y la parte demandada no interpuso casación contra esta providencia, se sigue que sobre el punto que dicha parte solicita aclaración existe resolución ejecutoriada en contra suya, que desde luego es intocable.

3. Se solicita, en segundo lugar, "se diga que la demandante debe pagar a la demandada, también, el valor de las mejoras que ésta haya hecho en los inmuebles".

En el proceso no existe prueba alguna de que el demandado hubiera hecho mejoras en los inmuebles que la sentencia le ordena restituir. Y como el procedimiento que indica el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, solamente se refiere a la "liquidación motivada y especificada de la cuantía de la respectiva prestación" en manera alguna a la facultad de probar la existencia de ésta, no podría aclararse la sentencia para proveer sobre un extremo que no fue parte de la litis, puesto que en ella no se debatió la obligación de pagar las cuestionadas mejoras ni la existencia de éstas; y si bien es cierto que la Corte ha dicho que las prestaciones mutuas en ciertos procesos deben ser reconocidas oficiosamente, es sin perjuicio de que por lo menos aparezcan demostradas.

4. Finalmente, pide, "se diga que los arrendamientos que la demandada debe restituir a la demandante o compensar con lo que ésta debe pagar, son los que real y efectivamente haya recibido aquélla de los inquilinos, ya que ninguno de los inmuebles ha sido habitado por la parte demandada".

No se indica cuáles sean, en la parte resolutiva de la sentencia, "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda". Porque si la pretensión aclaratoria se refiere al numeral quinto de la dicha parte resolutiva, con claridad deslumbrante se dispone allí "que las sumas recibidas por la sociedad demandada so pretexto de arrendamiento, se imputarán a los intereses del mutuo realmente celebrado y en el exceso, si lo hubiere a capital".

Por lo expuesto, no se accede a lo solicitado.

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

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, León Posse Arboleda —Conjuez—.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

JUEGO Y APUESTA

(Concurso del 5 y 6)

Interrupción y suspensión del proceso civil. — Suspensión cuando los ilícitos se relacionan con los medios de prueba. — En el Concurso del 5 y 6 hay apuesta y mandato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., doce (12) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de abril de 1972, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario, instaurado por Miguel Antonio Olarte Quiroga frente al Hipódromo de Techo S. A.

I. *El litigio.*

1. Olarte Quiroga solicitó, en escrito presentado al Juzgado 6º Civil Municipal de Bogotá el 9 de diciembre de 1965, que con audiencia del Hipódromo de Techo S. A. se hiciesen las declaraciones y condenas que pueden sintetizarse así:

a) Que es legítimo tenedor del formulario "serie G. D. número 975165, sellado en el expendio número 125 de esta ciudad con el número de orden 0050, que le daba derecho a intervenir en la reunión número 40 de la temporada de 1965 del llamado concurso del 5 y 6";

b) Que la sociedad demandada, como administradora responsable del mencionado concurso, está obligada a pagarle "el valor de este formulario", por haber acertado en todas y en cada una de las carreras de caballos realizadas en dicha reunión, así como también en el orden de llegada de los cuatro últimos equinos en la sexta", "todo lo cual configura el denominado seis con marcador";

c) Que el monto de la anterior condena debe determinarse "de acuerdo con los estatutos del concurso, los resultados económicos o pecuniarios de la reunión y los resultados o números de formularios que igualmente hubieren acertado";

d) Que, además, la demandada debe indemnizarle los perjuicios que le vienen causando con el no cumplimiento de su obligación y correr con las costas del proceso.

2. Subsidiariamente solicitó que se condenase a la demandada a pagarle los perjuicios que se le causaron "por el hecho de no haberse remitido por el agente sellador el original y el duplicado del formulario" en tiempo oportuno, habiendo podido hacerlo, "así como también por el hecho de haberse omitido por parte de la sociedad o sus agentes dar aviso oportuno de no concursar el tantas veces nombrado formulario, habiéndose tenido ocasión hábil para darse noticia de su exclusión", los cuales estimó en la cantidad de dos millones de pesos moneda corriente.

3. Como hechos constitutivos de la *causa petendi,* relacionó el demandante los siguientes:

a) Que la demandada es administradora responsable del denominado concurso del "5 y 6", como ella misma lo ha hecho conocer profusamente del público por medio de sus agentes y representantes, así como también por "avisos, carteles, periódicos y propaganda radial";

b) Que el "Hipódromo de Techo S. A." administra el concurso con licencia de autoridad competente, teniendo aprobación oficial de sus estatutos, hechos éstos que también los ha dado a conocer del público por los mismos medios de difusión anteriormente mencionados;

c) Que el demandante cumplió con todos los requisitos que exigen tanto dichos estatutos como la reglamentación distrital, que son los de adquirir el programa de la reunión, comprar el correspondiente formulario, y obtener su "se-

llamiento", lo que el demandante llevó a cabo en el expendio número 125;

d) Que la demandada no excluyó en legal forma el formulario en mención, por lo cual Olarte "con el convencimiento de haber acertado y con la convicción de haber cumplido con el lleno de condiciones y formalidades del caso para concursar como cualquier otro legítimo concursante, en asocio de algunas otras personas concurrió a las oficinas del concurso del 5 y 6 del Hipódromo de Techo S. A., donde para su cobro presentó el referido formulario, el que habiendo sido chequeado ante el señor Delegado del Inspector Distrital de Juegos de Bogotá, D. E., le fue negada su validez por haberse, así se le dijo... establecido que el original y su duplicado no habían sido remitidos por el respectivo expendedor y sellador del concurso y que en las planillas figuraba la anotación de *'salto'* ", por lo que el mismo día en que lo anterior aconteció el demandante reclamó nuevamente ante el Gerente del Hipódromo mencionado, quien nada le manifestó entonces por tener que someter el caso a concepto de la Junta Directiva, después de lo cual se le dijo que "la sociedad en definitiva se abstenía de pagar el mencionado formulario".

4. El "Hipódromo de Techo S. A.", al contestar la demanda, aceptó el hecho b), pidió que se probaran el a) y el d), negó el c) y, en consecuencia, se opuso a que se decretaran las peticiones hechas en tal escrito.

5. Adelantado normalmente el proceso y recogidas las múltiples pruebas solicitadas por las partes, el Juzgado del conocimiento, el Sexto Civil Municipal de Bogotá, en sentencia calendada el 16 de junio de 1969 resolvió lo siguiente:

"Declárase que el 'Hipódromo de Techo S. A.' está obligado a pagar al señor Miguel Antonio Olarte Quiroga la suma de un millón ciento ochenta mil doce pesos con un centavo ($ 1.180.012.01) más el interés legal de esa suma a partir del cuatro (4) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965)".

Además, condenó a la sociedad demandada al pago de las costas de la instancia.

6. De esta decisión apeló la parte vencida; y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, después de allegar las pruebas que ambas partes le solicitaron y las que él mismo oficiosamente decretó con base en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, la confirmó por medio de su sentencia fechada el 12 de abril de 1972, con costas de la segunda instancia a cargo del apelante, por lo que éste interpuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

II. *La sentencia recurrida.*

7. Después de historiar el proceso detenidamente, recuerda el fallador que, conforme al Código Civil, tanto el juego como la apuesta son contratos aleatorios; y que, por considerarlos, en principio, como desmoralizadores, propicios para el enriquecimiento sin causa, la ruina, la desesperación y el escándalo, les niega, por regla general, toda tutela jurídica, por lo cual el ganador no puede reclamar el pago y si lo intenta su pretensión se verá truncada con la excepción de juego, en tanto que el perdedor tendrá 'acción para repetir lo pagado' ".

El Código Civil —continúa diciendo el Tribunal— se abstiene de definir tanto el juego como la apuesta, no pudiéndose por consiguiente emplear un criterio legal para diferenciar estos dos contratos. Los doctrinantes, continúa, hacen radicar esa diferencia en el papel que en ellos asuman los contratantes: si intervienen en el "acontecimiento" en forma activa, el contrato será de juego; si, por el contrario, son ajenos a ese hecho, será de apuesta. El artículo 1966 del Código Civil francés, agrega, semejante en este sentido al 2286 del colombiano, excepciona el principio general de la carencia de acción de los jugadores y apostantes para reclamar lo ganado en esas actividades, en el sentido de reconocerla en los casos de *juegos* de destreza corporal, por lo que la jurisprudencia de aquél país se ha orientado en el sentido de no concederla en los casos de apuestas. La nacional —apunta— se ha orientado en el sentido de equiparar al respecto uno y otro contrato en lo cual la acompaña el tratadista Enneccerus, a quien transcribe en lo pertinente. Con base en lo cual acepta que el apostante goza en Colombia de acción para pedir el pago de lo ganado como consecuencia de tal contrato, cuando se encuentra en el caso contemplado para los juegos por el artículo citado del estatuto civil.

8. Sentadas estas bases, entra el sentenciador en el estudio del proceso y dice que está demostrada la afirmación del demandante relativa al hecho de que el "Hipódromo de Techo S. A." es el administrador responsable del concurso del "5 y 6" mediante permiso o licencia de autoridad competente, con las pruebas consistentes en la escritura pública de constitución de la sociedad, distinguida con el número 858 y otorgada en la Notaría 5ª de este Círculo el 12 de mayo de 1951, cuyas reformas posteriores no

vienen al caso, que hace radicar su objeto social en la explotación de hipódromos, especialmente del situado en jurisdicción del Municipio de Fontibón; en la "propaganda que hace el Hipódromo de Techo en los periódicos, radiodifusoras y en la televisión sobre el concurso del 5 y 6"; y en la reglamentación contenida en los artículos 353 y siguientes del Decreto 216 de 1957, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial, traído al expediente como resultado del auto del Tribunal, dictado en desarrollo de las facultades concedidas al fallador en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, de los que se deduce que el concurso tantas veces mencionado consiste "en acertar cinco o seis caballos ganadores en las carreras válidas del programa para el concurso del '5 y 6' en cada reunión, cuyos nombres aparecen anotados en los formularios especiales para este concurso y cuyo valor en blanco es de $ 0.10".

Entrando más a fondo en el análisis del decreto anteriormente citado, afirma el Tribunal que la persona que quiera participar en el concurso debe cumplir las siguientes obligaciones: "a) Adquirir el respectivo formulario; b) Anotar en él los nombres de los caballos en la forma y términos previstos por el citado decreto; c) Pagar al hacerlo sellar el valor de las apuestas, determinado conforme al decreto en referencia; y d) Presentarse a cobrarlo, en caso de que se acierte en el concurso, dentro de la oportunidad prevista en sus reglamentos". Estos requisitos, continúa el fallador, fueron llenados por el demandante, puesto que "adquirió el formulario, anotó en él los caballos que ganarían las carreras y lo hizo sellar en un sellador autorizado por la demandada para ello, a quien pagó el importe de la apuesta", razón por la cual "como parte contratante, adquirió el derecho a participar del premio ofrecido para quien acertara con los nombres de los caballos que ganaran las carreras", conceptos éstos que deduce el Tribunal del triplicado del formulario que en fotocopia autenticada notarialmente se acompañó a la demanda y de la inspección judicial practicada en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, en donde se protocolizó por medio de la Escritura número 118, otorgada allí en 21 de mayo de 1970, dicho triplicado.

9. La demandada, continúa diciendo el sentenciador, arguye que el "sellamiento" fue doloso, por lo que, según ella, el formulario del demandante no podía entrar a participar en el concurso, amparando su afirmación en estas dos pruebas: a) La denuncia penal hecha por el sellador, que lo fue un empleado del mandatario del Hipódromo de Techo S. A., Jorge Aurelio Cortés, la cual, comenta, "apenas constituye simple indicio de la defensa de la demandada, que en ningún caso puede dar base para tenerla por demostrada, especialmente si se tiene en cuenta que ninguna actuación encaminada a establecer los ilícitos denunciados se ha adelantado desde la época en que se formularon los denuncios, la cual se remonta al mes de octubre de 1965" y b) La declaración del precitado Cortés, quien se limita a relatar lo que le contó su empleado Marcelo Efraín Mosquera Jara, a la que el fallador no le da ningún mérito probatorio, porque, en primer lugar, "se trata de una declaración sobre lo que el testigo oyó", y, en segundo, el aludido Mosquera "incurre en una grave contradicción, lo cual le resta el escaso valor probatorio al indicio resultante de su denuncia penal, pues al preguntarle el funcionario si recordaba cómo estaba vestido quien selló el formulario, respondió: 'no lo recuerdo'. Días después al ampliar su denuncia manifestó el mismo Mosquera al preguntársele por la identificación de la persona que selló el formulario: 'el individuo es moreno, medio alto, de mala presentación en su vestido, estaba sin corbata, de camisa sport, el vestido me parece que era color azul, tenía más o menos unos treinta años de edad'. No recordaba, pues, Mosquera al formular su primer denuncia cómo se encontraba vestido quien selló el formulario y al proceder a ampliarlo describe detalladamente su indumentaria".

Además, agrega el *ad quem,* entre lo afirmado por Cortés y lo dicho por Mosquera, también se nota una contradicción, "pues al paso que el primero pone de presente que fueron varias las personas que acudieron a sellar el formulario, lo cual comparte la sociedad demandada al hacer la respectiva pregunta, Mosquera dice que fue una persona la que lo hizo sellar. Dice el testigo: '...les entregó nuevamente el formulario a los que fueron a sellarlo...'. Es cierto que las personas que sellaron el formulario y a quienes Mosquera lo devolvió para que lo legalizaran no volvieron al establecimiento'. Al ser interrogado el denunciante sobre si quien selló el formulario iba solo o acompañado, contestó: 'estaba solo' ".

En presencia de todo lo anterior, el sentenciador decretó oficiosamente un careo entre Mosquera, el demandante y los testigos presentados por éste, el cual no pudo llevarse a cabo por cuanto la sociedad demandada manifestó que le había sido imposible obtener la comparecencia de aquél. De lo cual se lamenta el fallador, pues consideraba esta diligencia de gran importancia para la mejor comprensión del problema.

Ampliando más aún el análisis de la prueba allegada por las partes, concluye el Tribunal que los testimonios rendidos por Besarión Chacón, Alirio Aguilar Agudelo y Rufiniano Pinzón a solicitación del demandante, "en forma acorde y dando la razón de su dicho, relatan que acompañaron al demandante a sellar el formulario tantas veces mencionado cuyo triplicado le fue devuelto luego de ejecutada la labor de sellamiento", de lo que deduce que "el dolo en que funda la defensa la demandada (Art. 1516 del C. C.) no existió, pues los elementos de convicción aportados con esa finalidad no permiten tenerlo por demostrado".

10. Establecido lo anterior, entra el fallador a dilucidar el tema referente a si, por el hecho de no haber llegado oportunamente a las oficinas de la empresa administradora del concurso ni el original ni el duplicado del formulario adquirido y tramitado por el demandante, éste quedó excluido del contrato de apuesta, observando al respecto que, "no obstante existir una norma reglamentaria del concurso del '5 y 6', que se transcribe en la contestación de la demanda y en la cual edifica el señor apoderado del Hipódromo de Techo S. A. sus alegatos para que se absuelva a su poderdante de los cargos que le hace el actor en su libelo, y según la cual sólo entrarán al juego los formularios que lleguen a las oficinas del concurso a una hora y día determinados, quedando excluidos los que no lleguen en esa oportunidad, como dicha norma sólo puede tener validez para aquellos casos en que la no llegada de los formularios en la oportunidad dicha obedezca a fuerza mayor o caso fortuito, alegados y probados por la demandada y no a aquéllos que tengan por causa la culpa de ésta o las de sus empleados, pues de no ser así habría que admitir la posibilidad de una condonación del dolo futuro, lo cual prohibe de manera expresa el artículo 1522 del Código Civil, se debe concluir que el hecho de no haber llegado el original y el duplicado del formulario que selló el demandante a las oficinas del concurso del '5 y 6' no exonera a la demandada de su responsabilidad contractual, puesto que ella no alegó ni probó que la no llegada del formulario obedeciera a un caso fortuito o de fuerza mayor". En apoyo de estas consideraciones, transcribe la doctrina de la Corte sobre el particular, que extracta de las sentencias calendadas el 13 de diciembre de 1962 y el 18 de mayo de 1963, que transcribe en lo pertinente.

11. Reconocido por el sentenciador el derecho de Olarte Quiroga para reclamar de la demandada el valor del premio correspondiente a su apuesta, entra a estudiar su cuantía, que establece de la manera siguiente:

"Para determinar el valor del premio observa la Sala: a) Según el Decreto 350 de 1963, que en copia obra a los folios 37 y 38 del segundo cuaderno, el formulario que se hace valer en este proceso ganó la apuesta denominada 'El seis con marcador'; b) Conforme a los reglamentos del 'Concurso del 5 y 6' y a las inspecciones judiciales practicadas en la primera y en la segunda instancia del proceso (Fs. 65 Cdo. 2º y 18 Cdo. 5º) para los formularios correspondientes a la categoría antes mencionada: 'El seis con marcador', correspondió un premio de un millón ciento ochenta mil doce pesos con un centavo ($ 1.180.012.01); c) Según las inspecciones judiciales citadas, en la reunión hípica para la cual apostó el demandante no apareció sellado ningún otro formulario con seis aciertos.

"Ahora bien, si el actor selló un formulario que ganó la apuesta llamada 'El seis con marcador' y no hubo otros apostadores que se encontraran en las mismas condiciones, corresponde al demandante la totalidad del premio", o sea la suma antes indicada, "cantidad ésta en que los peritos que actuaron en la primera instancia (F. 19 Cdo. 2º) avaluaron el premio a que tiene derecho el demandante en dictamen que por lo fundamentado y explicado merece plena credibilidad".

III. *El recurso de casación y consideraciones de la Corte.*

12. Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia antes resumida, uno por la causal 5ª y cuatro por la primera de las establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudia en el mismo orden en que vienen propuestas.

Primer cargo.

13. Hácese consistir en "haberse incurrido en la causal de nulidad contemplada en el ordinal 5º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, consistente en haberse adelantado el proceso después de ocurrida y establecida la causal de suspensión enunciada en el artículo 170 en su primer ordinal, es decir, la de existencia de un proceso penal cuyo fallo tenía que influir necesaria e inevitablemente en la decisión que se tomara en el proceso civil en que hablo", fundamentándose la censura así:

En el expediente, dice el casacionista, constan los siguientes hechos: a) La denuncia penal formulada por Mosquera Jara contra el demandante; b) La ampliación de la misma; y c) La remisión del proceso al Juzgado 45 penal, sin que tenga incidencia la crítica que el fallador hace a la citada denuncia, pues lo esencial para dilucidar el problema es "el hecho establecido de la existencia de un proceso penal".

"No puede —continúa el censor— someterse a dudas ni a debatimiento la afirmación de que el fallo que corresponda dictar en el proceso penal tiene influencia necesaria en la decisión del proceso civil en que estoy abogando ahora", por lo que el *ad quem* ha debido decretar la suspensión de éste, por cuanto el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil es muy imperativo: se decretará, es la inflexión verbal usada, "cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en éste haya de influir necesariamente en la decisión del civil", sin que al caso se aplique la excepción contenida en la misma norma, según la cual "no habrá suspensión si se trata de posibles ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las de estado civil en procesos de sucesión", porque, en primer lugar, el triplicado del formulario aducido por el demandante más que un medio de prueba es el objeto mismo del pleito civil; en segundo, porque el proceso penal se inició antes que el civil, es decir, que aquél es anterior "al momento en que se le pretendió convertir en medio de prueba"; y, por último, porque "el proceso penal, según lo demuestra la inspección ocular aludida, tiene por objeto no sólo una falsedad, sino expresa y muy principalmente un delito imperfecto de estafa". De todo lo cual deduce el recurrente que "es preciso concluir que en el civil se incurrió en la causal de nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 152 del Código citado, por haberse seguido adelantando después del 1º de julio de 1971 en que entraron en vigencia las disposiciones citadas sobre suspensión y nulidad...".

14. Pero —continúa la censura— si se pensara que el problema está fallado como quiera que el Tribunal, por auto del 18 de mayo de 1971, confirmado por el de 30 de julio siguiente, que resolvió el recurso de súplica oportunamente interpuesto contra aquél, negó la suspensión solicitada por la compañía demandada, debe tenerse en cuenta que estas providencias se basaron en lo dispuesto por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal y que "la negativa se produjo porque el juez penal no dio el aviso y porque el otro no solicitó investigación oficiosa"; pero "a partir del 1º de julio de 1971 la reglamentación legal de la prejudicialidad empezó a ser otra: basta con que el juez civil tenga conocimiento del proceso penal y con que, dado el delito que se investiga, el fallo sobre existencia y/o responsabilidad haya de ejercer influencia directa e inevitable en la decisión civil, para que se imponga la suspensión del proceso", no siendo "discutible que encontrándose ya en los autos la prueba de que existía una de las causales legales de suspensión del proceso y ya en vigencia las disposiciones del nuevo estatuto procesal que he citado, cuando el negocio entró al despacho para sentencia, el Tribunal procediera a dictarla, incurriendo así en un acto que está afectado de nulidad. Y ello sin que pueda afirmarse que esa nulidad fue saneada, puesto que después del fallo, la actividad inmediata de la sociedad fue la de recurrir en casación contra él"; y sin que, por otra parte, pueda "invocarse el auto de 15 de diciembre por medio del cual fue reconocido el nuevo apoderado del actor, para alegar que el hecho de no haber propuesto la nulidad de éste implicó saneamiento, pues ese auto no conlleva trámite alguno de adelantamiento del proceso, que es lo que está tocado de nulidad en esos casos".

Se considera:

15. La demandada en la segunda instancia solicitó al Tribunal que, "subsidiariamente para el caso de que no se revoque el fallo", se decretara la suspensión del proceso en vista de la denuncia penal instaurada por ella contra el demandante y con aplicación del artículo 11 del anterior Código de Procedimiento Penal. Esta petición fue resuelta con anterioridad a la sentencia acusada ahora, en forma desfavorable al Hipódromo de Techo S. A., mediante providencia fechada el 18 de mayo de 1971, que suplicada por éste no fue infirmada por la proferida por la Sala Dual el 30 de julio siguiente. Tanto en uno como en otro auto, pone de presente el fallador que la decisión que pueda dictar la justicia penal no influye en la de la civil, según su concepto, como lo establece el artículo 2º de la norma en cita, para que la suspensión sea decretada.

El censor afirma con insistencia que las situaciones no pueden juzgarse igualmente al aplicarse la norma en comento del Código de Procedimiento Penal o la del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que ha debido tener en cuenta el Tribunal al dictar la sentencia ahora recurrida en casación, por cuanto ella es posterior al 1º de julio de 1971, fecha de vigencia

de este último estatuto. Conclusión a la que llega al afirmar que con la flamante disposición el fallador no puede excusarse de decretar la suspensión una vez que aparezca en el expediente comprobada la existencia de un proceso penal relacionado con el civil, ya que emplea la forma imperativa "decretará la suspensión". Olvidándose de que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal anterior, como el 17 del actual (Decreto-ley 409 de 1971), también emplean la misma forma, pues ambos dicen que "se suspenderá" el proceso civil cuando el penal que se hubiere iniciado pueda influir en la solución de la controversia. Es más: como se acaba de decir, el precitado artículo 11 contemplaba la suspensión del proceso civil cuando el fallo que hubiese de dictarse en el penal "pudiera influir" en aquél; en cambio, el 170 del Código de Procedimiento Civil es aún más exigente, pues sólo permite la suspensión del proceso civil cuando el fallo que corresponda dictar en el penal "haya de influir *necesariamente* (se subraya) en la decisión de éste". En vigencia del tantas veces citado artículo 11 del anterior Código de Procedimiento Penal, la Corte dijo sobre el tema que se viene tratando lo siguiente:

"Ahora bien, el estimar si se ha presentado un hecho que 'pueda considerarse como delito perseguible de oficio' es cuestión que no incumbe definir a las partes ligadas en el proceso civil sino al juez del conocimiento, de oficio o para desatar la incidencia provocada al respecto por cualquiera de los litigantes. Según eso, dispondrá o no el aviso al juez del crimen con acompañamiento de lo que estime conducente a la investigación. Del propio modo que el calificar si la decisión penal 'pudiera influir en la controversia civil' constituye materia propia de la discrecionalidad judicial, sin perjuicio del debate en articulación suscitada por alguna de las partes dentro del juicio civil" (C. 43).

De manera que si con la extinguida disposición la calificación previa a la suspensión del proceso civil "constituye materia propia de la discrecionalidad judicial", con mayor razón en presencia de la norma actualmente en vigencia que como se vio, es aún más exigente.

16. *Los procesos civiles pueden paralizarse de dos maneras, a saber: por interrupción (Art. 168 C. P. C.) y por suspensión (Art. 170* ibídem). *Aquélla obedece a causas externas al proceso, como lo son la muerte o enfermedad de una parte o de su representante que carezca de apoderado judicial o del apoderado de una de las partes, así como también la exclusión de éste del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en él, y la muerte del deudor en los eventos a que hace referencia el artículo 1434 del Código Civil, la cual interrupción tiene efectos* ope legis, *o sea que se produce por ministerio de la ley y "a partir del hecho que la origine"; en cambio, la suspensión depende más de exigencias interiores del proceso derivadas de un acto del mismo, tal como la prejudicialidad nacida de que en procesos penales deban producirse fallos que influyan en el que haya de adoptarse, o que éste dependa del que haya de dictarse en otro proceso civil, o de un acto administrativo cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, con las salvedades que sobre el particular contienen los Códigos Civil y de Comercio. Fenómeno que produce efectos* ope juris *—pues deben solicitarla las partes y decretarse por el juez del conocimiento, menos en los casos previstos especialmente en el estatuto, como en los de impedimento y recusación (Art. 146), acumulación de procesos (Art. 151, Inc. 3), denuncia del pleito (Art. 56, Inc. 2), titulados por algunos como de suspensión parcial— los cuales sólo tienen formal existencia "a partir de la ejecutoria del auto que la decrete". Si, por el contrario, el fallador denegase la petición correspondiente, el proceso sigue su curso hasta su terminación, por lo que en este caso —que es el de autos— puede afirmarse que no se presenta la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que, en consecuencia, únicamente se da por regla general, cuando se dicta sentencia después de decretada, por auto ejecutoriado, la suspensión. Sobre la diferencia entre interrupción y suspensión la doctrina de la Corte (CI, 58) patrocina lo expuesto en cuanto a las causas que originan una y otra.*

17. La denuncia que el funcionario del Hipódromo de Techo S. A. llevó a conocimiento de la justicia penal, hace referencia a una posible falsedad del formulario de apuesta, que indudablemente es la prueba del respectivo contrato, sin que valgan las razones en contrario expuestas por el recurrente, porque la pretensión en el proceso civil es el pago del premio ganado en virtud del contrato de apuesta que el formulario demuestra; y porque en nada influye en la calificación del medio de prueba mencionado, el hecho de que el proceso penal fuera anterior al civil, ni de que aquél fuese por uno o por varios delitos. Así se deduce de los términos muy claros y precisos usados por el legislador, que no distinguen. En efecto, la norma es del siguiente tenor:

"1. *Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en éste haya de influir necesariamente en la decisión del civil. No habrá suspensión si se trata de posibles ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las de estado civil en procesos de sucesión*".

De manera que el posible ilícito que se atribuye a Olarte Quiroga, derivado de la manera como se dice tramitó el formulario tantas veces mencionado, no podía conducir a un decreto de suspensión del proceso civil adelantado por éste en procura del pago del premio de que se cree ganador, por estar comprendido el caso dentro de la excepción mencionada en la norma acabada de transcribir. La cual obedece a la consideración de que en el proceso civil existe la posibilidad de demostrar el tal ilícito, como lo sería falsedad de documentos y testimonios; si así no estuviese ordenado, la suspensión se constituiría en medio fácil para demorar los procesos civiles hasta por un lapso de tres años (Art. 172 C. P. C.), lo que contrariaría el criterio general dominante en la expedición de las nuevas leyes procedimentales, orientada en el sentido de darle mayor celeridad a los procedimientos, para lo cual entre otras medidas, se le concedieron al juez facultades de dirección, de que antes carecía, por lo que se ha llegado a afirmar por los doctrinantes que "para aplicarlo (el C. P. C.) es obvio que debe cambiarse de mentalidad, pues el paso del sistema privatista al publicista así lo exige".

Por lo demás, la excepción atinente a las pruebas de estado civil en procesos de sucesión, también se explica suficientemente. En efecto, éstas tienen mayor entidad que la de servir de simples medios de prueba, puesto que pueden constituir título mediante el cual, en el proceso en referencia, se habrá de reconocer a unas personas como herederos o como cónyuge sobreviviente, a los que, por otro lado, se les hará entrega de los bienes dejados por el difunto. La suspensión en este caso impide que se entreguen los bienes de la herencia a quien haya sido reconocido como heredero, por ejemplo, mediante un título falso.

Se rechaza, pues, la censura.

Segundo cargo.

18. Fúndalo el recurrente en violación indirecta, por parte del fallador, de los artículos 1495, 1498, 2282 y 2286 del Código Civil por aplicación indebida, "pues está visto que por invalidez de lo que pretendió ser apuesta, careció de validez el contrato en general y consecuencialmente contrato aleatorio de apuesta"; y 1502, 1602, 1603 del mismo Código y 2º de la Ley 50 de 1936 por falta de aplicación, por las siguientes razones: el 1502, por cuanto para que una persona se obligue a otra por acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración, consentimiento que no existe por parte de la recurrente debido a que Olarte Quiroga designó en el formulario el nombre de los caballos ganadores y no la "llave" correspondiente, como lo estipula el respectivo contrato, al cual éste adhirió; el 1602, debido a que, al hacer parte del contrato el ordenamiento en virtud del cual deben omitirse en el formulario los nombres de los caballos cuando se trata de "carreras de llave", cláusula ésta que desconoció el demandante, se tuvo en la sentencia como ley para los contratantes lo que no es tal; el 1603 se violó, continúa el censor, porque al obrar Olarte como obró, según lo dicho al resumir la sentencia, el contrato no se celebró de buena fe; y, por último, el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 se quebrantó en consideración a que el Tribunal "se abstuvo de reconocerle efecto alguno y declarar o reconocer" la nulidad absoluta del contrato de apuesta.

19. Las razones que en concepto del casacionista respaldan sus anteriores afirmaciones, las expone a continuación de la siguiente manera:

a) Los artículos 357, 358, 368, 369 y 364 del reglamento del concurso del 5 y 6, contenido en los Decretos 216 de 1957 y 585 de 1963, expedidos por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, disponen en su orden: que los formularios "que no tengan inscrita la 'llave' de manera clara y precisa", son inválidos; que los caballos inscritos en 'llave' se consideran como uno solo, debiendo notarse en el formulario, únicamente, el número correspondiente a dicha "llave", omitiéndose "los nombres de los caballos que la forman"; que los formularios que no llenen los requisitos reglamentarios, "se consideran nulos pór lo que respecta al pago de los dividendos"; que "al sellar el formulario, los apostadores se someten sin apelación a este reglamento"; y que los "selladores" no están obligados a advertir a los apostadores los errores en que hayan podido incurrir al llenar el formulario. Ahora bien, continúa el censor, según el acta de la reunión correspondiente y las inspecciones judiciales practicadas, los caballos ganadores en la reunión del 3 de octubre de 1965 fueron los siguientes: "para las seis carreras válidas, en su orden, Belukha, Comandante, Se-

míramis, Llave número 9 (Tricana), Florencia (Pure Gold), Dublinesa. El marcador quedó integrado así, en su orden: Dublinesa, Cantante, Caprina, y Berkeley''. De manera que, al aparecer en el formulario llenado por el demandante el nombre de ''Tricana'' en el cuarto renglón ''sobre la cual, como metido, trasnochada y tardíamente, aparece un signo no claro'', que según el acta de la inspección judicial practicada por el Tribunal ''parece corresponder al número 9'', al acceder éste a las pretensiones de Olarte desconoció dichas normas reglamentarias, que hacen parte del contrato de apuesta, concluyendo así:

''O sea que según lo demostrado en el acta acompañada a la demanda y por las múltiples inspecciones judiciales a que he aludido, en el programa de carreras no figuraba como corredora la yegua Tricana sino la Llave Nueve (9) y que (en el supuesto de que el formulario hubiese sido llenado antes de haber sido sellado y todo ello antes de las carreras) el apostador no hizo la apuesta, en esa parte, conforme a las normas reglamentarias acogidas y aprobadas por la autoridad pública, sino contrariamente a éllas y más especialmente a la de la cláusula 358 (Art. 358 del decreto), que reza 'Los caballos inscritos en llave se considerarán como uno solo para los efectos del Concurso del 5 y 6, en el formulario deberá *anotarse el número correspondiente a la llave, omitiendo los nombres* (subraya el texto) de los caballos que la forman'. Lo que quiere decir que aunque Tricana figurara con otro bruto para componente de la llave nueve (9) en el programa que no se adujo, para que la apuesta valiera habría sido necesario que se hubiera hecho a la ''Llave nueve (9); simplemente, según cláusulas perentorias del contrato de accesión que Olarte alega en su favor y contra el Hipódromo como administrador o mandatario de los apostadores.

''Lo dicho en este capítulo está indicando claramente que el Tribunal, que hizo referencia expresa en su fallo al Decreto 216 o reglamento del concurso y a las inspecciones aludidas y al 'triplicado del formulario' que se acompañó en fotocopia a la demanda, incurrió en error notorio en la apreciación de esas pruebas...''.

''Si el Tribunal, dice más adelante el censor, hubiere interpretado acertadamente las cláusulas contractuales y reglamentarias transcritas en la fundamentación de este cargo, es decir, las cláusulas contractuales conducentes, las inspecciones mencionadas y el 'triplicado' del formulario, habría podido ver que en el programa figuraba para la cuarta carrera 'Llave nueve (9)' y no simplemente 'Tricana' o '9 Tricana' que en el formulario ha debido anotarse 'Llave nueve (9)' simplemente, *excluyendo al nombre* (subraya el texto) de los caballos que componían la llave, concluyendo que el 'triplicado' no se ajusta a dichas normas contractuales; que de acuerdo con las mismas, el formulario era nulo o inválido y que no podía participar en el concurso ni menos servir de base para reclamar dividendos, pues conforme a las cláusulas contractuales no hubo contrato de apuesta'';

b) Las declaraciones de Besarión Chacón, Mario Aguilar Agudelo y Rufiniano Pinzón, continúa el recurrente, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, son contradictorias como se desprende de lo siguiente: (i) el único testigo que identifica el formulario fue Chacón; (ii) ''ninguno de ellos dice que les constara o se hubieran apercibido de que el triplicado estaba escrito y no en blanco''; (iii) ninguno dice tampoco ''que Olarte dejara en poder del sellador el formulario y el duplicado''; y (iv) unos dicen que el formulario era de $ 4.00 y otros que de $ 5.00;

c) La declaración ''de quien efectuó el sellamiento, Marcelo Efraín Mosquera'' a quien el Tribunal encuentra contradictoria por no haber recordado en la primera denuncia el vestido de Olarte, que en su ampliación describe pormenorizadamente, no existiendo tal contradicción por cuanto a este testigo lo respaldan en su verdad los formularios sellados por él, ya que los distinguidos con los números 0048 y 0049 tienen la misma caligrafía del 0050, lo que demuestra que Olarte selló tres formularios y no uno, como lo afirman Chacón, Aguilar y Rubiano''.

Se considera:

20. De conformidad con la síntesis del cargo, éste se basa en errada interpretación del contrato de apuesta y de la prueba testimonial aportada por demandante y demandada; que, de no haberse presentado, habría impuesto una conclusión contraria a la del Tribunal que, por tanto, debió declarar la nulidad absoluta del contrato mencionado por falta de consentimiento, ya que no ha debido mencionarse en el formulario el nombre de uno de los caballos componentes de la ''Llave 9''.

La nulidad de un contrato o acto por faltarle uno de los requisitos exigidos para la validez del mismo, la consagra el artículo 1740 del Código Civil y no únicamente el 1502 y el 2º de la Ley 50 de 1936. Lo que está indicando que el cargo

no contiene una proposición jurídica completa, siendo insuficiente en consecuencia. En efecto, sobre el particular la Corte tiene dicho:

"Entendido así el cargo precisa notar que cuando una situación jurídica se halla regulada por varios preceptos que se complementan entre sí, la acusación, para ser cabal, ha de versar inexcusablemente sobre todos y cada uno de ellos, estructurando así la indispensable proposición jurídica completa. De donde se sigue que si el recurso no señala la totalidad de los textos violados que forman esa proposición, limitándose a hacer una indicación parcial de los mismos, el cargo no puede prosperar por insuficiente" (CXXXI, 140).

21. Manifiesta el censor, al fundamentar el error de hecho alegado, que si bien es cierto que el Tribunal vio tanto el formulario de la apuesta como las inspecciones judiciales practicadas en las instancias, por lo que no podía alegarse falta de apreciación de esas pruebas, las conclusiones de su análisis son erradas y en tal sentido fundamenta su acusación.

a) En cuanto a la errada apreciación del contrato de apuesta celebrado entre demandante y demandada, que hace consistir en las consideraciones del *ad quem* sobre las regulaciones contenidas en los Decretos números 216 de 1957 y 585 de 1963, ambos dictados por la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E., se tiene lo siguiente:

(i) El concurso del 5 y 6 consiste en "acertar 5 ó 6 caballos ganadores en las carreras válidas del programa para el concurso del 5 y 6 en cada reunión, cuyos nombres deben aparecer anotados en los formularios especiales para este concurso y cuyo valor en blanco es de $ 0.10" (Art. 383);

(ii) Los citados formularios no serán válidos cuando contengan nombres borrados, tachados o enmendados de caballos competidores; o cuando no concuerden entre sí los tres ejemplares que deben expedirse; o cuando no contengan las anotaciones de los caballos en su correspondiente lugar; o cuando no tengan el sello de control; o cuando no estén "depositados en las urnas del 5 y 6 sus correspondientes original y duplicado... (Art. 358), lo que debe cumplirse a más tardar a la hora que para tal efecto señale la Inspección Distrital de Juegos, caso en el cual 'no participarán en el concurso'" (Art. 1º, D. 585/63);

(iii) Los formularios acertados caducan a los 10 días de verificada la respectiva reunión de carreras, debiendo ser pagados por el Hipódromo "de lunes a viernes en las horas de caja" (Art. 358);

(iv) Los caballos deben inscribirse en el formulario por sus nombres; pero cuando se agrupan dos en una "llave", la inscripción debe hacerse por el número correspondiente a ésta, omitiendo el nombre de los que la forman, siendo inválidos los "que no tengan inscrita la 'llave' de manera clara y legible" (Art. 467).

Tales son las regulaciones distritales del contrato de apuesta, que la demandada ha adoptado como cláusula de sus reglamentos al respecto. *En el concurso del 5 y 6, como lo ha dicho la Corte y como lo repite el sentenciador, se celebran dos contratos: el de apuesta mutua entre todos los concursantes y el de mandato entre éstos y el Hipódromo, siendo éste el que dicta los términos de ambos, todo lo cual lo tiene aceptado el recurrente de manera expresa.*

Ahora bien: como también lo tiene dicho la Corte, en estos contratos de adhesión hay que distinguir las cláusulas esenciales de las accesorias, siendo las primeras aquéllas "sobre las cuales ha debido necesariamente recaer la adhesión del adherente y que ordinariamente han sido objeto de discusión", y las segundas las que "el adherente no les ha atribuido gran importancia, porque las considera simplemente destinadas a regular los puntos de detalle de la convención... los cuales no son oponibles al adherente sino en cuanto se limitan a precisar y completar las cláusulas esenciales, y en ningún caso en cuanto modifiquen el alcance del contrato" (XLIV, 676).

En la convención en estudio, las cláusulas referentes a la manera como debe inscribirse una "llave" en el formulario son notoriamente accesorias, mas si se considera que al llenar Olarte Quiroga el formulario inscribió la "Llave 9", añadiéndole el nombre de uno de los dos ejemplares que la componían, precisamente el del ganador de la carrera. La recurrente abriga dudas sobre esta anotación; pero nada demostró sobre el particular en el curso del proceso, fuera de la formulación de una denuncia penal que, como lo dice el Tribunal, después de siete años se encuentra en la misma situación inicial.

Por lo demás, no está en lo cierto el recurrente cuando afirma que los reglamentos del concurso del 5 y 6 establecen la invalidez o nulidad del formulario en los casos en que en él se inscriba el nombre de uno de los caballos corredores en "llave". En efecto, el artículo 358 del Decreto 216 de 1957 establece tales invalidez o nulidad cuando "aparezcan nombres de caballos borra-

dos, tachados o enmendados''; cuando ''no tengan todos los caballos de las seis carreras anotados en su correspondiente lugar''; cuando no están de ''acuerdo los tres ejemplares de un mismo formulario''; cuando ''no lleven los sellos de control del Hipódromo de Techo S. A., Fontibón, y el número de orden correspondiente al sellador autorizado, o si para el momento del escrutinio no están depositados en las urnas del 5 y 6 sus correspondientes originales y duplicados''; y cuando ''no tengan inscrita la 'llave' de manera clara y legible'' (Art. 367). Cuando esta disposición establece la forma de inscribir la ''llave'', es decir, anotando el número pero omitiendo los caballos, nada dice respecto de nulidad o invalidez en el evento de que no se obre de conformidad. Sin que al efecto pueda tenerse en cuenta la sanción general de nulidad del formulario que no llene los requisitos exigidos por el reglamento, de que habla el artículo 368 del estatuto en cita, porque las regulaciones sobre los requisitos del formulario son distintas a las que gobiernan la manera de llenarlos, como se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 367 ya citado, que dice: ''No se considerarán válidos los formularios que no llenen los requisitos del presente reglamento y los que se enumeran a continuación: a) Los que no tengan inscrita la 'llave' de manera clara y legible;... d) Los que tengan los nombres de los caballos tachados, borrados o enmendados; e) Los que no tengan anotados... los números de las ''llaves correspondientes...''. Si estos últimos defectos constituyen requisitos de los formularios y no hiciesen relación a la manera de llenarlos, no se explicaría la disposición transcrita ni la repetición inútil que ella contendría de los preceptos del artículo 358, atrás transcrito en lo pertinente;

b) En lo que hace al error de hecho en la apreciación que el fallador hizo de las declaraciones traídas al proceso por solicitud de las partes, analizadas con detenimiento por él, cabe repetir lo que la Corte ha dicho sobre este particular:

''En el recurso de casación, ha expuesto, se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las normas esenciales de procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a la luz de un nuevo estudio probatorio se pueda sustituir arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte en función de casación no le corresponde balancear las pruebas y las contrapruebas del litigio, para deducir la verdad de los hechos constatados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En la casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente de cada cargo concreto'' (LI, 211).

''Comoquiera que en el recurso extraordinario no se trata de renovar el debate probatorio —ha dicho también— cerrado para siempre en la instancia... Está fuera de duda que no alcanzará a ser destruida en casación la sentencia acusada porque el recurrente ensaye un estudio crítico diferente de la prueba testimonial, de recibo como elemento de juicio en alegatos de conclusión, pero no ante la Corte para contradecir el fallo de segundo grado que llega cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal'' (XC, 108).

Además, no se demostró, por parte del recurrente, que la conclusión del *ad quem* fuera contraevidente. Como tampoco puede deducirse así de lo expuesto por él sobre el particular, tal como se dejó transcrito en el numeral 9 anterior.

Por lo expuesto, se rechaza la impugnación.

Tercer cargo.

22. Lo hace consistir el censor en violación directa de los artículos 2286, 2141 y 2177 del Código Civil, el primero por indebida aplicación y los dos últimos por inaplicación, pues la sociedad demandada —dice— no fue apostadora sino mandataria de los apostantes en el concurso del 5 y 6, ya que, como lo tiene definido la Corte, en las cláusulas que rigen tal concurso coexisten dos contratos: ''uno de apuesta entre quienes sellan debidamente formularios (apuestas mutuas) y otro de mandato o comisión entre el Hipódromo por una parte y los apostantes por la otra''.

Condenar al Hipódromo con aplicación de la norma contenida en el artículo 2286 del Código Civil que dé acción para ciertas especies de juegos aleatorios —continúa el censor— en vez de enfocar su responsabilidad a la luz de las reglas que gobiernan la comisión o el mandato, implica, sin lugar a duda, la aplicación indebida de esa norma.

La circunstancia de que el Hipódromo sea mandatario para pagar, no cambia su posición puesto que ello no lo convierte en apostador y no tiene como persona responsabilidad directa en el pago. La responsabilidad es del concurso del 5 y 6, es decir de los apostadores, pero no de quien lo administra.

"Si el demandado hubiese sido el concurso del 5 y 6 representado por el Hipódromo de Techo, al juicio le eran aplicables las normas sobre los contratos aleatorios de juego y apuesta, pero habiendo sido demandado directamente, no procede tal aplicación.

"El hecho de que al demandar al Hipódromo se le hubiera señalado como administrador del concurso, sin demandar al concurso representado por él, que es cosa bien distinta, tampoco modifica el planteamiento jurídico que acabo de formular, puesto que siempre queda vivo el tratamiento de jugador dado al Hipódromo, a pesar de que se le calificara como administrador o mandatario, ni fue parte adhesiva en el juicio".

Como conclusión, afirma el recurrente que la violación directa estudiada no fue la única cometida por el *ad quem*, puesto que a la vez quebrantó, por falta de aplicación, las normas que gobiernan el contrato de mandato, y "particularmente las siguientes: la del artículo 2141 del Código Civil, (ha debido citarse el 2142) conforme al cual, el mandatario obra por cuenta y riesgo del mandante"; y el 2177 *ibídem*, según el cual el mandatario sólo deja de obligar al mandante cuando contrata en su propio nombre y no en el de éste, es decir, cuando no actúa como mandatario o comisionista.

"Si el Tribunal, que reconoció la existencia del mandato, hubiera dado a estas normas la aplicación que merecían, no hubiera incurrido en el despropósito de condenar al Hipódromo de Techo como si fuera el contratante apostador de Olarte, y mucho menos de condenarlo con base en una disposición legal sobre el juego, como si el Hipódromo ocupara la calidad de jugador y no la de mandatario".

Se considera:

23. En esencia, el cargo consiste en que la sociedad demandada, administradora del concurso del 5 y 6, no es apostadora y, por tanto, mal puede ser condenada, como lo fue, con aplicación —que por ende fue indebida— del artículo 2286 del Código Civil; y en que, como lo que de ella puede predicarse es que administra el dicho concurso, en nombre de los apostadores, la condena ha debido basarse en los artículos 2142 y 2177 de la misma obra, que hacen relación al contrato de mandato, cuya falta de aplicación motivó los errores cometidos por el fallador en la sentencia recurrida.

El Tribunal partió de la base, admitida por el Hipódromo al contestar la demanda, de que éste es administrador del concurso, es decir, de la apuesta mutua que entraña; y que, por consiguiente, debía cumplir con la obligación de pagar al ganador o ganadores el premio o premios determinados en la forma y con las bases estipuladas en los artículos 357 y 365 del reglamento respectivo. Estas disposiciones son, ellas sí, de la esencia del contrato de adhesión celebrado entre el Hipódromo y el demandante, puesto que en esta clase de contratos, como lo dijo la Corte en la sentencia que se aludió en el numeral (iv) anterior, lo único que es esencial "es la existencia misma de la obligación". Por tanto, tales disposiciones son ley para las partes, máxime cuando de la interpretación de estos contratos se trata, los principios de la buena fe predominan en virtud de que el adherente está en condiciones de máxima inferioridad.

De manera que no se demandó —ni se condenó— al Hipódromo de Techo S. A. como apostante sino como persona que asumió la obligación de pagar con los dineros recibidos de los apostadores los premios ganados por éstos, siguiendo las normas al respecto trazadas en sus reglamentos y en los decretos distritales atrás citados. La "apuesta se concierta entre todos los concursantes o apostadores, y no entre éstos y la empresa Hipódromo de Techo, y ofrece los caracteres de oneroso, mutuario y aleatorio" (C. 279). Mal podría haberse demandado al concurso, que no es persona jurídica y cuyas obligaciones, si las tuviere, son de cargo exclusivo del administrador del mismo. De lo que se deduce que ni se aplicó indebidamente el artículo 2286 del Código Civil, ni correspondía aplicar los 2142 y 2177 de la misma obra, por lo que la censura analizada resulta impróspera.

Cuarto cargo.

24. Hácese consistir en violación directa de "la norma del artículo 2286 citado, por interpretación errónea y como consecuencia de ello, las de los artículos 95 de la Ley 153 de 1887 y 2282 del mismo Código Civil por falta de aplicación, al dejar de diferenciar el juego y la apuesta y al no aplicarle a ésta la regla general de falta de acción, que con respecto a la apuesta no ha sido excepcionada". Agrega que el Tribunal admite que la excepción consagrada en el artículo 2286 hace referencia a determinados juegos; pero que, a pesar de ello, aplica esa norma legal a las apuestas, siguiendo a un comentarista del derecho español, que es diferente al colombiano en el punto, y a un fallo de la Corte que sólo de manera incidental se refirió al tema,

razón por la cual lo propone nuevamente para que se manifieste si se persiste o no en tales tesis.

Para sostener sus conceptos, manifiesta el censor que el Código Civil diferencia en sus artículos 1498, 2282 y 2283 los contratos de juego y de apuesta; que la segunda de las disposiciones citadas, tal como fue reformada por el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, menciona ambos contratos pero únicamente para negarles "acción o excepción"; y que el último, al conceder acción a "los juegos de fuerza o destreza corporal", no mencionó la apuesta por lo que, tratándose de una excepción y siendo ésta de interpretación restricta, mal puede estimarse contenido tal contrato en dicha norma.

Y para fundamentar más aún sus conclusiones, el recurrente se adentra en una erudita disquisición gramatical, de la que deduce la gran diferencia que media entre uno y otro contrato, manifestando que en "Monlay se lee que apostar viene de *apponere,* poner, y de ahí las tres acepciones propias de que he hablado, pues lo que significa es poner algo, por lo cual originalmente se dijo, la puesta y no la apuesta. En cambio jugador se deriva de *jocari,* alegrarse, divertirse, de donde salió jocundidad, que significa alegría, diversión".

Termina el censor diciendo: "Acaso se alegue que si se aplica la disposición en el sentido que ella tiene, el concurso del 5 y 6 podría convertirse en fuente de abuso por la indefensión de los apostadores o pudiera extinguirse por ausencia de éstos. Ni lo afirmo ni lo niego y me limito a observar que ninguno de tales eventos puede ser base interpretativa de la ley, y que la misión de la honorable Corte no es la de defender la supervivencia del concurso, sino la juiciosa y recta interpretación de la ley".

Se considera:

25. La doctrina de la Corte sobre el punto tratado en el cargo que se estudia, es la siguiente:

"La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales: los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil, y según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del jugador o jugadores. La misma disposición enuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquellos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluir que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sean los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

"Conviene anotar que si bien el artículo 2286, citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluídas de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitos, según que el juego o hecho que los motiva dependa principalmente o no del azar y de la suerte y que por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres, conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto, en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene así mismo a las apuestas que no dependan de la casualidad. Así se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuesta.

"Conforme al mismo artículo 2286, las apuestas y los juegos lícitos producen obligaciones civiles cuando no contravienen las leyes de policía, esto es, cuando su funcionamiento se ajusta a las condiciones señaladas por los reglamentos de policía. La eficacia jurídica de estos contratos está sujeta a la doble condición de no depender de la suerte o el azar, y de funcionar con arreglo a las normas de policía. La ley les reconoce a estos juegos y apuestas la calidad de contratos, y defiere a los ordenamientos de policía la regulación, no de su régimen jurídico, sino de las circunstancias en que puedan ser establecidos y funcionar. Esta referencia a las leyes de policía no priva al juego y a la apuesta de su natura-

leza de contratos, ni por sí sola les imprime licitud y fuerza obligatoria, ni los convierte en meras órdenes o reglamentos de policía; por el contrario, les refuerza su eficacia jurídica como tales contratos'' (C. 278/79).

Los conceptos anteriores, que como se ve no son incidentales y que la Corte reafirma en esta ocasión, se basan en que los contratos de apuesta relacionados con juegos de suerte y azar, que son ilícitos y contrarios a las buenas costumbres, son bien distintos de los que se cruzan en relación con juegos en que predominan la fuerza o la destreza corporales que, por su misma índole, en vez de producir efectos dañosos socialmente a la comunidad, los procuran favorables tanto para la salud mental y física de los participantes como para el divertimiento honesto de los asociados, razón por la cual se trata ya de un servicio público que el Estado fomenta bien directamente o por medio de incentivos a las personas naturales o jurídicas que los lleven a efecto.

No puede afirmarse, pues, que un contrato de apuesta como el del concurso del 5 y 6 no está cobijado por la disposición del artículo 2286 del Código Civil; en primer lugar, porque el Estado lo tiene permitido, siendo lícito en consecuencia, desde el momento en que lo reglamenta por medio de disposiciones distritales de policía y de que de él deriva ingresos fiscales destinados a atender la noble finalidad de la asistencia social, lo que no podría suceder nunca si el contrato en cuestión fuere contrario a las buenas costumbres, ya que el Estado no podría derivar beneficios financieros de una actividad contraria a la moralidad, que es de su resorte conservar inalterada; en segundo, porque tiene permitido al Hipódromo de Techo S. A. que organice y administre el concurso facultándolo para cobrar una remuneración por tal servicio, equivalente al 19.5% de los recaudos provenientes de las apuestas, razón por la cual este administrador no puede considerar nulo el contrato de apuesta sin calificar en la misma forma el de mandato, del que deriva utilidades; en tercer lugar, porque si el contrato de apuesta no fuere lícito, por no estar incluido en la excepción del artículo 2286 del Código Civil, éste no tendría vigencia en tratándose de carreras de caballos, específicamente mencionadas como ejemplos en tal disposición, porque precisamente a los participantes en él, a los jinetes, les está prohibido jugar con fines lucrativos, por razones obvias, debiéndose entonces interpretar la norma en el sentido de que produzca algún efecto.

No se violaron por el sentenciador, pues, las normas indicadas en la censura que, por lo tanto, resulta impróspera.

Quinto cargo.

26. Viene formulado así: ''Ataco el fallo recurrido con base en la primera de las causales de casación señaladas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil por violación directa de las normas contenidas en los artículos 1615, 1608 y 1617, por falta de aplicación de ellos en la decisión del litigio''.

Lo fundamenta afirmando que, por cuanto el Tribunal confirmó totalmente la sentencia del *a quo,* condenó, como lo hizo éste, a la sociedad demandada a pagar intereses por concepto de daño emergente; y que como los artículos 1615 y 1617 subordinan y condicionan los perjuicios a la mora del deudor y la sociedad no lo está ya que no se contempla ninguno de los casos enumerados en el artículo 1608, pues en el contrato de apuesta sobre que versa el proceso no se fijó plazo ni se ha requerido al deudor, la violación de las normas en cita es indudable.

''Por lo demás, agrega, y aunque ello sea innecesario después de lo dicho en relación con la norma 1617, el demandante no reclamó intereses''.

Se considera:

27. Olarte Quiroga, contra lo afirmado en la censura, sí reclamó intereses. Basta tener en cuenta que en la petición cuarta se solicitó que ''se condene a la sociedad demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante...'', siendo los intereses equivalentes a los perjuicios en casos de deudas de dinero, como lo dice el artículo 1617 del Código Civil.

Es más: si no se hubieran reclamado intereses y el fallador los hubiese decretado, la acusación a este respecto no podría hacerse por la causal primera sino por la segunda, pues habría una inconsonancia en tal evento.

28. Es verdad, como lo afirma el recurrente, que los artículos 1615 y 1617 de la obra en cita exigen la constitución en mora del deudor para que nazca a su cargo la obligación de pagar perjuicios al acreedor, entendiéndose que lo está ''cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora'', o ''cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cier-

to tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla'' (artículo 1608 C. C., ordinales 1º y 2º), para hacer referencia a los casos contemplados en la censura.

La sociedad demandada en este proceso estuvo en mora desde que el demandante se presentó a reclamar su premio, si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) El artículo 358 del reglamento del concurso dispone que ''los formularios acertados caducarán a los diez (10) días de verificada la respectiva reunión'' y deben ser pagados en las oficinas del Hipódromo de Techo ''de lunes a viernes en las horas de caja''. Luego si deben cobrarse por los acreedores antes de su caducidad de diez días, lógicamente debe deducirse que la sociedad debe pagarlos dentro del mismo plazo, máxime si se considera que se trata de un contrato de adhesión, cuyas ''cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella'' (XLIV, 678);

b) Sobre el punto, la Corte tiene dicho:

''Excepcionalmente, la propia ley excusa la reconvención judicial para constituir al deudor en mora. Tal sucede en los casos contemplados en los ordinales 1º y 2º del citado artículo 1608. Refiérese el primero de éstos al evento de que entre el acreedor y el deudor se haya pactado término para el cumplimiento de la obligación, lo que hace presumir que aquél necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de ese término y que éste queda advertido de tal circunstancia.

''Bien está, entonces, que no se exija una nueva reconvención, porque el deudor ya sabe desde la celebración del contrato que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de las consecuencias que este incumplimiento apareja. El aforismo romano *dies interpellat pro nomine* describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, acogido además de la nuestra, por varias legislaciones modernas. La segunda excepción establecida en el ordinal 2º del artículo 1608 contempla la hipótesis de que la prestación no puede ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir. Aquí también se hace innecesario, como es claro, el requisito de la reconvención. En fin, con fundamento en los presupuestos de esta última excepción que también se encuentra establecida en el Código Napoleón, la doctrina y la jurisprudencia francesas han decidido que la *constitución en mora del deudor mediante reconvención tampoco es exigida cuando el incumplimiento es definitivo,* como cuando ha perecido la especie debida, *o cuando el deudor ha manifestado no estar dispuesto a ejecutar la prestación,* como cuando el asegurador niega la indemnización por no considerarse obligado a cubrir el riesgo acaecido. *La lógica también impone esta solución en el derecho colombiano con fundamento en los principios que informan la mora debitoria''* (se subraya) (CXXXIV, 190).

Tal es el caso: al solicitarle el demandante el pago de su premio a la demandada, ésta manifestó después de un estudio de la junta directiva que no lo pagaba, como lo afirman, además, los testigos Besarión Chacón y José María Tirado Duarte.

Luego si el deudor está en mora por lo dicho en las letras a) y b) anteriores; y si los perjuicios consiguientes consisten en los intereses legales, que fueron los decretados por el fallador, no se da la violación de los artículos citados en la censura que, consiguientemente, se rechaza.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de abril de 1972.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDADES

Causales de nulidad del proceso ejecutivo. — Nulidad del remate como acto procesal o como acto civil. — La falta de pago del impuesto de timbre no acarrea nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., trece de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en este proceso ordinario de Daniel Rodríguez Pedraza frente a Pablo J. Hernández Quiroz y Félix Movilla Dadul, contra la sentencia de 28 de febrero de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

I

El litigio.

1. Ante el Juez Promiscuo del Circuito de Fundación, el demandante pidió que se declarara lo siguiente:

"a) Que carece de validez jurídica la diligencia de avalúo y secuestro verificada en el juicio ejecutivo de Pablo Hernández Quiroz contra... Daniel Rodríguez, el día 6 de marzo de 1969, hecha por el Juzgado Civil de este lugar, de plena competencia y ya extinguido. Por haberse violado el Decreto número 2908 de 1960 artículo 5 numeral 45 y artículo 20 ibídem, pues no se pagó ni se ha pagado el impuesto de timbre nacional;

"b) Que la diligencia de avalúo antes expresada tampoco tiene valor legal, porque el auto que ordenó correr el traslado, fechado el 7 de marzo de 1969, quedó sin cumplimiento por cuanto la Secretaría del extinguido Juzgado Civil Municipal, no puso los autos a disposición de las partes como lo indica el artículo 199 del Código Judicial;

"c) Que la diligencia de liquidación de costas de fecha 1º de septiembre de 1969 y su auto aprobatorio de septiembre 16 de 1969, originarias del Juzgado Primero del Circuito Promiscuo de este lugar en el juicio ejecutivo ya sabido de Pablo Hernández Q. contra mi representado Daniel Rodríguez, son ilegales en cuanto computaron intereses a razón del 2% por cada mes de mora en un capital de $ 60.000 lo que dio por ese concepto $ 14.000 moneda corriente, siendo que no se estipularon intereses en el instrumento a deber. Se pretermitieron los siguientes textos legales: Código Civil artículo 1617; Código de Comercio artículo 219 y Ley 40 de 1907 artículo 173.

"Que en razón de las anteriores declaraciones se falle:

"1º Que no tiene valor alguno por ser ilegal la sentencia de pregón y remate dictada el día 1º de julio de 1969 por el Juzgado 1º del Circuito Promiscuo de este lugar, en el juicio ejecutivo de Pablo Hernández Quiroz contra mi defendido Daniel Rodríguez por cuanto la diligencia de avalúo era inexistente.

"2º Que carecen de valor legal las diligencias de remates en el Juzgado 2º Promiscuo del Circuito de este lugar, los días 26 de septiembre de 1969, 18 de noviembre de 1969 y 20 de enero de 1970; por faltar la diligencia de avalúo.

"3º Que el auto aprobatorio del remate de 23 de enero de 1970, dictado por el Juzgado 2º Promiscuo de este Circuito, no tiene ninguna eficacia legal por ser contrario a derecho, ya que no existiendo diligencia de avalúo, no hay remate y lógicamente no podría existir auto aprobatorio de lo que no tuvo vida legal.

"4º Que como consecuencia de las anteriores condenas, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga cancelar

o anular el registro correspondiente al remate a que se ha hecho referencia, verificado en el Libro número 1º Par, el día 4 de marzo de 1970.

"5º Y finalmente se ordene restituir a mi representado la tenencia material del predio 'Montecristo' que se le quitó mediante un remate que no tiene valor jurídico".

Como *causa petendi* alegó: que en el Juzgado Civil Municipal de Fundación, Pablo Hernández Quiroz inició juicio ejecutivo contra Daniel Rodríguez, con base en una letra de cambio por valor de $ 60.000, sin estipulación de intereses y vencimiento al 14 de septiembre de 1968; que el Juzgado dictó mandamiento de pago y decretó el embargo de un predio rural llamado "Montecristo", de propiedad del ejecutado; que el 6 de marzo de 1969, el Juzgado, en unión de los peritos designados, efectuó la diligencia de avalúo del inmueble, al cual se le asignó un justiprecio de $ 200.000, pero que no se pagó el impuesto de timbre del avalúo ese día, ni posteriormente; que en auto de 7 de marzo siguiente se ordenó correr traslado a las partes de la susodicha diligencia, pero que no hay constancia de Secretaría de que dicho acto se hubiera puesto a su disposición; que con fecha de 1º de julio del mismo año se dictó sentencia de pregón y remate por el Juzgado Civil Municipal de plena competencia; que por razón de la contrarreforma judicial el negocio pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito, en el que se hizo la liquidación del crédito el 1º de septiembre de 1969 por un total de $ 92.000, capital e intereses, éstos al 2% mensual y por un valor de $ 14.000, y que la liquidación fue aprobada el 16 de septiembre de 1969; que el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito, en los días 26 de septiembre de 1969, 18 de noviembre siguiente y 20 de enero de 1970, verificó las tres licitaciones de reglamento y que en la última, por el cincuenta por ciento del avalúo, adjudicó el predio a Félix Movilla Dadul, y una vez aprobado el acto judicial se inscribió en la Oficina de Registro correspondiente y se entregó el inmueble al rematante; finalmente, que el proceso ejecutivo memorado se halla archivado en el Juzgado inmediatamente aludido.

El demandante, entre otros artículos del Código Judicial, invocó el 1030.

2. Corrido el traslado de la demanda, los demandados la contestaron diciendo atenerse a lo que resultara probado, y cumplidos los demás trámites de rigor, el Juzgado profirió la sentencia de 26 de agosto de 1971, en cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. Que tiene plena validez jurídica la diligencia de avalúo y secuestro verificada en el ejecutivo de Pablo Hernández Quiroz contra Daniel Rodríguez Pedraza, fechada el seis (6) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969) y como consecuencia de lo anterior es legal la sentencia de pregón y remate dictada el primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969) e igualmente son legales las diligencias de remate practicadas los días veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y veinte (20) de enero de mil novecientos setenta (1970).

"Segundo. Es conforme a derecho el auto que impartió aprobación del remate el veintitrés (23) de enero de mil novecientos setenta (1970).

"Tercero. Dejar en firme el registro correspondiente al remate hecho en el Libro número 1º Par, el día cuatro (4) de marzo de mil novecientos setenta, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga.

"Cuarto. Denegar la solicitud en el sentido de que se restituya al mandante, Daniel Rodríguez, la tenencia material del predio 'Montecristo'.

"Quinto. Condénase en costas a la parte actora. Tásense".

Apelada esta decisión por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de 28 de febrero de 1972, la revocó, y en su lugar dispuso:

"1º Es nulo el proceso ejecutivo promovido por Pablo Hernández Quiroz contra Daniel Rodríguez Pedraza en el extinguido Juzgado Civil Municipal de Fundación, en el cual Félix Movilla remató el predio rural 'Montecristo' por la suma de $ 100.000.

"2º Daniel Dodríguez devolverá a Féliz Movilla la suma de $ 100.000 que éste le pagó como precio del inmueble rematado, una vez ejecutoriado el presente fallo.

"3º Félix Movilla restituirá a Daniel Rodríguez el predio Montecristo, con sus frutos civiles y naturales, ubicado en el Municipio de Fundación, corregimiento de Santa Rosa de Lima, alindado así: Norte, río San Sebastián o Fundación en medio, con predio de Nicolás Morelli; Sur, con predios de Minolfa Callejas y Temístocles Callejas, antes baldíos nacionales; Este, con predio de Héctor Rojano y Luis Pacheco, antes de Ulpiano Amel y baldíos nacionales; y Oeste, predio de Minolfa Callejas, antes de Rudesindo Fuentes.

"La restitución de tales frutos se hará a contar del día siguiente al de la contestación de la demanda en este proceso ordinario, en adelante, dentro del plazo y por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4º Félix Movilla tiene derecho a que Daniel Rodríguez le pague el valor de las mejoras que haya hecho en la finca Montecristo desde la contestación de la demanda, porque aquél ha sido poseedor de buena fe. Y mientras Daniel Rodríguez no cancele o no asegure a satisfacción de Féliz Movilla tales mejoras, gozará éste del derecho de retención de la referida finca.

"Las expresadas mejoras se liquidarán conforme al procedimiento del referido artículo 308.

"5º Tan pronto como Daniel Rodríguez pague a Félix Movilla los $ 100.000 a que se refiere el ordinal 2º de la parte resolutiva del presente fallo, el Juez del conocimiento librará oficio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga para que cancele el registro del remate llevado a cabo el 20 de enero de 1970, y el auto aprobatorio del mismo, calendado el 23 del propio mes y año, todo lo cual se hizo en el Libro número 1 Par de 1970, Tomo 1º, folios 267 a 269, partida número 1 par, de 1970, Tomo 1º folios 267 a 269, partida número 89 con fecha del 4 de marzo de dicho año.

"6º Cancélese el registro de la demanda".

Contra esta providencia, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación.

II

Consideraciones de la sentencia de segunda instancia.

1. Dice el Tribunal que tres son los "cargos" que formula el demandante en este proceso, para pedir la nulidad de los actos procesales a que se refiere la demanda y relativamente al ejecutivo que adelantara Pablo Hernández Quiroz, en el que Félix Movilla Dadul remató el predio llamado "Montecristo", a saber: que no hubo avalúo de este inmueble, porque no se pagó el impuesto de timbre; que la Secretaría del Juzgado no corrió traslado a las partes de dicho avalúo, y que se "computaron" intereses al 2% mensual en la liquidación del pleito.

2. Agrega que de acuerdo con el artículo 1030 del Código Judicial, vigente cuando se presentó la demanda, la sentencia de pregón y remate no fundaba excepción de cosa juzgada, por lo cual podía revisarse por esta vía lata o amplia; que el procurador de los demandados ha alegado que la acción de revisión de dicha sentencia, consagrada por el citado artículo, ya no existe, conforme a los artículos 379 y 380 del Código de Procedimiento Civil; que el artículo 333 de esta obra determina las sentencias que no constituyen cosa juzgada, y que entre ellas no se halla la de pregón y remate, lo cual considera cierto en cuanto al recurso extraordinario de revisión, pero que, con todo, el avalúo, el remate y el auto de aprobación del mismo se produjeron antes del 1º de julio de 1971, fecha de vigencia de la nueva ley procesal, por lo cual el demandante Rodríguez, tenía una acción que aún no se ha extinguido por la expedición de la nueva ley.

3. Expresa, que para llevar a efecto la diligencia de remate en un proceso ejecutivo es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos entre los cuales es esencial el del avalúo, enderezados a que el remate y la licitación tengan publicidad, especialmente en lo que respecta al precio de las cosas; que la jurisprudencia estimaba que las formalidades del remate estaban señaladas en los preceptos 1038 a 1046 del Código Judicial, abolido "pero vigente en el trámite del ejecutivo que se revisa", y que entre ellas figura el avalúo de la cosa, exigido, igualmente, por el Código de Procedimiento Civil; que el artículo 1038 del primero, imponía la fijación de carteles, con la expresión de la fecha y hora en que debía principiar la licitación, y del avalúo base del remate; que la Ley 176 de 1936, subrogatoria del artículo 1045 del Código Judicial, fija la base de la almoneda en los procesos ejecutivos en el 70%, el 60% y el 50% del avalúo, y que el posible rematante debía depositar, para hacer postura, el 20% del mismo, y que el artículo 451 de la ley derogada disponía que "en el juicio ejecutivo son también causas de nulidad... 2º La falta de las formalidades para hacer el remate", por todo lo cual, el avalúo de los bienes es requisito indispensable para proceder al remate de éstos.

4. A todo lo anterior agrega, que "en el ejecutivo que se revisa" se avaluó el predio rural llamado "Montecristo", pero no se pagó el impuesto de timbre correspondiente a este acto del proceso, como se deduce del certificado del Recaudador de Impuestos Nacionales de Fundación que así lo acredita; que este impuesto lo establece para el caso el numeral 45, artículo 5º del Decreto 2908 de 21 de diciembre de 1960; que, a veces la falta de pago es una simple irre-

gularidad, pero que, conforme al artículo 20 del citado decreto "ninguno de los escritos, actuaciones o documentos de que trata el artículo 5º podrá ser aceptado por los funcionarios judiciales, ni podrá ser tenido como prueba si no está provisto de las estampillas correspondientes, debidamente anuladas..."; y que así las cosas, la diligencia de avalúo causó el impuesto explicado y no se pagó, por lo cual "en el ejecutivo que se revisa, no debió admitirse el avalúo como prueba, ni podía llevarse a cabo el remate sin ese requisito", y que, "por lo tanto, tal avalúo y las diligencias posteriores, inclusive el remate y su auto aprobatorio son nulos".

5º Finalmente, se refiere al artículo 1746 del Código Civil que regula los efectos de la sentencia que decreta la nulidad de los actos jurídicos y cita la doctrina de la Corte sobre el particular.

Demanda de casación.

Tres cargos le formula el recurrente a la sentencia. El primero por la causal segunda y los restantes por la primera. Como la Corte halla procedente el primero, a él concreta su estudio y omite el de los restantes.

Primer cargo.

"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda", dice, porque el poder otorgado por el demandante a su mandatario expresa que su objeto es el de que "se revise" el proceso ejecutivo que le adelantara Pablo Hernández Quiroz; porque el mandatario advierte que presenta demanda ordinaria con audiencia de aquél y de Félix Movilla, para que "se revise" el proceso ejecutivo que siguiera el primero contra Daniel Rodríguez, y como consecuencia de la revisión se declarare que carecen de validez jurídica la diligencia de avalúo y el remate consiguiente; y que, sin embargo, de tratarse de una pretensión de revisión, el Tribunal la entendió como una de nulidad del proceso ejecutivo y en este sentido dirimió el negocio.

Sustenta esta argumentación con transcripciones de una obra de derecho procesal y doctrina de la Corte, y observa que el sentenciador incidió en un doble yerro, porque entendió pretensión de nulidad del proceso lo que era revisión del mismo, y que no obstante que en la demanda se pidió que, como consecuencia de la revisión, se decretara la invalidez de determinados actos procesales (avalúo, traslado de éste, remate) la sentencia impugnada declaró la nulidad de todo el proceso ejecutivo.

La Corte considera:

1. La segunda causal de casación, como lo ha venido repitiendo la jurisprudencia de la Corte, dice relación a la falta de conformidad de la sentencia de segunda instancia con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado, y que ella consiste en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia *(extra petita)*, o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio *(minima petita)*, o porque se condenare a más de lo pedido *(ultra petita)*.

2. El recurrente, sin hacer una calificación expresa de la inconsonancia en que habría incurrido el sentenciador, se limita a alegarla por dos motivos: el primero, porque estimó como acción de nulidad del proceso ejecutivo la que era de revisión del mismo, y el segundo, porque, no obstante que, como consecuencia de la revisión el demandante pidió la nulidad de algunos actos del proceso, el sentenciador declaró la nulidad total de él.

3. Como razones de la supuesta inconsonancia, el censor apunta que en el poder conferido por el demandante Daniel Rodríguez se expresa que su objeto es el de que se revise el proceso ejecutivo que adelantó contra él Pablo Hernández Quiroz; y que en el libelo demandatorio, obra del apoderado judicial, se hizo especial mención de que la finalidad del proceso sería la de obtener la revisión del dicho ejecutivo, y como consecuencia de ella la declaración de invalidez jurídica de la diligencia de avalúo y el remate consiguiente.

4. El argumento del contenido del poder conferido por el demandante, es aspecto irrelevante en la demostración de la causal segunda que constituye el cargo en estudio, pues no es misión del documento público o privado que contiene la voluntad del poderdante la de configurar judicialmente las pretensiones del actor, las cuales por mandato legal se hallan encomendadas a la demanda. Y respecto de la alegación de que en esta pieza del proceso se pide la revisión del ejecutivo incoado por Hernández Quiroz contra Rodríguez, se observa que de manera principal se suplica la invalidez de algunas actuaciones judiciales: la diligencia de avalúo y secuestro, la de liquidación de costas, la sentencia de pregón y remate, las varias de remate y el auto aprobatorio de éste, de lo cual se sigue que la interpretación que de la demanda hizo el sentenciador, en el sentido de que se trataba de una

pretensión de nulidad del proceso ejecutivo encuentra respaldo en la demanda misma.

5. Esta pretensión de nulidad, como se deja dicho, se refirió a los mencionados actos del proceso, no a éste en su totalidad, sobre la cual proveyó el sentenciador declarando su invalidez.

6. Existe, por tanto, inconsonancia entre las peticiones de la demanda y la resolutiva de la decisión acusada, no porque la pretensión ínsita en aquéllas hubiera sido la de revisión del proceso ejecutivo, que no ofrece ninguna dificultad el entender que ella fue la de nulidad, sino porque el demandante limitó sus aspiraciones invalidatorias solamente a algunos actos del proceso y el sentenciador decretó este efecto respecto de todo él, incurriendo de esta manera en fallo *ultra petita*. El cargo, en consecuencia, prospera.

7. Y como en este proceso se contempla el caso de un litisconsorcio pasivo necesario, forzosamente impuesto por la inescindibilidad de la situación jurídica deducida en la demanda, la que hace que la suerte de los litisconsortes sea común e interdependiente, desde luego que la naturaleza de la cuestión debatida impide tomar decisiones de diferente contenido en frente de cada uno de ellos, la casación de la sentencia impugnada habrá de ser total, muy a pesar de que el recurso extraordinario solamente lo interpuso uno de los demandados en ella.

Sentencia de reemplazo.

1. *Las causales de nulidad que podían alegarse conforme al Código Judicial (Ley 105 de 1931), reemplazado por el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) eran taxativas, tanto las que se refieren a todos los procesos, entre ellos al ejecutivo, como a las que podían tener lugar solamente en relación con este último. De las primeras trataba el artículo 448 y de las segundas el artículo 451.*

2. *Este artículo, al establecer las causales de nulidad del proceso ejecutivo colocaba como segunda, "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", las cuales, según la constante jurisprudencia de la Corte, eran las señaladas en los artículos 1038, 1046 y en la Ley 176 de 1936 (XLVIII, 120; LX, 85), destinadas a que la almoneda tuviera suficiente publicidad, a fin de obtener la mayor concurrencia de postores y unas mejores condiciones en la oferta.*

Referíanse tales formalidades al anuncio del remate por medio de carteles con señalamiento de fecha y hora, determinación de los bienes, noticia de avalúo y base del remate, (Art. 1038); a la fijación de estos carteles en los distintos municipios de ubicación de los bienes destinados a la subasta (Art. 1039); a la comisión judicial a jueces del lugar de dicha ubicación para que hicieran el remate (Art. 1040); a las menciones necesarias en la designación de los bienes (Art. 1041); a la formación de lotes de los bienes para facilitar la licitación u obtener mayores ventajas (Art. 1042); a la celebración del remate en horas de despacho y a su continuidad de tres horas una vez principiada la licitación (Art. 1043); a los pregones preparatorios de ésta (Art. 1044); a la base del remate y a la consignación para hacer postura (Art. 1045, subrogado por el 1º de la Ley 176 de 1936); y a la publicidad de las ofertas en voz alta (Art. 1046). Fuera del incumplimiento de estas formalidades propias del remate de bienes, otras irregularidades no estaban contempladas como causa de nulidad del remate. (L. 77).

3. *Estas causas de nulidad, hasta donde era posible, se resolvían dentro del mismo trámite ejecutivo, (XLIV, 277), y solamente podía acudirse al proceso ordinario cuando se había aprobado el remate (Art. 457, Inc. 2º), circunstancia ésta distinta de haberse dictado sentencia de pregón y remate, cuando aún no se había hecho el pago al acreedor, con el cual concluía el trámite de apremio (Art. 981). Ese era el espíritu del Código anterior, ínsito en los artículos 455, que ordenaba al juez poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad antes de decidir sobre lo principal del pleito; 456, que facultaba a las partes para pedir la declaratoria de tales causales; y 457, inciso 2º, que autorizaba la vía ordinaria una vez aprobado el remate (XLVII, 31; L, 45; LXVI, 780).*

4. La jurisprudencia anterior a la vigencia del Código de Procedimiento Civil distinguía entre la nulidad del remate y la nulidad del proceso ejecutivo en que tal remate se había efectuado. Y consideraba que decretada la invalidación de este último quedaba sin efecto el remate, pero que la nulidad de éste no comprendía la del proceso (LVI, 608; LXXV, 579). "Es cierto —había dicho la Corte— que de la interpretación de los textos legales pertinentes, como lo tiene establecido la jurisprudencia en repetidas ocasiones, se deduce claramente que la nulidad de los juicios es cosa distinta de la nulidad de las sentencias, y que los vicios y defectos de procedimiento que afectan la validez de la actuación deben alegarse dentro de la secuela misma del juicio porque no son materia de acciones sepa-

radas después de que terminan en la forma legal, lo mismo que es exacto que las causales que originan acción de nulidad contra las sentencias firmes proferidas en materia contenciosa están taxativamente reducidas en la ley a los casos previstos en los artículos 457 y 478 del Código Judicial. La jurisprudencia que no acepta la procedencia de la acción ordinaria encaminada a invalidar una sentencia fuera de los casos legalmente previstos, se funda en el respeto a la autoridad de la cosa juzgada y en la conveniencia social de no hacer interminables los litigios, pero se refiere, como es natural y lógico, a sentencias firmes y ejecutoriadas que se han producido normalmente al final del curso completo del procedimiento ordinario" (XLVII, 261).

5. *También distinguía la jurisprudencia la nulidad del remate, como acto procesal, por falta de formalidades para hacerlo, de la nulidad del remate ya realizado pero considerado como acto civil, y refiriéndose a estos dos puntos había dicho la Corte: "A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos: o el trazado dentro de las disposiciones del Código Judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a transmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez. El primer camino atiende a remediar faltas objetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial. Su extensión es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo, por referirse a las circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del Código Civil". (LX, 760).*

6. Resulta del expediente que los demandados recibieron notificación personal del auto admisorio de la demanda el 28 de septiembre de 1970, fecha en la cual aún regía el Código Judicial, que sólo vino a ser derogado por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, cuya vigencia empezó el 1º de julio de 1971. Como en el presente caso, la relación procesal se encontraba ya trabada cuando entró en vigencia este último Código, la controversia habrá de decidirse de acuerdo con lo que imperaba sobre nulidad la Ley 105 de 1931.

Las pretensiones demandadas son las siguientes:

Primera. La de que se declara que "carece de validez jurídica la diligencia de avalúo y secuestro verificada en el juicio ejecutivo de Pablo Hernández Quiroz contra... Daniel Rodríguez, el día 6 de marzo de 1969, hecha por el Juzgado Civil Municipal de ese lugar... por haberse violado el Decreto número 2908, artículo 5º numeral 45, y artículo 20 ibídem, pues no se pagó ni se ha pagado el impuesto de timbre nacional".

Considera la Corte que el estampillaje de la diligencia de avalúo, conforme a las disposiciones citadas, no era una de aquellas formalidades prescritas para hacer el remate de bienes cuya falta constituyera causa de nulidad, durante la vigencia del artículo 451 del Código Judicial, ni que la omisión en el pago del timbre permitiera demandar en proceso separado la nulidad de la diligencia.

Ciertamente, como lo prevenía el artículo 20 del Decreto 2908 de 1960, los escritos, actuaciones y documentos de que trataba el artículo 5º del mismo Decreto, entre los cuales, el aparte 45, se hallaba la diligencia de avalúo con intervención de peritos, no podían ser aceptados por los funcionarios oficiales ni tenidos como prueba, si no estaban provistos de las estampillas correspondientes debidamente anuladas, o carecían de la constancia de haberse pagado el impuesto, mientras no se comprobara el pago de la sanción de que trataba el artículo 28 del mismo Decreto, la cual consistía en el pago de tres veces el valor del impuesto no satisfecho oportunamente; y con la advertencia de que sólo después de pagadas las sanciones se consideraba revalidado el escrito, actuación o documento.

La sobredicha diligencia de avalúo no "carece de validez jurídica" por efecto de no haber sido estampillada oportunamente, pues ello no lo ordenaba la ley respectiva. Simplemente dice ella que la actuación no podrá ser aceptada por los funcionarios oficiales ni tenida como prueba, si no está provista de las estampillas correspondientes, "mientras no se compruebe el pago de la sanción". Pero si el respectivo funcionario, contraviniendo la norma la acepta o la tiene como prueba, tal proceder no acarrea la nulidad de la diligencia, sino la sanción fiscal correspondiente.

Si se aceptara que la actuación no estampillada carece de validez jurídica, como pretende el demandante, se desnaturalizaría la sanción fiscal. La Corte ha dicho, refiriéndose a ésta, que

"en materia de sanciones civiles o penales el criterio es siempre restricto, porque toda sanción de cualquier naturaleza es taxativa y porque el criterio de analogía no existe en esta materia. Una sanción civil o penal no puede imponerse sino cuando está expresamente establecida en la ley, y en la forma estricta en que ésta la establece... El impuesto de timbre tiene una finalidad meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. Si hoy la mayoría de los actos que adolecen de nulidad por efecto de vicios sustantivos pueden sanearse, con mucha mayor razón cuando las deficiencias no miran intrínsecamente al acto, sino de una manera adjetiva, como la falta de pago de un impuesto de timbre". (G. J. 1934, Pág. 228 y 231).

También ha dicho la Corte que "bien sabido es, y así lo ha resuelto en casos semejantes, que el estampillaje de actos o diligencias judiciales o administrativos emanados del poder público en cada una de sus ramas, viene a ser en juridad de verdad cosa simplemente adjetiva, destinada a la exacción de un impuesto nacional, pero que en realidad no hace parte de la naturaleza misma del acto. De manera que su omisión vendría a afectar los efectos judiciales o administrativos llamados a producir por el acto o diligencia, agotados los medios y recursos que para evitarlos ha previsto precisamente el decreto legislativo tantas veces citado, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su contenido y solemnidad, cuando se los aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna formalidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia. (G. J. 1942, Pág. 324).

Por lo dicho, la súplica en estudio no es viable.

Segunda. Solicita el demandante se declare "que la diligencia de avalúo antes expresada tampoco tiene valor legal, porque el auto que ordenó correr el traslado, fechado el 7 de marzo de 1969, quedó sin cumplimiento por cuanto la Secretaría del extinguido Juzgado Civil Municipal, no puso los autos a disposición de las partes...".

Considera la Corte que la sujeta materia de esta súplica es extraña a la causal 2ª de nulidad del remate, que establecía el artículo 451 del Código Judicial, puesto que el referido traslado no era formalidad de aquél. Además, la irregularidad anotada no determinaba acción separada, por la vía ordinaria, en el dicho Código y de existir ella era necesario hacerla valer como tal en la secuela del trámite de apremio.

Tercera. Refiérese a la ilegalidad de la liquidación de intereses y su auto aprobatorio.

La Corte estima que el contenido de esta súplica nada tiene que ver con las formalidades del remate de bienes, cuya falta podía constituir causal de nulidad de ésta, según el citado artículo 451 del Código Judicial.

Las demás peticiones de la demanda, por ser consecuenciales de las tres estudiadas, deben correr la misma suerte de ellas.

Aun cuando el juez *a quo,* implícitamente denegó las peticiones de la demanda, en lo cual acertó, la forma que dio a la parte resolutiva de su sentencia podría implicar la promoción de una demanda reconventiva que no aparece en autos, por lo cual es necesario fijar judicialmente y con la debida exactitud los términos precisos de esa resolución, en el sentido de que se niegan las peticiones de la demanda.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de 28 de febrero de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este proceso ejecutivo de Daniel Rodríguez Pedraza contra Pablo Hernández Quiroz y Félix Movilla Dadul, y como Tribunal de instancia *reforma* la sentencia de primer grado en el sentido de negar las peticiones de la demanda.

En las costas de primera y segunda instancia se condena al demandante Daniel Rodríguez Pedraza.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION DE MEJORAS

Técnica de casación. — Error de hecho. — Interpretar la demanda es función del fallador de instancia.

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

(Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper).

I

Antecedentes.

1 Efraín Marín Cardona y Tulia Eva Peláez de Marín, mediante Escritura número 191 otorgada el 15 de febrero de 1960 en la Notaría Primera de Tuluá, enajenaron a favor de Juan Antonio Sánchez Gaitán "el derecho de dominio y posesión material que los exponentes vendedores tienen en la finca agrícola denominada 'Puerto Cuba', ubicada en el municipio de 'Puerto Boyacá'... sobre terrenos reputados como baldíos, que tiene una extensión de quinientas (500) cuadras, poco más o menos, finca mejorada con cultivos... rastrojos, montaña, tres casas de habitación...".

2) Los vendedores habían adquirido "el inmueble que por este instrumento se enajena" por permuta celebrada en 1956 con Manuel Jaramillo Jaramillo, quien a su turno la había adquirido también por permuta, de Aristides Ramírez en 1955, y este último, por haber comprado a Jorge Alvarez A. en 1952 "todos los derechos que posee sobre las mejoras existentes en un globo de terreno denominado 'Guaguaquí' en el Territorio Vásquez... jurisdicción del Corregimiento de Puerto Boyacá".

3) Sánchez quedó debiendo a los vendedores Marín, como saldo del precio de la venta mencionada en el punto número 1 anterior, la cantidad de $ 120.000 y respaldó su obligación con hipoteca sobre "La totalidad del inmueble y mejoras que se han adquirido por medio de este instrumento".

4) Efraín Marín cedió a título gratuito a favor de Tulia Eva Peláez de Marín "la parte del crédito hipotecario que me corresponde", mediante nota puesta al pie de la escritura arriba mencionada, y Tulia Eva a su turno, cedió en la misma forma la totalidad de dicho crédito, por valor recibido, a Juan Manuel Muñoz Ospina.

5) Muñoz Ospina, como cesionario del crédito en cuestión promovió proceso de venta de la cosa hipotecada contra Juan Antonio Sánchez ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá y en el remate que en ese proceso se llevó a cabo el 14 de diciembre de 1964, obtuvo que se le adjudicasen por cuenta de su citado crédito "las mejoras que contiene la finca denominada 'Puerto Cuba', situado en el Municipio de Puerto Boyacá (B.), sobre terrenos reputados como baldíos, de una extensión de 500 cuadras, más o menos...", remate que junto con su providencia aprobatoria fue inscrito en la Oficina de Registro de Chiquinquirá el 10 de febrero de 1965 y protocolizadas luego las copias pertinentes, en la Notaría Tercera de Pereira, mediante Escritura número 1641 del 15 de julio del mismo año.

6) La sociedad "Parcelación Hacienda Marañal Limitada" enajenó a título de venta en favor de Eloísa Contreras de Sánchez, por medio de la Escritura número 57 otorgada el 22 de febrero de 1962 en la Notaría de Puerto Boyacá, "la superficie o suelo de un lote de terreno situado en el paraje denominado 'Puerto Cuba', que de hoy en adelante se seguirá denominando... 'La Habana', segregado de otro de mayor extensión conocido... con el nombre de 'Guaguaquí', hoy Hacienda 'Marañal', en jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá... que tiene una cabida aproximada de doscientas treinta (230) fa-

negadas...". La sociedad vendedora advirtió que sólo se obligaba al saneamiento del terreno vendido y la compradora, por su parte, afirmó que las mejoras que allí había eran de su propiedad.

II

La litis.

José Manuel Muñoz Ospina demandó por la vía ordinaria a Eloísa Contreras de Sánchez, para que se hiciesen los pronunciamientos que en seguida se resumen: a) Que es dueño de las mejoras que se encuentran en el predio denominado "La Habana o Puerto Cuba", con una cabida aproximada de 500 cuadras, ubicado en la Inspección de Policía de Puerto Gutiérrez, Municipio de Puerto Boyacá; b) Que se condene a la demandada a pagarle la cantidad de $ 83.917 "en que fueron avaluadas tales mejoras cuando fueron adquiridas por el actor", junto con los frutos materiales y civiles producidos por ellas y los que se hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde que Muñoz Ospina fue despojado y las costas del proceso.

Como hechos fundamentales de sus pretensiones Muñoz afirmó, además de los que se deducen de los *antecedentes* antes expuestos, los siguientes: 1. Que no obstante las diferencias que acusan los linderos señalados en el acta de remate y en la escritura mediante la cual la demandada compró la finca, las mejoras adquiridas por él están ubicadas en esta última; 2) Que tales mejoras le fueron entregadas el 28 de abril de 1965 por el funcionario que al efecto fue comisionado por el juez que practicó el remate y que las poseyó "con ánimo de señor y dueño... junto con el terreno en que se encuentran, hasta el día 4 de junio de 1966 en que fue despojado de ellas por la demandada... valiéndose de artimañas leguleyescas y aprovechando la fuerza pública que fue engañada para esos fines"; 3) Que Eloísa es la esposa de Juan Antonio Sánchez Gaitán, de quien el actor había adquirido las mejoras en el remate antes mencionado; y 4) Que la demandada es poseedora de mala fe y posiblemente en connivencia con su marido "planeó apoderarse de las mejoras en referencia, para burlar así los derechos que para esa época tenía José Muñoz con base en la hipoteca constituida a su favor por el esposo de la demandada".

Con oposición de Eloísa tramitose la primera instancia ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, el cual le puso fin en fallo fechado el 31 de enero de 1972, con acogimiento de las súplicas de la demanda, salvo en cuanto al pago de mejoras. Ambas partes apelaron de dicha sentencia, que fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la suya del 23 de septiembre de 1972, denegatoria de las súplicas de la demanda, contra la cual el demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

La sentencia impugnada.

El sentenciador resume las pretensiones del demandante así: "Con fundamento en la adjudicación que se le hizo al demandante en un proceso de ejecución con título hipotecario... de unas mejoras existentes en el predio 'Puerto Cuba' o 'La Habana', actualmente de propiedad de la demandada, inmueble que le fue entregado al actor como consecuencia de la adjudicación y de cuya posesión lo privó aquélla posteriormente, persigue... que, previa una declaración de su derecho de dominio sobre tales mejoras, se condene a la demandada a pagárselas... impetrando el demandante la tutela jurisdiccional para el derecho que surge a favor de quien ha incorporado esfuerzo y dinero en un inmueble que no es de su propiedad. La pretensión... tendrá que ser juzgada de acuerdo con las normas referentes al modo de adquirir de que se ocupa el Título V del Libro 2º del Código Civil, aunque el actor haya omitido citarlas como aportes legales de su libelo, porque, sabido es que, a las partes corresponde alegar los hechos y al juez aplicar a ellos el derecho".

Dice el Tribunal que la situación *sub judice* está gobernada por el artículo 739 del Código Civil, cuya simple transcripción "permite concluir que la primera súplica de la demanda no puede recibir un pronunciamiento favorable, porque si el propietario de un inmueble pasa a serlo de los materiales que en él incorpore otra persona, en virtud de la accesión... quién ejecuta mejoras en un predio ajeno no adquiere la propiedad de ellas, las cuales pasan a serlo del dueño del inmueble, por obra del modo de adquirir en referencia. Cosa distinta es que quien haya edificado, plantado o sembrado en inmueble ajeno con materiales propios, adquiera como consecuencia... la titularidad de un derecho frente al propietario del inmueble, derecho que varía según que las obras se hayan ejecutado sin conocimiento o a ciencia y paciencia de aquél".

Luego de breve análisis del mencionado artículo 739, dice que "el derecho de obtener una indemnización... surge del hecho de incorporar en un inmueble ajeno, materiales, semillas y esfuerzos propios. Por ello quien se pretenda titular de ese derecho debe acreditar los hechos del cual surge aquél, esto es, que con materiales propios edificó, plantó o sembró en terreno ajeno".

Agrega en seguida que el demandante no demostró en el proceso que "las construcciones, plantaciones o sementeras cuyo pago reclama... hubieran sido ejecutadas por algunas de las personas de quien aquél deriva el derecho a su pago, pues, su actividad probatoria se encaminó a establecer los distintos contratos sobre enajenación de las mejoras cuyo pago se reclama en la demanda. Contratos que, por sí sólos, no pueden establecer que en el actor se haya radicado el derecho a las indemnizaciones previstas por el artículo 739 del Código Civil ya que como ellas surgen de incorporar capital y trabajo propio en un inmueble ajeno, ante todo ha debido demostrarse en este proceso la ocurrencia de la accesión industrial, para que el demandante, como causahabiente a título singular de quien edificó, plantó o sembró, tuviera derecho al pago de las obras realizadas por su tradente".

Advierte que de autos no aparece prueba alguna de que las personas que figuran interviniendo en las diversas enajenaciones de las mejoras en referencia, que culminaron con la adquisición de éstas por parte del demandante "hubieran edificado, plantado o sembrado en el predio 'La Habana' o 'Puerto Cuba' en vista de lo cual Muñoz carece del derecho que invoca, puesto que éste no surge de la adjudicación que se le hizo en el proceso ejecutivo, ni de los contratos relacionados con la enajenación de esas mejoras, sino del hecho de que ellas hubieran sido ejecutadas por alguna de las personas que intervino (sic) como tradentes en tales contratos, lo cual no aparece establecido en el expediente".

"Además de lo dicho —agrega el *ad quem*— existe otro motivo para negar las pretensiones referidas... si la accesión constituye una expropiación instantánea, si la adquisición es inmediata y definitiva, si el constructor no adquiere ningún derecho real sobre el inmueble, sino una personal para que se le pague la construcción, es obvio que ese derecho no se pueda hacer valer sino frente a quien era propietario del inmueble cuando se produjo la accesión... Ahora bien, si en este expediente no aparece acreditada la época en que se ejecutaron las mejoras en el predio 'Puerto Cuba' o 'La Habana', ni tampoco quién era el propietario de dicho inmueble cuando ellas pudieron ser realizadas, la demandada no puede ser condenada a pagarlas, pues esa obligación pesa, según palabras de la Corte, sobre 'la persona que al tiempo de hacer la edificación era dueña del terreno'... y que esa persona es distinta de la demandada es cuestión que pone de presente la escritura que en copia debidamente registrada aparece a folio 31 y siguientes del Cuaderno número 2, pues, según ese instrumento la demandada adquirió el predio mencionado, el 22 de febrero de 1962, esto es, varios años después de que según las escrituras que obran en el expediente y que ya fueron citadas, las mejoras cuyo pago reclama el demandante eran objeto de distintas negociaciones. La circunstancia de que en la escritura... advierte a la tradente de la demandada que no responde del saneamiento de las mejoras existentes en el inmueble objeto de la venta 'que la compradora declara son de su exclusiva propiedad...' no permite concluir que Eloísa Contreras de Sánchez quedara obligada a pagar tales mejoras en caso de que éstas no hubieran sido hechas por aquella, pues, si tal cláusula exonera de responsabilidad a la vendedora frente a la compradora, no impide que el pago de las mejoras pueda reclamarse de quien tenía la calidad de dueño por la época en que ellas fueron puestas, aspectos estos que no aparecen demostrados en el expediente. Conclúyese de lo expuesto que las pretensiones del demandante no están llamadas a tener éxito, puesto que él no acreditó la ocurrencia de la accesión industrial que le daría derecho al pago de mejoras, en la época en que ellas pudieran ser hechas, y que la demandada fuera la propietaria del terreno cuando se ejecutaron".

IV

El recurso de casación.

La parte demandante que, como atrás se dijo, recurrió en casación de la mencionada sentencia del Tribunal de Bogotá, le formula tres cargos todos ellos por la causal primera, así:

Primer cargo.

Afirma el recurrente, que "la sentencia es violatoria directamente de la ley sustancial" pues se interpretó en forma errónea el artículo 739 del Código Civil y que como consecuencia de ello se dejaron de aplicar los artículos 963 y 964 ibídem.

A vuelta de transcribir varios pasos del fallo impugnado, dice la censura que las doctrinas de la Corte que en él se transcriben y se invocan, "no pueden aplicarse estrictamente al caso debatido en este proceso porque... se refieren al caso en que alguien plantó o sembró *'a ciencia y paciencia del dueño del terreno'* pero no al caso concreto de este proceso en el cual las plantaciones y las siembras *se hicieron sin el conocimiento del dueño del terreno* (subraya el texto)... en el presente juicio se trata del primer caso contemplado en el artículo 739 del Código Civil cuyas consecuencias son diferentes a las que dedujo el Tribunal de Bogotá". Considera el recurrente que según el citado artículo 739, quien construye, planta o edifica en terreno ajeno es dueño de este último, mientras que su propietario no le pague el valor de la plantación o sementera. "Lo que digo se hace aún más claro —continúa— si lo relacionamos con los artículos 6º y 12 de la Ley 200 de 1936, y con el artículo 26 de la Ley 135 de 1961, que establecieron el primero la extinción del dominio a favor de la Nación de aquellos predios en los cuales se dejare de ejecutar la posesión, el segundo la prescripción adquisitiva del dominio a favor de quien creyendo que se trata de baldíos como sucede en el presente juicio, posea o explote durante cinco años... Lo dispuesto en las normas acabadas de citar constituye un verdadero derecho de preferencia y de amparo a los que ponen mejoras en predios rurales y coordinando lógicamente estas disposiciones con el artículo 739 del Código Civil es preciso concluir que la tesis de 'la expropiación instantánea' y de que 'el dueño del suelo se hace automáticamente dueño de las mejoras' es obsoleta, injurídica y absolutamente contraria a la letra y al espíritu de la ley".

El recurrente interpreta luego a su manera el mencionado artículo 739, de lo cual concluye que Muñoz es *dueño* de las mejoras y seguirá siéndolo hasta que la demandada le pague su valor. Con apoyo en ese aserto afirma que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 963 y 964 del Código Civil "que ordenan las indemnizaciones a que se refiere el precitado artículo 739, porque lo lógico y justo, luego de haber reconocido la propiedad de las mejoras en cabeza del demandante Muñoz, era que el Tribunal hubiese ordenado pagar dichas indemnizaciones...".

Se considera:

1) Como claramente se deduce de la sustentación del cargo, el recurrente asevera que el sentenciador estimó que las mejoras habían sido plantadas con el conocimiento y la tolerancia del *dueño del terreno,* cuando a su juicio ello ocurrió sin el conocimiento de este último. Conviene advertir que el carácter de propietario de la finca donde se hallan las mejoras, no sólo se afirma en la demanda con que se originó el proceso, sino que se demostró con la copia registrada de la escritura que se acompañó a dicho libelo. Por tanto, el censor, arguye que aquí "se trata del primer caso contemplado en el artículo 739 del Código Civil, cuyas consecuencias son diferentes a las que dedujo el Tribunal de Bogotá" y que al no haberlo entendido así, el Tribunal interpretó en forma errónea el mencionado precepto.

2) A propósito de esta forma de quebranto que el recurrente atribuye al fallo impugnado, dijo la Corte en reciente ocasión lo siguiente:

"Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado.

"Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haber interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente". (Proceso ordinario de Gil Antonio Correa contra herederos de Justiniano Correa Basto, de 22 de septiembre de 1972, aún no publicada).

3) En realidad de verdad, el Tribunal se abstuvo de aplicar en este caso el artículo 739 del Código Civil, luego de expresar que la situación de hecho planteada en la demanda estaba gobernada por dicha norma. De esta suerte, si ello se debió o no a una interpretación equivocada de la misma, en todo caso no se la hizo actuar en este proceso y en ello ha debido el recurrente fundar su ataque contra la sentencia. No habiéndolo hecho así, el cargo resulta vano.

4) Por otra parte, la no aplicación del artículo 739 obedeció a que el sentenciador estimó que no estaban demostrados dos de los supuestos de hecho que configuran el efecto jurídico que ella persigue, o sea quién construyó o plantó las mejoras cuyo pago pretende el recurrente ni quién era el dueño del terreno cuando tales mejoras le fueron incorporadas. A consecuencia de esos dos vacíos probatorios, estimó que no cabía aplicar el mencionado artículo 739 del Código Civil y por ende no aplicó tampoco ni podía aplicar los artículos 963 y 964 ibídem.

5) En estas condiciones, el cargo ha debido formularse no por la vía directa como lo fue, sino por la indirecta, por el error de hecho evidente o por el de derecho en que habría incurrido el Tribunal al no tener en cuenta que sí estaban demostrados los dos extremos indicados. Dicho en otros términos, el recurrente ha debido atacar los dos soportes fácticos en que el sentenciador se apoyó para dejar de aplicar el artículo 739.

No prospera, pues, la acusación.

Segundo cargo.

Estima la censura, que el sentenciador violó indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 739, 963 y 964 del Código Civil, porque no tuvo en cuenta los testimonios de Efraín Marín Cardona, Gustavo Marín Peláez, Leopoldino Vergara Loaiza y José Jacobo Guapacha, ni el documento en que se hizo constar un "contrato de arrendamiento y aparcería" sobre la finca en que se encuentran las mejoras objeto del litigio.

Comienza por transcribir algunos apartes de la sentencia en los que el Tribunal afirma que en el proceso no hay prueba alguna de quién ejecutó las mejoras, pues el derecho a reclamar su pago "no surge de la adjudicación que se le hizo al demandante en el proceso ejecutivo, ni de los contratos relacionados con la enajenación de esas mejoras, sino del hecho de que ellas hubieran sido ejecutadas por alguna de las personas que intervino como tradente en tales contratos, lo cual no aparece establecido".

Copia en seguida ciertos pasos de las declaraciones rendidas por los mencionados testigos y concluye que de allí y del contrato a que alude, "se deduce en forma clara, precisa, inequívoca que Efraín Marín Cardona cultivó y plantó las mejoras en litigio; las declaraciones así lo manifiestan sin lugar a duda en forma objetiva apreciable a simple vista. La sentencia acusada sacó una conclusión contraria a la evidencia de estos hechos porque dice que no se acreditó quién ejecutó, plantó o sembró las mejoras, lo que significa que... no apreció dichas pruebas, pasó por encima de ellas sin tocarlas, ni mencionarlas, ni considerarlas y por esa dicha sentencia pugna con la evidencia de los hechos demostrados en el proceso".

Se observa:

Las declaraciones que según la censura no fueron apreciadas por el Tribunal, en lo referente a quién introdujo las mejoras en la finca denominada "La Habana" o "Puerto Cuba", son del siguiente tenor:

a) Efraín Marín Cardona, al ser interrogado en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 16 de septiembre de 1968 (C. número 2, Fl. 63 v. y 64) expuso lo siguiente:

"... Por medio de un negocio de venta que lo hice al señor Juan Antonio Sánchez Gaitán... cuya escritura... corresponde al número 191... de quince de febrero de mil novecientos sesenta, por medio de la cual le entregué la finca denominada 'Puerto Cuba', la cual hoy llaman La Habana y que es la misma que acabamos de recorrer... La finca fue mía por espacio de cuatro (4) años o sea del 56 al 60 y yo mismo con mis propios recursos la trabajé y en parte arrendada a Antonio Largo para cultivo de arroz y a Leonel Domínguez, por medio de contrato cuya copia... pongo a disposición del señor Juez... Entregué sementeras de plátanos, pasto puntero, terrenos donde se sembraba arroz, rastrojos y montañas... Yo le entregué la hacienda en la misma fecha de la escritura a que me referí... en esa fecha él recibió la hacienda...";

b) Gustavo Marín, en la continuación de la referida diligencia (C. número 2 Fl. 68), dice:

"... Sí es cierto que Efraín Marín Cardona trabajó y explotó en parte personal (sic) y en parte por arrendamiento o aparceros, y me consta porque yo fui administrador... En la parte plana había cultivos de arroz, en las partes altas había cañeros y montañas y una platanera... Existían una casa como campamento y dos ranchos... Los cercos o estacones eran de madera... Me consta que la poseyó porque se la entregamos, pero no sé hasta cuando...";

c) Leopoldino Vergara, en la misma ocasión (C. número 2 Fl. 69) expuso:

"... Efraín Marín Cardona... la trabajó y explotó en parte porque era dueño, el resto la trabajó (sic) aparceros, porque yo trabajé con

él desde el año de 1958 hasta el año de 1960... Nos retiramos de ahí porque Efraín Marín la vendió... en cuanto conocimos nosotros estaba cultivada en arroz y maíz, pastos, plátanos... en la parte plana estaba sembrado el arroz, el maíz en la falda y los pastos enrastrojados... Trabajamos con Efraín Marín de 1958 a 1960 y después con José Manuel Muñoz... Es cierto que fui lanzado junto con mi patrono José Manuel Muñoz de la hacienda...";

d) José Jacobo Guapacha (C. número 2 Fl. 70), depuso en la misma diligencia citada, así:

"... Me consta porque estuve trabajando con Efraín Marín Cardona desde 1958 hasta que él vendió, hasta el año de 1960... El trabajó y explotó la hacienda en parte, con su propio esfuerzo y el resto aparceros a los que daba en arriendo la parte plana... El la entregó con una platanera... ubicada en la parte baja, en unas cinco cuadras cultivos de maíz en la parte alta... una casa construida en bloques de cemento...";

e) En cuanto "al documento de folios 73 a 75 del cuaderno número dos" que según el impugnante fue también ignorado por el sentenciador, se tiene lo siguiente:

Está fechado el 12 de marzo de 1959 y suscrito en Tuluá por Efraín Marín, como arrendador, por Leonel Domínguez Galeano, como arrendatario y por Juan A. Sánchez como fiador. El primero dice arrendar al segundo "un globo de terreno de su propiedad que forma parte de la mayor extensión (sic) de la finca denominada "Puerto Cuba"... el cual será destinado a cultivos de maíz, arroz y algodón..." por un precio de mil pesos mensuales, con una duración de dos años y con derecho a "ocupar una pieza de las que componen la casa de habitación".

De las anteriores transcripciones se concluye fácilmente que ni los testimonios ni el documento en que se consignó el contrato demuestran en forma alguna esos factores que el Tribunal echó de menos; quién plantó las mejoras en la finca ni la época en que fueron ejecutadas. Los testigos afirman que Marín trabajó el predio, pero de ello no puede seguirse que necesariamente hubiera sido el autor de las mejoras, máxime si se considera que al tenor de la Escritura número 98 otorgada el 7 de junio de 1956 en la Notaría de Bugalagrande que fue allegada como prueba al expediente, dicho Marín adquirió a título de permuta de Manuel Jaramillo *"el derecho de dominio y posesión que tiene en un lote de terreno...* (se subraya) consistentes en cultivos de maíz, pastos artificiales, plátano...".

En estas condiciones, a falta de prueba en contrario, el Tribunal bien podía entender que el trabajo realizado por Marín en la mencionada finca, consistió simplemente en cultivar mejoras que ya había en ella cuando la adquirió.

Otro tanto ocurre con el contrato de arrendamiento, el cual no alude en forma alguna a la existencia de mejoras en el predio arrendado, sino que se limita a expresar que éste será destinado a sembrar maíz, arroz y algodón "y cultivos de poca duración o que su edad (sic) no exceda del plazo de duración que se le ha fijado al presente contrato". Este documento, pues, tampoco acredita la época en que fueron plantadas las mejoras que Muñoz dice haber adquirido ni quién fue su autor.

No existe entonces el error de hecho que la censura atribuye al Tribunal, ni menos aún con el carácter de evidente que se requiere para los efectos del recurso de casación, por lo cual la impugnación no prospera.

Tercer cargo.

Se acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente de la ley sustancial, por no haber aplicado los artículos 946, 947, 948, 952, 957, 961, 963 y 964 a causa de errónea interpretación de la demanda.

Afirma el recurrente que ese error de hecho evidente consiste en que el Tribunal no vio que Muñoz había promovido una acción reivindicatoria, lo cual se deducía fácilmente de los fundamentos en derecho expresados en el libelo, y que como dicho Muñoz era titular del derecho real de dominio sobre las mejoras, bien podría reivindicarlas contra la demandada que las está poseyendo.

"De acuerdo con una correcta interpretación de la demanda —arguye la censura— debe decirse sobre la reivindicación propuesta, declarando la propiedad de las mejoras en cabeza del demandante, quien ha demostrado su dominio sobre ellas, y aplicando los artículos 963 y 964 en relación con el deterioro sufrido por las cosas reivindicadas y las correspondientes indemnizaciones a favor del verdadero dueño".

Para terminar y "con el propósito de ayudar a la honorable Sala de Casación Civil a mejor sustentar la condenación al pago de los frutos civiles", el censor hace varias consideraciones acerca del carácter de poseedora de mala fe que a su juicio tiene la demandada en el proceso.

Se considera:

La Corte ha dicho a este propósito que "interpretar la demanda es función del fallador de instancia, quien, como en la apreciación de pruebas, goza de autonomía; y prevalece esa interpretación mientras contra ella no se demuestre un error de hecho evidente, o error de derecho... El error de hecho evidente o acción equivocada de que una cosa ha sucedido o no, provendría, en la interpretación de la demanda, de no estimar lo que con claridad hiriente aparece de los términos de esa pieza fundamental del proceso o por admitir un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta de ella... Precisar el verdadero entendimiento de la demanda, es función del fallador de instancia, atribuyó de su juzgamiento, con tal poder de firmeza, que si el error no aparece ostensible, el criterio del Tribunal prevalece y la sentencia es intocable en casación". (Cas. Civ. 6 de marzo de 1961, XCI, Págs. 59 y 62).

Y en ocasión anterior había expuesto también: "las demandas deben interpretarse de manera racional, lógica, teniendo en cuenta su texto completo y no aislado sus peticiones como si fueran partes independientes, pues se trata de actos jurídicos emanados de una voluntad que persigue expresamente determinados fines, tal como ocurre con los contratos. Las dudas que su texto presente, la oscuridad de sus peticiones, inclusive la equivocada denominación de las acciones incoadas o de los hechos o actos jurídicos que se relacionan, puede sortearse adecuadamente, si del contexto general resulta en forma suficiente clara, cuál es su verdadero sentido y alcance". (Cas. Civil. 3 de mayo de 1953, LXXV, Pág. 158).

La mera circunstancia de que en la demanda que dio origen a este proceso se hubiesen invocado como fundamentos en derecho los artículos del Código Civil en cuya inaplicación se base el cargo en estudio, atinentes todos a la reivindicación, no basta para considerar que aquélla fue mal interpretada, es decir que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al no haber visto las pretensiones reivindicatorias que dicho escrito contiene, según el recurrente.

En efecto, en el mencionado libelo no hay súplica alguna tendiente a que se logre el resultado propio y natural de toda reivindicación, cual es el de que al poseedor demandado "sea condenado a restituir la cosa" (Art. 946 del C. C.). Que el demandante impetrase en la primera petición de su libelo que se le declarara "dueño" de las mejoras, no conlleva necesaria e inequívocamente que estuviese solicitando la reivindicación de las mismas, si por otra parte, en la súplica siguiente pedía, como pidió, que la propietaria del terreno en que ellas se encontraban, fuese condenada a pagarle "su valor". En esas condiciones, el Tribunal no incurrió en yerro alguno, ni menos aún con el carácter de evidente que se requiere en casación, al interpretar que en ese libelo se buscaba simplemente la aplicación de lo preceptuado por el artículo 739 del Código Civil, para cuando se produce la incorporación de trabajo, semillas o materiales en suelo ajeno, ya que ese era el sentido lógico de las pretensiones del demandante, en relación con los hechos que expuso para fundamentarlas, es decir, con la *causa petendi,* no obstante las normas legales que citó y que, como se deja visto, no eran aplicables al caso.

De otro lado, el sentenciador se abstuvo de hacer la declaración de dominio de las mejoras impetradas por el demandante, porque la consideró improcedente en consideración a que la accesión no le permitía hacerlo si la dueña del terreno era precisamente la demandada.

En este caso no se trata, pues, de una acción reivindicatoria, como lo pretende el recurrente, porque el indicado modo de la accesión, la dueña del terreno, demandada en este proceso, lo es también de las mejoras en él incorporadas, y no siéndolo el demandante, mal podía éste tener derecho a la reivindicación, según las claras voces del artículo 946 del Código Civil. Por consiguiente, la interpretación que hizo el sentenciador del libelo que dio origen a este proceso no peca de contraevidencia alguna; antes por el contrario, se ajusta en un todo al verdadero sentido tanto de las súplicas impetradas por el demandante como de los hechos que éste expuso para fundamentarlas. Sus pretensiones se enderezan inequívocamente a que se le reconozca "dueño" de las mejoras existentes en la finca y a que como consecuencia se condene a la propietaria de ésta a pagarle su valor y las indemnizaciones previstas para los poseedores de mala fe. Es, pues, de claridad meridiana, como acertadamente lo expuso el sentenciador, que las pretensiones de Muñoz están gobernadas por el artículo 739 del Código Civil, el cual, como se dijo al despachar el primer cargo, no fue aplicado por el Tribunal, por no haber hallado en el proceso la prueba de quién plantó las mejoras de que se trata ni la de quién era propietario del terreno en que éstas se incorporaron cuando verdaderamente lo fueron. Dicho en otras palabras, no hizo actuar la referida norma jurídica ni las que

son consecuencia de la misma, porque no halló la prueba de los supuestos de hecho que ella requiere para su aplicación.

No existiendo, pues, el error de hecho que la censura le atribuye al fallo impugnado, 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 acusada.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION

Embargo: distintas maneras de practicarlo. — Embargo de derechos herenciales. — Demanda: su inalterabilidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 20 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario instaurado por Germán López Uribe, como heredero de Tomás López Lozano y de Inés Uribe de López, frente a Santos Barberena.

I

Antecedentes.

1. Tomás López Lozano, hijo de Benito López y de Angela Lozano, contrajo matrimonio católico en esta ciudad de Bogotá el 19 de mayo de 1923 con Inés Uribe Gaviria, hija de Rafael Uribe Uribe y de Sixta Tulia Gaviria.

Dentro de la unión connubial López-Uribe se procrearon los siguientes cuatro hijos: Inés, Jorge Benito, Rafael y Germán, cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 27 de octubre de 1924, el 18 de enero de 1927, el 14 de abril de 1929 y el 20 de noviembre de 1930.

2. En el proceso sucesorio de Angela Lozano viuda de López, madre del nombrado Tomás López Lozano, tramitado en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali y protocolizado en la Notaría Primera de la misma ciudad mediante la Escritura número 1667 de 23 de abril de 1958, se formaron varias hijuelas, entre las cuales es pertinente determinar las hechas a favor del mismo Tomás López Lozano y de Inés Uribe de López, así:

a) Al primero se adjudicó, entre otros bienes, "una cuota o acción de dominio por valor de cien mil pesos sobre un avalúo de ciento treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta pesos en un lote y edificio llamado 'La Trilladora', ubicado en esta ciudad (Cali), Barrio Granada, en la Avenida 4ª o Boyacá, marcado con los números 7-27-37-49-53 y alinderado así: Oriente, terreno de Isabel de Gutiérrez; Norte, predio de Egidio Consonni; Occidente, casa de esta sucesión; y Sur, Avenida 4ª"; y

b) A la segunda se le adjudicó un derecho o cuota parte proindiviso por valor de $ 32.440, en relación con un avalúo total de $ 132.440, sobre los mismos lotes y edificio llamado "La Trilladora", comprendidos dentro de las alindaciones ya descritas.

La cuenta de partición y adjudicación de bienes de la referida sucesión, lo mismo que la sentencia aprobatoria proferida el 19 de julio de 1957, se inscribieron en la Oficina de Registro de Cali el 2 de enero del año siguiente.

3. Ocurrido el 14 de abril de 1953 el óbito de Tomás López Lozano, el Juzgado Cuarto del Circuito de Cali inició el trámite del correspondiente proceso mortuorio, en el cual reconoció como interesados a los cuatro hijos legítimos del causante, esto es, a Inés, Benito, Rafael y Germán López Uribe; y, además, a la cónyuge sobreviviente del *de cujus*, Inés Uribe viuda de López, mediante auto proferido el 17 de febrero de 1954.

4. Mediante libelo de 25 de noviembre de 1955, Rosa Elvira Olano instauró ante el Juzgado Segundo Civil de ese Circuito demanda ejecutiva "contra la sucesión ilíquida de Tomás López Lozano, representada" por las cinco personas mencionadas en el numeral anterior, a fin de obtener por dicha vía el pago de la suma de $ 20.000 y sus intereses estipulados, obligación contenida

en el pagaré aceptado por el causante a favor de la ejecutante.

5. A instancia de la acreedora el Juzgado Segundo decretó como medida cautelar, en auto proferido el 12 de junio de 1956, el embargo preventivo, entre otros bienes denunciados como de propiedad de López Lozano, "de los derechos que le puedan corresponder en una casa y su correspondiente terreno, ubicado en Cali, en el Barrio Granada, compuesto el edificio de dos pisos, denominado 'La Trilladora', en la Avenida 4ª, distinguido con los números 7-27, 7-37, 7-49 y 7-53", comprendidos dentro de las alindaciones atrás referidas.

Dispuso el Juzgado en esa misma providencia, que "para los efectos de los embargos decretados se libraran las comunicaciones respectivas a los señores Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y al Juez 5º Civil del Circuito". El Registrador de Cali inscribió este embargo el 23 de junio de ese mismo año, en el Libro de Autos de Embargos.

6. Posteriormente, cuando ya la sucesión de Angela Lozano viuda de López se había liquidado, a instancia de la ejecutante el Juzgado que conocía de la ejecución, mediante auto proferido el 14 de abril de 1958, decretó dentro de este proceso "el embargo preventivo de los derechos que correspondieron al causante y demandado señor Tomás López Lozano en el siguiente inmueble: una cuota o acción de dominio de valor de cien mil pesos ($ 100.000) sobre un avalúo de ciento treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta pesos, en un lote y edificio llamado 'La Trilladora', ubicado en el Barrio Granada de esta ciudad, Avenida 4ª o Boyacá, marcado con los números 7-27, -37, -49 y 53", comprendido dentro de los mismos linderos anteriormente descritos.

En esa misma providencia, dispuso el Juzgado que "el embargo anterior se comunique al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito".

7. Así las cosas, en prosecución del trámite coercitivo se surtieron los demás actos procesales inherentes a la ejecución, dentro de los cuales merecen relievarse los siguientes:

a) El 2 de julio de 1963 se llevó a cabo la diligencia de secuestro y avalúo, en la cual se depositó en manos del secuestre Benjamín Navarro todo el lote y el edificio de "La Trilladora", mediante "la entrega real y material" que de ellos le hizo el funcionario; y los peritos atribuyeron a todo el inmueble el valor de $ 214.961.40;

b) El 20 de junio del año siguiente se dictó la sentencia de pregón y remate, mediante la cual el Juzgado dispuso rematar "los bienes embargados" para pagar con su producto el crédito de la ejecutante;

c) En la tercera subasta, diciéndose en los respectivos carteles, como en las dos anteriores, que el bien objeto de ella sería todo el inmueble "La Trilladora", se llevó a la postre el remate de éste el 30 de septiembre de 1965, diligencia en la cual se adjudicó dicho bien, como cuerpo cierto, a Santos Barberena por la suma de $ 107.485.70, "o sea por el 50% del avalúo pericial dado al inmueble", como único postor; y

d) Dicho remate fue aprobado en providencia de 7 de octubre de 1965, y se lo registró el 14 de enero siguiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Cali.

II

El litigio.

1. Mediante libelo de 10 de diciembre de 1965, repartido al entonces Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali, Germán López Uribe, actuando como copartícipe en las sucesiones ilíquidas de Tomás López Lozano e Inés Uribe de López y pidiendo para estas comunidades, demandó a Santos Barberena, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

Que la comunidad constituida por aquellas sucesiones, "representadas" por sus herederos Germán, Benito, Rafael e Inés López Uribe, es dueña del referido inmueble "La Trilladora"; que el remate verificado el 30 de septiembre de 1965, mediante el cual se adjudicó a Santos Barberena tal inmueble, "es ineficaz e inoponible" a la comunidad dicha; y que se cancelen la inscripción de la subasta y de su auto aprobatorio.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

Que a pesar de que lo embargado en el proceso de ejecución seguido por Rosa Elvira Olano contra la sucesión de Tomás López, fue sólo un derecho proindiviso en el inmueble "La Trilladora", sin embargo se remató y se adjudicó este bien en su totalidad a Santos Barberena; que, por tanto, dicha subasta ha sido ineficaz para sacar del patrimonio herencial el dominio del bien referido; que Tomás López Lozano ni Inés Uribe de López, a quienes se adjudicó la finca

en la sucesión de Angela Lozano, ni menos los herederos de aquéllos, han dispuesto de su dominio; y que tal remate "carece de la capacidad legal para conferir al rematador derechos sobre el inmueble rematado, por cuanto la comunidad dueña del mismo no es ni ha sido parte en el juicio en que el remate tuvo lugar".

3. En su contestación a la demanda el demandado, luego de negar los hechos invocados por el demandante, salvo los referentes a la celebración del remate y su adjudicación, los cuales aceptó, se opuso a las súplicas impetradas.

En esa misma oportunidad, apoyándose en lo estatuido por el artículo 477 del Código Judicial vigente a la sazón, solicitó que, para los efectos previstos en esa norma, se citara al proceso a los demás herederos de Tomás López e Inés Uribe, llamamiento que evidentemente se surtió.

4. Luego de encontrarse agotado el término probatorio, con base en lo que preceptuaba el artículo 233 del Código Judicial anterior se reconoció a Alvaro, Manuel María, Nohra, Guillermo, Luz María y Ana Fernando Olano derecho a intervenir en el proceso, como coadyuvantes del demandado, en su calidad de herederos de Rosa Elvira Olano, quien fue la demandante en la ejecución donde se practicó el remate cuya ineficacia aquí se impetra.

5. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el Juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Décimo Civil Municipal de Cali, le puso fin con sentencia de 21 de enero de 1969, mediante la cual resolvió absolver al demandado de todos los cargos contra él formulados, e impuso al demandante las costas procesales.

6. Por apelación interpuesta por esta parte el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en sentencia de 20 de septiembre de 1972, confirmó el fallo apelado y condenó al recurrente en las costas causadas en la segunda instancia.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. Luego de concretar las pretensiones que encontró deducidas en la demanda incoactiva del proceso, el Tribunal inicia la parte expositiva de su sentencia observando que en la ejecución seguida por Rosa Elvira Olano contra la sucesión de Tomás López Lozano se decretó, mediante providencia de 12 de junio de 1956, el embargo preventivo de los derechos que a éste le pudieran corresponder en la mortuoria de su madre Angela Lozano viuda de López, derechos hereditarios radicados en varios bienes, entre ellos en "una casa y su correspondiente terreno, ubicado en Cali, en el Barrio Granada, en la Avenida 4ª, denominado 'La Trilladora', distinguido con los números 7-27, 7-37, 7-49 y 7-53".

En seguida nota el sentenciador, apoyando su aserción en el contenido de la Escritura Pública número 1667 otorgada el 23 de abril de 1958 en la Notaría Primera de Cali, que en la referida sucesión de Angela Lozano se adjudicó el citado inmueble "La Trilladora", avaluado en $ 132.440, a Tomás López Lozano e Inés Uribe de López, en sendas cuotas partes proindiviso de $ 100.000 y $ 32.440, respectivamente.

Apunta después el *ad quem* que posteriormente, mediante auto de 14 de abril de 1958 se decretó, dentro del mismo proceso ejecutivo seguido por Rosa Elvira Olano, el embargo preventivo de los derechos que al ejecutado Tomás López le correspondieron en la referida sucesión de su madre Angela Lozano, sobre el citado inmueble denominado "La Trilladora".

2. Relacionadas con la anterior situación de hecho que, a través de la prueba documental aducida al proceso, contempló el Tribunal, en la motivación de su sentencia son relevantes las siguientes dos consideraciones:

a) Que al ocurrir el óbito de Angela Lozano viuda de López "surgió una *comunidad universal* sobre los bienes que constituyeron el acervo herencial, comunidad que terminó al hacerse la partición dentro de la cual se adjudicaron a Tomás López e Inés Uribe de López cuotas o derechos en una *especie determinada,* dando de este modo nacimiento a otra comunidad, *ya a título singular o sobre bien determinado* que, de acuerdo con lo expresado por el actor en su demanda, no ha sido liquidada aún"; y

b) Que fue el derecho que sobre el inmueble "La Trilladora" correspondía al ejecutado Tomás López, "el perseguido preventivamente por la ejecutante Rosa Elvira Olano... *y el mismo que se ordenó subastar* para pagar con el producto de su venta el crédito que ella cobraba".

3. Asevera en seguida el fallador que en los carteles que se fijaron y publicaron para avisar el remate al público, se expresó que el bien objeto de la subasta era todo el lote y edificio de "La Trilladora", como cuerpo cierto; que fue dicho inmueble en su totalidad el que se sacó a remate y se adjudicó al rematador; y recuerda,

por último, que la almoneda así practicada se aprobó judicialmente en providencia de 7 de octubre de 1965.

Conclusión de esta primera parte de su exposición es, para el Tribunal, la de que "la sucesión de Tomás López Lozano, ejecutada dentro del proceso instaurado por la señora Rosa Elvira Olano, *sólo tenía sobre el inmueble rematado un derecho de dominio* equivalente a cien mil acciones de a un peso cada acción, de las 132.440 en que fue justipreciado. Consecuencialmente, —agrega el *ad quem*— se trataba de una venta forzada relacionada con 'derechos' y en manera alguna con la totalidad del bien sobre el cual estaban radicados".

4. Y luego de citar el artículo 741 del Código Civil, en cuanto dicho precepto determina los efectos de las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial, recuerda el sentenciador que, según lo preceptúa el artículo 752 *ibídem,* 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 transferibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Orientado por este razonamiento, el fallador de segundo grado llega a la conclusión de que "*lo que el demandado Santos Barberena remató fue solamente el derecho adjudicado a Tomás López Lozano,* equivalente a cien mil acciones de a un peso cada una, sobre las 132.440 en que fue dividido el inmueble, y *sobre el cual,* como ya se expresó, *tiene también otra acción de dominio equivalente a 32.440 acciones su esposa Inés Uribe de López, hoy su sucesión*".

5. Deducido por el *ad quem* el anterior postulado, acomete en seguida el análisis de la acción reivindicatoria; cita los presupuestos que tradicionalmente se han considerado como esenciales a ella, afirmando que de éstos el primero y fundamental es el relacionado con "el derecho de dominio del actor sobre una cosa singular o cuota determinada de cosa singular"; y como asevera que en el caso presente este elemento se halla ausente, deduce finalmente que los pedimentos consignados en la demanda no pueden prosperar.

Dice en el punto la sentencia, que como "la sucesión de la señora Uribe viuda de López solo tiene derecho a una cuota o derecho de dominio sobre el bien en litigio, mal puede pretender la comunidad formada por las sucesiones de ella y de su esposo se le declare dueña de la totalidad de aquél. Procedente hubiera sido el estudio del elemento probatorio —continúa afirmando el fallador— si la pretensión ejercitada se hubiere concretado exclusivamente a esa cuota de dominio; pero como se ve en las súplicas del libelo lo que se pide es la declaración respecto del 'inmueble determinado por su ubicación y linderos en el hecho 8º de esta demanda', esto es, sobre la totalidad del denominado 'La Trilladora'...".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo.

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 740, 741, 744, 752 y 1849 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los preceptos 746 y 748 *ibídem,* por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, después de concretar la situación fáctica que en lo atinente a los dos embargos decretados en el proceso de ejecución, seguido por Rosa Elvira Olano contra la sucesión de Tomás López Lozano, encontró demostrada el sentenciador, afirma que el primero, decretado por auto de 12 de junio de 1956, tuvo como objeto los derechos que al ejecutado "le pudieran corresponder en la mortuoria de su madre Angela Lozano", radicados en el lote y edificio llamado "La Trilladora"; y que el segundo, ordenado en providencia de 14 de abril de 1958, versó sobre el "derecho o cuota parte proindiviso" que al ejecutado se le adjudicó sobre el referido inmueble, en la sucesión dicha.

Nota el censor que si bien el primero de estos dos embargos fue inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, no ocurrió lo propio con el segundo; y amparado en esta observación suya asevera el impugnante que por la falta de registro, el embargo decretado en 1958 "no llegó a producir los efectos que debía generar, conforme a lo prescrito por el artículo 41 de la Ley 57 de 1887. Lo

que quiere decir —añade— que jurídicamente no se realizó tal embargo de la aludida cuota parte proindiviso de Tomás López en el lote y edificio de la Trilladora".

Concretando el yerro fáctico que imputa al Tribunal, y que con insistencia pinta el recurrente a través de todo el desarrollo del cargo, expresa que "la sentencia incurrió por tanto en un ostensible y palmario error de hecho al tener por demostrada la práctica de ese embargo de abril de 1958, sin existir en el proceso ninguna prueba que acredite la inscripción de dicho embargo. El fallo —agrega— dio por existente una prueba que no aparece en el proceso, por no haberse producido".

3. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea, comienza por afirmar que según lo estatuido por el artículo 740 del Código Civil la tradición, para ser eficaz, requiere, entre otros, de un elemento material y de otro subjetivo, traducido el primero en la entrega de una cosa corporal por el tradente y la recepción de la misma por el adquirente; y el segundo, de un lado, en la intención o ánimo de transferir el dominio por parte del tradente, y de otro, en el ánimo del adquirente de adquirir el dominio sobre la cosa que recibe. Recordando el texto del artículo 745 *ejusdem*, agrega que la tradición, para que produzca los efectos jurídicos que la ley le asigna, requiere además una causa, apuntando de paso que como el remate de bienes equivale a una compraventa de éstos, constituye por tanto título traslaticio de dominio.

Con cita del artículo 741 de la misma obra, apunta en seguida el censor que la entrega de la cosa puede ser hecha por el dueño de ella, o por conducto de sus representantes; que en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, la ley le tribuye al juez la representación legal del ejecutado para los efectos de vender en subasta pública los bienes de éste, trabados en la ejecución y de hacer tradición de los que se rematen; pero advierte también que, según lo preceptuado por el artículo 744, la validez de la tradición en que interviene un representante requiere además que éste obre dentro de los límites que le demarca el poder de representación, pues si así no ocurre los actos que ejecute "son inoponibles al representado, quien por lo mismo no tiene que impugnarlos mediante la acción de nulidad, sino desconocerlos o rechazarlos de plano".

Se pregunta luego el censor a quién pudo representar legalmente el juez que efectuó el remate del predio "La Trilladora", contestándose que no pudo ser a Tomás López, quien a la sazón había fallecido; tampoco a sus herederos, porque éstos en ningún momento consintieron en el remate del inmueble.

4. Asentados por él los anteriores presupuestos, afirma el recurrente que "al vender en remate el predio de 'La Trilladora', no obstante que no había sido antes embargado, y al hacer tradición al doctor Barberena, el juez obró por fuera de los límites de su representación legal y no representó a nadie para que tales actos resultaren eficaces y oponibles a la parte ejecutada. Al reconocerles eficacia y carácter oponible a esos actos frente a los actores en este proceso, el fallo acusado violó, por aplicación indebida, el artículo 744 del Código Civil, a consecuencia del error de hecho ya denunciado, esto es, al tener por existente una prueba del embargo, no obstante que tal prueba brilla aquí por su ausencia".

5. Y después de determinar el contenido de los artículos 746 y 748 del Código Civil, en cuanto estos preceptos le niegan eficacia a la tradición en que se padece error en la identidad de la cosa que debe entregarse, afirma el impugnante: "En la especie que este proceso contempla, el Juez de la ejecución Olano-López vendió en remate e hizo tradición al doctor Barberena de un inmueble que no había sido embargado en ese ejecutivo. Dicho funcionario, como representante legal del ejecutado, no sólo rebasó los límites de su representación legal, sino que sufrió un marcado error en cuanto al bien que podía rematar y entregar", concluyendo que la sentencia impugnada infringió, por inaplicación, las precitadas dos normas, las que "desconocen eficacia y oponibilidad a la tradición en que se padece error en cuanto a la identidad de la cosa que debe entregarse o que se ha entregado".

6. Continúa luego la censura afirmando que si lo rematado en el proceso ejecutivo referido fue todo el fundo de "La Trilladora", no obstante que no había sido embargado como cuerpo cierto, y sin haberse inscrito tampoco el embargo del derecho o cuota parte proindiviso que en tal predio le había sido adjudicado a López Lozano, no pudo existir tradición válida.

"Al reconocerle eficacia y carácter oponible a la tradición del inmueble, o por lo menos, del derecho o cuota parte proindiviso que en éste se adjudicó a López, —remata el censor—, la sentencia violó, por aplicación indebida, el citado artículo 752 del Código Civil, como resultado del error de hecho que vengo denunciando".

Se considera:

1. Es verdad averiguada que como efecto de la prenda genérica que el artículo 2488 del Código Civil consagra en favor de los acreedores personales, a éstos les asiste el derecho, para asegurar el cumplimiento de sus acreencias, de perseguir los bienes de su deudor moroso, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los que según la ley tengan la categoría de inembargables.

La efectividad de dicha prenda se logra a través de determinadas medidas especiales establecidas por la ley procesal, entre las cuales se enlista el embargo, que consiste en el acto judicial mediante el cual se pone una cosa fuera del comercio y a órdenes de la autoridad que lo decrete, para garantizar el éxito del proceso y el efectivo cumplimiento de la sentencia.

Según nuestro derecho positivo, salvo los no embargables, son susceptibles de dicha medida de aseguramiento no sólo los bienes raíces y los muebles propiamente dichos, sino todos los demás que, como los créditos, los derechos litigiosos, las acciones y el derecho de herencia, por tener una apreciación económica son parte integrante del patrimonio del deudor y por ende objeto de la prenda tácita de los acreedores personales.

2. *Pero si, en principio, todos los bienes patrimoniales son objeto lícito de embargo, no siempre tal medida se practica en la misma forma: los legisladores, quizás atendiendo a la naturaleza de las cosas sobre las cuales recae, han especificado los procedimientos a seguir en cada caso, los que, dado su carácter especial, es menester observar en los eventos en que cada uno de ellos corresponda, so pena de sacrificar la eficacia del embargo.*

3. *Conservados en su esencia por la legislación que hoy impera en la materia, las normas legales vigentes cuando se tramitó la ejecución instaurada por Rosa Elvira Olano contra los herederos del difunto Tomás López Lozano, dentro de la cual se practicó el embargo de bienes y se hizo el remate que dio origen al presente proceso (Leyes 57 de 1887 y 105 de 1931), cuya preceptiva es por tanto la que debe acatarse para decidir la controversia suscitada, el embargo se practicaba siguiendo procedimientos diferentes según que él versara sobre muebles o sobre inmuebles. En efecto:*

Tratándose de una finca raíz o de un derecho real constituido en ella, el embargo decretado judicialmente se perfeccionaba con la inscripción del oficio que se enviaba al Registrador de Instrumentos Públicos del circuito en donde estuviera ubicado el inmueble (Arts. 39 y 43 de la Ley 57); y si se refería a muebles se consumaba, por regla general, con la entrega de la cosa por el juez al secuestre designado.

Tal manera de practicar el embargo de muebles no constituyó entonces, como tampoco lo es hoy, regla absoluta, puesto que en algunos casos especiales, determinados por la naturaleza de los bienes, el procedimiento legalmente establecido para perfeccionarlo es distinto. Así, por ejemplo, para perfeccionar el embargo de un crédito se debía notificar al deudor mediante oficio que le libraba el juez que lo había decretado (Art. 277 C. J.); y el de derechos que el demandado tuviera en otro proceso, debía efectuarse con la comunicación al juez que conocía de éste (Art. 282 C. J.).

4. *En punto a la manera de practicar el embargo de derechos herenciales la jurisprudencia nacional no ha sido uniforme. Ciertamente, como antes de la vigencia de la Ley 105 de 1931 no existiera norma positiva alguna que especialmente reglamentara esta clase de embargo, la Corte se inclinó a aplicar por analogía el procedimiento que sobre el embargo de inmuebles y de derechos reales radicados en éstos consagraba el artículo 39 de la Ley 57 de 1887; es decir, que entonces se exigía para perfeccionar aquel embargo la inscripción del decreto judicial correspondiente en la oficina de registro de instrumentos públicos del respectivo circuito notarial.*

Mas, como luego la Ley 105 de 1931, mediante su artículo 282, llenó el vacío legal advertido por la Corte, al establecer dicha norma que "el embargo de derechos que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio, se comunica al juez respectivo para los efectos consiguientes", a la modificación normativa así operada le sobrevino el cambio de la doctrina jurisprudencial en lo atinente al embargo de derechos herenciales. Se consideró entonces que como el referido precepto aludía al embargo de derechos de cualquier clase que el demandado "persiga, discuta o tenga en otro juicio", su contenido cobijaba los herenciales; y por tanto se acogió la tesis consistente en que era suficiente, para que el embargo de éstos se consumase, la comunicación de la medida al juez que tramitaba el correspondiente proceso sucesorio.

"No existe en la ley —dijo la Corte en sentencia de 19 de noviembre de 1956— disposición alguna que consagre —directa ni indirectamente— la tesis que propugna el recurrente en

abono de la fundamentación del cargo —la necesidad de inscribir el embargo de derechos hereditarios en la Oficina de Registro— menos para el presente caso, cuanto que la materia de él es el simple derecho hereditario en general no el vinculado en determinado inmueble de la sucesión... También resulta que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en el proceso es lo único que asegura o da eficacia al decreto u orden de embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable a su derecho herencial y porque como este derecho sólo viene a concretarse en cosas determinadas y ciertas en la partición, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar para darle y aprobarle al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esta traba determinada y expresa se le registre el título, oportunidad que es en la que también deberá actuar el Registrador, pues está en su deber hacer en sus libros la inscripción de la hijuela pero con la anotación correspondiente del embargo" (G. J., t. LXXXIII, 829).

5. Haciéndose consistir el error de hecho que la censura le endilga al Tribunal en el supuesto de que como el embargo decretado el 14 de abril de 1958, dentro de la ejecución seguida por Rosa Elvira Olano contra los herederos de Tomás López, no fue registrado en la Oficina de Instrumentos Públicos, debiendo haberlo sido, según lo asevera el recurrente, por versar sobre derechos herenciales radicados en un inmueble determinado, por lo que, agrega, tal medida "no llegó a producir los efectos que debía generar, conforme a lo prescrito por el artículo 41 de la Ley 57 de 1887", su sola fundamentación pone de manifiesto la inexistencia del yerro fáctico alegado, por apoyarse en la falta de un procedimiento no requerido por la ley para la eficacia de dicho embargo.

6. Y en la hipótesis de que el embargo de derechos herenciales requiriese legalmente para su perfección, a más del aviso al Juez que tramita la sucesión, la comunicación al Registrador para que este funcionario se abstenga de autorizar traspasos de los mismos fuera del proceso mortuorio, habría que aceptar que tal formalidad sí fue observada en este caso y que por lo mismo el error de hecho denunciado no se configura. En efecto:

Mediante auto de 12 de junio de 1956 se decretó, dentro del ejecutivo de Rosa Elvira Olano contra los herederos de Tomás López Lozano, el embargo preventivo de los derechos que a éste "le puedan corresponder en una casa y su correspondiente terreno, ubicada en Cali, en el Barrio Granada, denominado 'La Trilladora', distinguido en sus puertas con los números 7-27, 7-37, 7-49 y 7-53", decreto que a más de hacerse saber al Juez que conocía de la sucesión se comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos de esa ciudad, quien por tanto lo inscribió el 23 de junio siguiente "a folios 115 y 116, partidas números 343 a 348, del Libro de Autos de Embargos".

Y como según lo estatuía el artículo 1013 del Código Judicial, vigente a la sazón, "embargada una cosa en un juicio, no es embargable en otro", al Registrador de Cali se le imponía, para acatar el imperativo contenido en ese precepto, el deber de "abstenerse de anotar el segundo embargo", decretado en esa misma ejecución el 14 de abril de 1958 sobre "una cuota o acción de dominio de valor de cien mil pesos sobre un avalúo de ciento treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta pesos", en el mismo lote y edificio de "La Trilladora".

Tanto con el embargo decretado el 12 de junio de 1956, como con el que lo fue el 14 de abril de 1968, la ejecutante persiguió el mismo bien patrimonial de su ejecutado, esto es, los derechos de éste en la sucesión de su madre, radicados en el lote y edificio llamado "La Trilladora", con la única pero accidental diferencia que con el segundo se buscó concretar su cuantía, abstracta antes por encontrarse ilíquida la sucesión. La identidad del objeto de estos dos embargos no puede ponerse en duda por el solo hecho de que el primero se haya referido a los derechos hereditarios que al ejecutado "le puedan corresponder" en la mortuoria de su madre; y el segundo al derecho o cuota parte proindiviso que se le adjudicó en la misma sucesión, puesto que así en el uno como en el otro los derechos trabados se radicaron en el mismo bien.

7. De todo lo expuesto se sigue que el Tribunal sentenciador no incurrió en el error de hecho que el censor le imputa en la apreciación de los medios de prueba producidos en el proceso; y que, por consiguiente, el cargo que aquí se considera debe rechazarse.

Segundo cargo.

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 669, 946, 949 y 964 del Código Civil, 210 del Código Judicial anterior y 2º de la Ley 28 de 1932.

2. Para desenvolver esta censura, el casacionista transcribe en primer lugar el aparte de la sentencia en el cual el *ad quem* consignó la motivación cardinal de su fallo, traducida en que como, según lo demostrado en el proceso, la sucesión de Inés Uribe viuda de López sólo tiene derecho a una cuota parte proindiviso sobre el lote y edificio de "La Trilladora", no puede pretender que se le declare dueña de él; y que como, según la demanda, la pretensión deducida se concretó al inmueble como cuerpo cierto y no a "esa cuota de dominio", no es jurídicamente admisible decretar la reivindicación de ésta.

Refiriéndose a la tesis del Tribunal, cuyo origen lo sitúa el recurrente en la jurisprudencia de la Corte contenida en fallo de casación de 9 de julio de 1937, el que en efecto transcribe en sus pasos trascendentes, asevera que "ningún precepto positivo consagra esta doctrina; ella constituye una jurisprudencia pretoriana que se resiente de un inocultable empirismo casuista y que no consulta en manera alguna la concepción moderna y científica del condominio"; que, contrariamente, el cambio en la proporción del derecho del comunero no puede estimarse como un cambio del objeto de la demanda, ni por ende, conducir a la absolución del demandado; y, finalmente, suplica a la Sala que rectifique hoy la doctrina jurisprudencial que censura y que aplique el criterio que él propugna.

3. Explanando la tesis que postula y cuya adopción por la Corte él pretende, dice el censor que "el dominio y el condominio no son fenómenos jurídicos diferentes, sino que son uno solo y mismo fenómeno, con el único y secundario distintivo que en el primero el sujeto titular es uno mientras que en el segundo el titular es múltiple", pero que así en el uno como en el otro el objeto es idéntico; que la prueba de dicho aserto está en la circunstancia de que el dominio puede convertirse en condominio por la llegada de nuevos titulares, y de que, a su turno, "el condominio puede tornarse en dominio singular por el retiro de todos sus titulares, sino uno".

4. Continuando con el desenvolvimiento del cargo se detiene en seguida el acusador en consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad. Dice que en el punto la doctrina ha formulado tres tesis, cuyo contenido sintetiza así:

a) La primera, que califica de tradicional, se reduce a sostener que el objeto del condominio se halla idealmente dividido en tantas porciones cuantos comuneros hay;

b) La segunda, que el censor dice surgió como reacción a la anterior, encuentra su fundamento en que lo dividido idealmente no es el objeto de la comunidad, sino el propio derecho de dominio, de tal modo que cada condómino no tiene sino una fracción ideal de dicho derecho de propiedad, fracción que recae sobre todo el objeto común; y

c) La tercera, cuyo nacimiento sitúa en el derecho moderno, la cual parte de la base de la indivisibilidad del derecho de dominio y de la cosa que constituye su objeto.

Apoyándose en citas de algunos tratadistas, dice el recurrente que con esta nueva teoría, "la naturaleza jurídica de la comunidad o condominio no consiste en la división ideal del derecho de propiedad ni del objeto de este derecho; ella consiste en la coexistencia de derechos cualitativamente iguales sobre toda la cosa, aunque pueden ser cuantitativamente desiguales. El derecho de cada comunero es, dentro de esta teoría, la proporción aritmética, la medida o índice numérico que determina las utilidades y cargas que le corresponden en la cosa común y la fracción o porción material que ha de corresponderle en la misma cosa".

5. Determinando los efectos que en la práctica proyecta dicha doctrina, dice el impugnante que "demandar la restitución o la declaración de dominio sobre una cuota parte proindiviso de cierta cuantía cuando tal cuota parte es de un valor o proporción inferior, equivale a incurrir en una *plus petita* que no conduce a la absolución del demandado, sino únicamente a la reducción de la cuota parte demandada. De igual modo, demandar la declaración de dominio sobre un cuerpo cierto cuando sólo se es dueño de una cuota parte de éste, significa también incidir en una *plus petitio* que tampoco conduce a la absolución del demandado por un supuesto cambio de objeto de la demanda, sino a la reducción del valor o cuantía del derecho demandado. En este supuesto no hay ni tiene por qué producirse una mudanza de objeto, porque tanto monta demandar todo un cuerpo cierto como un derecho del 100% sobre el mismo. Sea que se tenga el dominio total y único o una cuota parte sobre un objeto, éste no sufre alteración alguna; lo que cambia es la proporción o cuantía del derecho".

Añade la censura, puntualizando las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo, que si el Tribunal acepta que la sucesión de Inés Uribe viuda de López tiene sobre el inmueble "La Trilladora" derecho de dominio sobre una cuota determinada, la

sentencia debió declararlo así, dando aplicación al artículo 210 del Código Judicial anterior, considerando que la parte demandante incurrió en una *plus petitio;* y que al no actuar en dicha forma y absolver en cambio al demandado, el fallo quebrantó, por inaplicación, los textos 669, 946, 949 y 964 del Código Civil.

Se considera:

1. Determinando los efectos jurídicos del remate practicado el 30 de septiembre de 1965 dentro de la ejecución seguida por Rosa Elvira Olano contra los herederos de Tomás López Lozano, el Tribunal da por sentado en su sentencia, luego de recordar lo estatuido en el artículo 752 del Código Civil, que mediante dicha subasta el rematador Santos Barberena no adquirió el dominio sobre todo el inmueble de "La Trilladora", pero sí un derecho equivalente a $ 100.000, sobre un avalúo total de $ 132.440, que fue el que correspondió al demandado; y que sobre el mismo predio también tiene un derecho, equivalente a $ 32.440, la sucesión de Inés Uribe de López.

Y después de dar por establecida así la comunidad en el predio referido, estimó el sentenciador, apoyando en tal juicio la resolución contenida en su fallo, que como la pretensión deducida en el libelo incoativo de este proceso se concretó a la declaración de dominio sobre la totalidad del inmueble y no sobre una cuota parte determinada de esta cosa singular, no le era permitido reconocer la copropiedad demostrada, por implicar tal proceder un cambio del objeto de la demanda.

2. La acusación se presenta fundándola esencialmente en la razón de que el sentenciador, al encontrar demostrado que la mortuoria de Inés Uribe de López, en cuyo beneficio actúa en este proceso el demandante, tiene derecho en una cuota parte proindiviso sobre el fundo "La Trilladora", debió declararlo así en obedecimiento y aplicación de los preceptos legales que la censura señala como infringidos, puesto que, añade el casacionista, el hecho de que se haya suplicado la declaración de dominio sobre todo el inmueble cuando el demandante es apenas comunero, por constituir en últimas un fenómeno de *plus petitio,* no es óbice para que el juez tutele el derecho demostrado.

3. *Por cuanto la demanda es el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque constituye su fundamento jurídico y la causa de la sentencia que en él se profiera, la ley procesal ha impuesto siempre al demandante la obligación de estructurarla con observancia de determinados requisitos. Entre éstos se enlista, según lo preceptuaba el artículo 205 de la derogada Ley 105 de 1931, la indicación de "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; y, como lo impera el artículo 75 del estatuto procedimental hoy vigente, "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", indicando además, "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones".*

Lo cual significa que en el libelo demandador debe quedar claramente determinada la pretensión en los dos elementos que la integran: su objeto y su razón. Es decir, la relación jurídico-material para la cual se impetra tutela; y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que se subsumen en la voluntad declarada por la ley.

4. *Es hoy verdad averiguada que por virtud de la relación jurídico-procesal, que se constituye con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez. Por consiguiente, el demandado adquiere el derecho a impedir que se modifiquen, salvo el caso de corrección oportuna del libelo inicial, las bases sobre las cuales se trabó la litis; la situación jurídica en que éste se ha colocado al ejercitar el derecho de contradicción que le asiste debe permanecer inalterada por supuestos no contemplados al constituirse dicha relación.*

Y como la sentencia es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, es en ella en donde reviste mayor trascendencia el principio de la inalterabilidad de la demanda. Bien es cierto que al pronunciar su fallo debe el juez resolver sobre la pretensión incoada, considerándola en sus dos elementos esenciales, para acogerla o rechazarla; pero también lo es que le está vedado, como consecuencia del aludido principio, otorgar un derecho distinto del pedido, o una relación jurídica similar pero diferente a la invocada, aunque el uno o la otra recaigan sobre el mismo bien y muy a pesar de que aparezcan debidamente probados, o conceder lo suplicado, pero con apoyo en supuestos de hecho distintos de los afirmados en la demanda.

"En cuanto a la determinación y declaración de las normas a aplicar —dice José Chiovenda— la actividad del juez no tiene límites (jura novit

curia); *y como ya hemos observado, no precisa ninguna petición especial de parte, ni el acuerdo de las partes puede, en modo alguno, impedirla. Pero en cuanto a la determinación y declaración de los hechos, la posición del juez es muy distinta, siempre que se trate verdaderamente de una cuestión de hecho, esto es, de la existencia de un hecho en el caso concreto, y no de la simple apreciación de la 'calidad jurídica' de un hecho, ni del fundamento de las 'máximas de experiencia', puntos que pertenecen a la cuestión de derecho". Y explica este autor que "el juez puede 'en la esfera del derecho puro' suplir a las partes. Por tanto si el actor se funda en normas de la ley inexistentes o mal tomadas, el juez aplicará las normas del caso, siempre que el objeto de la demanda no resulte modificado. Si el actor quiere aplicar a un hecho jurídico regulado por normas especiales, normas generales, el juez no rechazará la demanda, pero dentro de los límites del objeto aplicará la norma especial. Lo mismo cuando se trate de la definición jurídica de un mismo hecho, cuando las consecuencias no varían. Pero de todas maneras conviene que el hecho jurídico se mantenga el mismo" (Principios de Derecho Procesal Civil, T. II, Págs. 180 y ss.).*

5. *El criterio doctrinario que pregona la necesidad de que exista correlación entre la demanda y la sentencia, dados sus fundamentos jurídicos y su razón de ser, ha sido consagrado como norma positiva en la legislación colombiana. Así, el artículo 471 del Código Judicial anterior establecía que las sentencias debían guardar correspondencia "con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, mediante su artículo 305, estatuye que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".*

Si al proferir su resolución el juez altera la pretensión del demandante, ora sea modificando el objeto de ésta o ya cambiando su causa o razón, y como consecuencia reconoce en su fallo un derecho diferente del pedido, o concede lo suplicado pero por hechos distintos de los alegados, su sentencia resultará incongruente por decidir extra petita *y por lo mismo lesiva del interés de los litigantes.*

6. *Cuando, como ocurre en el presente caso, en su demanda el demandante concreta clara e inequívocamente sus pedimentos a que se le declare dueño de la totalidad de un inmueble, determinándolo como cuerpo cierto, pero en el proceso demuestra tener derecho solamente sobre una cuota en él, no es jurídicamente posible hacer la declaración de dominio sobre esta parte proindiviso, pues tal resolución implicaría una indiscutible alteración de la pretensión deducida en la demanda, porque se estaría reconociendo una relación jurídica no invocada en ese libelo, así el derecho reconocido recaiga sobre el mismo bien.*

Por cuanto la relación jurídico-material de la cual se hace derivar el derecho pretendido, y por tanto los hechos que lo constituyen, son bien diferentes en uno y en otro caso, no es dable identificar el objeto de la pretensión de una persona tendiente a que se le reconozca propietaria plena de una cosa, con la de quien sólo persigue la declaración de comunero en ésta. Bastaría advertir, para poner de manifiesto su marcada diferencia, que en el primer supuesto el demandante se pretende dueño del bien con exclusión de cualquier otro sujeto; al paso que en el segundo se invoca un dominio compartido con otro u otros. Y si bien el objeto material de la demanda puede ser el mismo en ambos casos, el objeto de la pretensión deducida en cada uno de ellos no es ni puede ser igual.

7. *Cierto es que con aplicación del principio de la* plus petitio *el juez debe, en los eventos en que el actor no demuestre el derecho en el* quantum *señalado en la demanda, reconocerlo en cuantía inferior; pero también es verdad que en tal supuesto debe mantener inalterada la relación jurídica invocada como objeto de la pretensión deducida. Y siendo ello así, como en rigor jurídico lo es, no puede decirse inequívocamente que en los casos en que se demande un cuerpo cierto y el demandante no demuestre ser dueño sino de una parte, debe hacerse la declaración de dominio sobre dicha cuota, porque el cambio de la relación material que dicha resolución supone impide reducir la ocurrencia al referido fenómeno de la* plus petitio.

Los anteriores razonamientos abonan la juridicidad de la doctrina de la Corte, y por tanto hoy la Sala la reitera, contenida en sentencia de 9 de julio de 1937, según la cual cuando "se demanda por alguien la mitad proindiviso de una cosa singular (Art. 949 C. C.), y el demandado no resulta poseedor sino de una quinta parte, esto no conducirá a total absolución, sino a reducir la condena a esta quinta, si es que el demandante demuestra su dominio. Y si se demandara un cuerpo cierto y el actor no demostrara ser dueño sino de una cuota, la absolución total se impondría, porque condenar a la cuota sí se-

ría cambiar el objeto de la demanda; lo mismo que si se demanda una cuota proindiviso de un cuerpo cierto y lo que se demuestra no es tener el dominio de esa cuota, sino materialmente algo que de suyo es un cuerpo singular, la demanda de cuota no prospera, aunque en tiempo anterior ésta hubiera hecho parte de aquello y aunque equivalga la cuota y la parte material de que acaba de hablarse'' (XLV, 308 y LXIV, 233).

8. Según su claro contenido, la sentencia del Tribunal de Cali sólo puede interpretarse en el sentido de que Santos Barberena, mediante el remate verificado el 30 de septiembre de 1965 dentro de la ejecución seguida por Rosa Elvira Olano contra los sucesores de Tomás López Lozano, únicamente adquirió sobre el lote y edificio llamado ''La Trilladora'', y que por tanto sólo ostenta título sobre tal cuota, un derecho equivalente a $ 100.000, sobre un valor total de $ 132.440 en que fue justipreciado todo el inmueble, porque era ese el monto del derecho que sobre dicho bien correspondía a los ejecutados en el proceso en que se realizó la subasta.

Consideró pues el *ad quem*, y así lo expresó clara y reiteradamente en su fallo, que la propiedad sobre el referido inmueble de ''La Trilladora'' está hoy compartida por Santos Barberena y los herederos de Inés Uribe de López, en la proporción de $ 100.000 para el primero y $ 32.440 para los segundos; pero que como, según los términos de la demanda, estos últimos reclaman la titularidad del dominio sobre todo el inmueble y no sobre la porción o cuota que ciertamente a ellos pertenece, en este proceso no es posible acceder a su pretensión.

9. Viene de todo lo dicho la conclusión de que por no haberse demandado en este caso la reivindicación de una cuota parte proindiviso de una cosa singular, no correspondía hacer actuar en él los preceptos legales regulativos de tal cuestión; y que, por tanto, el Tribunal no quebrantó, por inaplicación, las normas sustanciales que la censura indica como infringidas por este concepto.

Se desestima, pues, el cargo.

V

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veinte (20) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SALA LABORAL

ACCIDENTE DE TRABAJO

El accidente de trabajo es un fenómeno típico del derecho laboral y toda indemnización correspondiente nace a la vida jurídica de las regulaciones que trae al respecto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., enero veinticuatro de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda. — Acta número 2.

Las Empresas Públicas de Medellín fueron demandadas en libelo repartido al Juzgado Quinto Laboral del Circuito del mismo nombre por *Bertha Emilia Muñoz de Noreña, en su propio nombre y como representante legal de sus hijos menores,* para que se le cubriese "la indemnización total y ordinaria de perjuicios" por la muerte en accidente de trabajo de Arturo Noreña Castaño, accidente que se produjo por culpa o negligencia de aquéllas, pues en el momento en que éste subía a un poste para efectuar un arreglo de la corriente eléctrica en la calle 42, crucero con la carrera 38 de dicha ciudad, fue puesta a circular dicha corriente por quienes debieron cortarla, lo que produjo la muerte de Noreña Castaño.

El Juzgado del conocimiento condenó al pago de la indemnización solicitada, así: $ 275.660.98 para la cónyuge y $ 285.660.98 para los hijos del trabajador fallecido, indemnización que el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* redujo a las siguientes cantidades, al resolver el recurso de alzada interpuesto por ambas partes, en sentencia de 2 de mayo de 1972: $ 149.828.68 para la cónyuge y $ 159.528.78 para los hijos.

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra este fallo y fundamentaron las respectivas demandas; pero sólo las Empresas citadas formularon escrito de réplica contra la de la parte actora. Con base en tales documentos procede la Sala a decidir el recurso en el orden de presentación de los correspondientes libelos.

Demanda de la parte demandante como recurrente.

La concluye con las siguientes: "solicitudes:

"a) La indemnización que deben pagar las Empresas Públicas de Medellín a la señora Bertha Muñoz Castaño, en su propio nombre y en el de sus hijos menores a quienes representa es de ochocientos setenta y un mil doscientos veinticinco pesos con veinte centavos moneda legal ($ 871.225.20 m/l.) sin descuentos o deducciones de ninguna clase.

"Subsidiariamente: que se disponga que la indemnización a pagar es la fijada por el señor Juez de Primera Instancia es decir la suma de $ 561.392.26;

"b) Que las Empresas Públicas de Medellín deben pagar los intereses de la indemnización fijada desde el momento en que se presentó el accidente fatal que terminó con la vida del señor Arturo Noreña Castaño y que originó graves perjuicios de orden material y moral a la señora Bertha Emilia Muñoz C. y a sus hijos, hasta que efectúen el pago".

Formula para conseguir este fin dos cargos, que denomina "impugnaciones" y que la parte opositora tacha por no reunir proposición jurídica completa, tema que pasa a estudiarse en primer término:

Dice el primero: "a) Impugnación por *violación directa de la ley sustantiva* por interpretación errónea del artículo 1614 del Código Civil".

Reza el segundo: "b) *Impugnación por violación directa de la ley sustancial* por interpretación errónea del artículo 1615 del Código Civil, que textualmente establece: 'se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención' ".

La censura del opositor se refiere a que los solos artículos invocados del Código Civil no for-

man proposición jurídica completa e indica cuáles otros debieron citarse para cumplir ese requisito de toda demanda de casación. Pero la Sala observa que es más protuberante el yerro en que incurre el casacionista al no señalar como infringido el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que es el origen de la indemnización cobrada en el presente proceso y sin el cual éste no hubiese sido posible ante la jurisdicción laboral.

El yerro surge de la consideración del impugnante al comienzo de su demanda en la que dice que "en lo que hace al derecho sustantivo este juicio está regulado por el Código Civil y en cuanto hace al derecho procesal está regulado por las normas del Código Procesal del Trabajo. Es una situación parecida a la que se presenta cuando en un proceso penal se adelanta la acción civil para buscar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción penal, pues aunque las normas sustantivas son las del Código Civil, las procesales son las del procedimiento penal, aunque las causales de casación son las que se presentan en el procedimiento civil".

El accidente de trabajo es un fenómeno típico del derecho laboral y toda indemnización correspondiente nace a la vida jurídica de las regulaciones que trae al respecto. Basta una simple consideración para probar la verdad de este aserto: si Noreña Castaño no hubiese estado ligado a las Empresas Públicas de Medellín por contrato de trabajo, hubiera habido necesidad de llevar a cabo un proceso ante jurisdicción distinta de la laboral y el presente juicio no existiría.

Nótese que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo aplicado por el Tribunal a este asunto, se refiere tanto al accidente de trabajo como a la enfermedad profesional, entidades que no pierden su carácter laboral por el hecho de que permitan una indemnización mayor: "la total y ordinaria de perjuicios", "cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono", pues la existencia de tales entidades, sus diversos aspectos, la calificación de las incapacidades, la tabla de valuación de las mismas, etc., se regulan por dicho Código y no por el Civil. La incidencia de éste tiene lugar únicamente para efecto de calcular el monto de la indemnización "total u ordinaria de perjuicios"; pero el derecho mismo a ella surge de las prescripciones laborales respectivas, bien se trate de accidente o ya de enfermedad profesional.

Más aún: la obligación de satisfacer la indemnización "total u ordinaria de perjuicios" cuando el accidente se debió a culpa comprobada del patrono, no trae su fuente de disposiciones civiles, sino de las del derecho del trabajo, y son, por tanto, las de esta institución las que se quebrantan en primer término, si la suma indemnizadora no se debía o era mayor o menor el monto de la impuesta en la sentencia.

La comparación con la acción civil dentro del proceso penal que el casacionista efectúa, no viene, pues, al caso. Y el único en que en verdad sólo se sigue el procedimiento laboral, no obstante que la naturaleza de lo demandado no corresponde al Código Sustantivo del Trabajo, es el regulado por el Decreto 456 de 1956 "sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen". En todos los demás eventos, la jurisdicción laboral conoce tan solo de los procesos originados en un contrato de trabajo y el que, en determinadas circunstancias, puedan aplicarse normas del Código Civil no varía la naturaleza de tales procesos.

Ahora bien. El artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral estableció el recurso de casación ante esta Sala de la Corte "con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo", razón por la cual dicho recurso debe intentarse sobre la base de violación de disposiciones sustanciales de ese orden, sin perjuicio de que, junto a ellas, puedan haberse quebrantado preceptos de otros códigos, con la sola excepción, ya indicada, de los procesos incoados por aplicación del Decreto 456 de 1956. Y el casacionista, en el evento a estudio, prescindió por completo de indicar disposiciones sustantivas del trabajo, como violadas por la sentencia recurrida, concretándose sólo al quebrantamiento de algunos preceptos del Código Civil, lo que hace inoperantes los cargos formulados, que, por lo tanto, no prosperan.

Demanda del demandado recurrente.

"Aspiro, dice, a que la honorable Corte Suprema de Justicia, oídos los razonamientos que siguen, case parcialmente la sentencia recurrida y constituido en Tribunal de instancia establezca nuevamente los montos de las indemnizaciones a que fueron condenadas las Empresas Públicas de Medellín".

En busca de este resultado formula dos cargos, el segundo de los cuales rechaza desde ya esta Sala, por las mismas razones en cuya virtud resultaron inadmisibles los de la demanda de la

demandante recurrente, ya que está planteado en los siguientes términos: "El fallo recurrido es violatorio de los artículos 411 y 422 del Código Civil, violación que ocurre por falta de apreciación de las pruebas de estado civil de los hijos beneficiarios de la indemnización...".

El primero es del tenor siguiente: "El fallo recurrido viola los artículos 216 del Código Laboral, y los artículos 2341, 1613 y 1614 del Código Civil por errónea interpretación; como violación medio cito los siguientes artículos: 883 y 884 del Decreto 410 de 1971, llamado 'Nuevo Código de Comercio'. Y el artículo 191 de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, conocido como 'Código de Procedimiento Civil', los tres decretos son legislativos por haber sido dictados en uso de facultades extraordinarias, y el artículo 1617 del Código Civil".

Para sustentar este cargo, asienta:

"La violación ocurre por infracción directa al no haber dado aplicación a dicha norma del Código de Comercio y haber aplicado el artículo 1617 del Código Civil.

"En efecto: el fallo del Tribunal en su página 191 dice: '... 'el quantum' de los perjuicios es igual a aquella cantidad que el beneficiario tendría que depositar en un banco para que con esa cantidad más los intereses que produjeran al 6% durante la vida probable del agraviado, se fueran pagando a éste cuotas periódicas por todo el término de dicha vida probable. Transcurrida ésta esa cantidad y los intereses que hubiere producido quedarían reducidos a cero...'.

"En el 'Formulario del Ingeniero', por Egidio Garuffa, página 39, se encuentran unas tablas que indican el valor actual o cantidad que debe imponerse en un banco, al interés del 6% anual, durante el número de años que allí figuran.

"El Tribunal da por aceptado sin estar probado, que el interés bancario corriente en Colombia es del 6%.

"Dice el artículo 884 del nuevo Código de Comercio:

" 'Cuando de los negocios mercantiles hayan de pagarse rendimientos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente'.

"Agrega el mismo artículo y en ello concuerda con lo dicho en el 191 del Código de Procedimiento Civil 'se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria'.

"En tres pasajes el fallo recurrido establece que ha aplicado la indemnización sobre la base de una suma de dinero colocado en un banco al 8% cuando el interés bancario corriente ha sido fijado por Resolución número OJ-290 de 10 de febrero de 1972 de la Superintendencia Bancaria en el 14%, por manera que ha incurrido en violación de dos mandatos sustanciales el fallo de segundo grado: el del artículo 884 del nuevo Código de Comercio que fija como interés legal o corriente el interés bancario y la última parte de dicho artículo y el artículo 191 en cuanto establece el medio para la prueba de interés bancario y haber aplicado el artículo 1617 del Código Civil.

"No se trata de un error de derecho en la apreciación de alguna prueba, porque en el expediente no aparece prueba alguna sobre intereses, es sí una infracción directa de las disposiciones legales que ordenan tener en cuenta el certificado de la Superintendencia Bancaria para acreditar el interés corriente, o legal o bancario.

"Es una solemnidad de la prueba, de la cual no se puede prescindir bajo ninguna circunstancia.

"... ... ...

"El Magistrado ha debido, ya que en el expediente no existían pruebas sobre el interés bancario, hacer uso de sus atribuciones como director de proceso y pedir de oficio la prueba solemne que los artículos 191 del Código de Procedimiento Civil y el último inciso del 884 del nuevo Código de Comercio establecen para la prueba del interés corriente bancario".

La Sala considera:

Con la sola lectura de los argumentos transcritos salta a la vista que el cargo está presentado por vía inadecuada, pues la interpretación errónea excluye toda discusión sobre cuestiones probatorias y a lo que el casacionista se refiere es a que "el Tribunal da por aceptado sin estar probado" el monto del interés bancario en Colombia, a que "el interés bancario corriente ha sido fijado por Resolución número OJ-290 de 10 de febrero de 1972 por la Superintendencia Bancaria", a que "en el expediente no aparece prueba alguna sobre intereses" y a que "el Magistrado ha debido, ya que en el expediente no existían pruebas sobre el interés bancario, hacer uso de sus atribuciones como director del proceso y pedir de oficio la prueba...".

La interpretación errónea de la ley tiene cabida en el recurso extraordinario cuando el sen-

tenciador halla en la norma una inteligencia o un alcance, distintos de los que contiene, es decir, cuando el entendimiento de la misma por aquel es equivocado o erróneo; de aquí que el casacionista esté obligado en su demanda a indicar cuál fue el sentido errado que le imprimió el juzgador y cuál el verdadero que debió darle. Pero si lo que hace es aplicar determinados preceptos a hechos no probados (que es lo que, según el impugnante, ocurrió en el evento *sub lite)* carece de todo asidero la interpretación errónea de ellos, que presupone acuerdo entre el casacionista y el sentenciador sobre los hechos básicos del proceso.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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 demandante recurrente.

Sin costas para la demandada recurrente por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



INDEMNIZACION MORATORIA

1º Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora. 2º Causal 1ª de Casación. Según el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, la primera causal o motivo de casación laboral es la violación de la ley sustancial, que ocurre por los conceptos de infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., enero veinticuatro de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4247
Acta número 1.

Carlos Suárez Rueda, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 5536744 expedida en Bucaramanga, demandó por medio de apoderado, a la *sociedad Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada "Fagrasa",* para que se declare que el contrato de trabajo entre las partes, terminó el 20 de octubre de 1969, y se condene a la demandada a pagar los salarios insolutos de los primeros 9 días de dicho mes de octubre, la indemnización por mora en el pago de tales retribuciones, el valor de salarios de los días 10 a 20 del mismo mes, el reajuste de cesantía, primas de servicios y vacaciones, y al pago de gastos efectuados en viajes a Cartagena.

El apoderado del demandante presentó los hechos, así:

"Primero. Mi representado el señor doctor Carlos Suárez Rueda, prestó sus servicios personales en calidad de trabajador a la entidad demandada Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada, "Fagrasa" en calidad de gerente, por nombramiento efectuado en la Junta Directiva de esa entidad y desde el 26 de agosto de 1968.

"Segundo. El día 9 de octubre de 1969 el doctor Carlos Suárez Rueda presentó renuncia de su cargo, y esa le fue aceptada por la Junta Directiva en la misma fecha.

"Tercero. Posteriormente el 20 de octubre de 1969 entregó su cargo según acta de entrega debidamente firmada por quienes le recibieron.

"Cuarto. La demandada pagó al doctor Carlos Suárez Rueda la suma de treinta mil novecientos cuarenta y dos pesos con nueve centavos ($ 30.942.09) moneda corriente, el día 12 de noviembre de 1969; en la cantidad anterior se encuentra comprendido el valor de la cesantía, vacaciones y prima de servicios hasta el 9 de octubre de 1969, según la misma liquidación y que corresponde además a los mismos conceptos y por su trabajo efectuado a la entidad denominada Curtientes Vegetales Colombianos S. A., quien liquidó sus prestaciones conjuntamente con la entidad demandada, o sea Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada 'Fagrasa'.

"Quinto. El salario promedio pagado a mi representado por la empresa demandada 'Fagrasa Limitada' junto con el salario devengado en Curtientes Vegetales Colombianos S. A. fue de diez y seis mil trescientos nueve pesos con diez y seis centavos ($ 16.309.16) moneda corriente según liquidación de la demandada.

"Sexto. El sueldo fijo sin tener en cuenta los viáticos y demás entradas que integran el salario, devengado por mi representado el doctor Carlos Suárez Rueda en la entidad demandada Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada 'Fagrasa' era de seis mil pesos ($ 6.000) mensuales.

"Séptimo. La entidad demandada no ha cubierto a mi representado el doctor Carlos Suárez Rueda, los salarios correspondientes a los nueve (9) días del mes de octubre de 1969.

"Octavo. Mi poderdante el doctor Carlos Suárez Rueda, efectuó gastos de su propio peculio para atender unos viajes urgentes en desarrollo de las actividades que su cargo le imponía (cobro de cartera, etc.) que pese a los cobros hechos por mi representado a la demandada no le han cubierto su valor respectivo. Dichos gastos según comprobante y correspondientes a dos viajes a Cartagena suman la cantidad de siete

mil seis pesos con ochenta y cinco centavos ($ 7.006.85) moneda corriente; dichos viajes fueron efectuados el uno en asocio del señor Jorge Biswell y el otro en asocio del mismo señor y de Judex Namen.

"Noveno. La demandada no tuvo en cuenta todos los viáticos causados en desarrollo de las actividades que su cargo le imponían a mi representado el doctor Carlos Suárez Rueda, por consiguiente, la liquidación efectuada por la demandada debe ser reajustada en el mayor valor recibido por mi representado, suma que se demostrará en el desarrollo del presente juicio y que aumenta el salario.

"Décimo. Mi representado el doctor Carlos Suárez Rueda en asocio de los miembros de la Junta Directiva de Fagrasa Limitada, entidad demandada, y de Curtientes del Dividivi 'Curtidivi S. A.', (entidad que corresponde a Curtientes Vegetales Colombianos S. A.) comenzó a efectuar la entrega de unos libros de contabilidad, actas de la Junta Directiva y Asamblea de Socios y de las llaves de las dependencias de la gerencia de la demandada como de la otra entidad, según consta en acta parcial de entrega el día nueve (9) de octubre de 1969 y en la cual aparece la siguiente constancia: 'se deja constancia de que posteriormente se levantarán las actas correspondientes a inventarios, cartera, cuentas bancarias de las sociedades y demás bienes pertenecientes a ambas empresas'.

"Undécimo. Posteriormente el día 20 de octubre de 1969 en las oficinas de la gerencia conjunta de Fagrasa Limitada y Curtientes Vegetales Colombianos S. A. (en aquella época) mi representado el doctor Suárez Rueda procedió a la entrega definitiva de los documentos y valores que reposaban en su poder como gerente de las empresas mencionadas, según acta firmada por mi poderdante doctor Carlos Suárez Rueda, por el gerente encargado de Fagrasa Limitada, Joaquín Chaves Uribe, por Martín Alonso Pinzón quien firmó posteriormente por no haber estado presente en la entrega en su calidad de gerente encargado de la sociedad Curtientes Vegetales Colombianos S. A. y por los testigos Héctor Amature Guzmán (revisor fiscal de Fagrasa Limitada y Curtientes Vegetales S. A.) y Rafael Novoa M. en su calidad de revisor de la auditoría general ante el I. F. I.; lo anterior consta en seis hojas tamaño oficio y con un sello que dice: Contraloría General de la República Instituto de Fomento Industrial Auditor General.

"Decimosegundo. La entidad demandada pagó a mi representado la prima correspondiente al segundo semestre de 1968, solamente el día 11 de diciembre de 1969 y por consignación efectuada al Banco Popular (fecha para la cual el doctor Carlos Suárez Rueda se había retirado de la entidad demandada, más aún, el ajuste correspondiente a los viáticos de la prima de servicios del primer semestre de 1969, fue también consignada en el Banco Popular y pagada posteriormente, el día 9 de marzo de 1970".

El representante de la demandada dijo respecto a los hechos:

"1) Ni niego ni afirmo el primer hecho de la demanda, pero pido que se pruebe en juicio.

"2) El segundo hecho de la demanda es cierto. El demandante Carlos Suárez Rueda presentó renuncia de su cargo de Gerente, con motivo de la infausta gestión que como Gerente de Fagrasa hubo de desempeñar, la cual trajo como consecuencia que la Contraloría General de la República hubiera de iniciar una investigación de carácter penal contra aquel funcionario por el delito continuado de peculado en bienes de la entidad que administraba y por estafa contra algunos amigos del exgerente, proceso que cursa en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá.

"Su renuncia obedeció pues al descubrimiento que se hizo de que, Carlos Suárez Rueda, violando a sabiendas los estatutos de la empresa que gerenciaba, contra expresas prohibiciones que él estaba obligado a cumplir, en increíbles circunstancias de negligencia e imprevisión que deben calificarse penalmente como dolo eventual, cuando menos, causó a la entidad que representaba la pérdida de un millón setecientos setenta y cuatro mil quinientos setenta y cinco pesos con ochenta centavos ($ 1.774.575.80) suma que fue elevada en su contra a alcance por la Contraloría General de la República.

"3) No niego ni afirmo el hecho tercero. Sí, efectivamente renunció el día 9 de octubre de 1969 y, obviamente, había que aceptarle unánimemente aquella renuncia, como se hizo. Sobre que el acta definitiva de entrega solamente se hiciera el día 20 de los mismos mes y año, es decir, once días después de su renuncia, ello no puede significar que Fagrasa hubiese retenido ilegalmente sueldos o prestaciones. Es que fue desastrosa su gestión como custodia de bienes oficiales, que no había posibilidad física de recibirle de un día para otro las cuentas y comprobantes de su inexplicable gestión como gerente, cuando por su exclusiva culpa la entidad demandada fue víctima de tan cuantiosa estafa.

"4) El hecho cuarto de la demanda es cierto en cuanto que la entidad que represento procesalmente pagó al doctor Suárez Rueda la suma de que alude el hecho cuarto y que en ella se comprendían las sumas a que tenía derecho por concepto de las prestaciones hasta el día de su necesaria renuncia y dejación del cargo, así como es cierto que en la misma liquidación y pago se comprendían las prestaciones adeudadas por sus trabajos en la entidad denominada 'Curtientes Vegetales S. A.', liquidación que se hizo conjuntamente con 'Fagrasa', en virtud de convención previa que existía entre las dos entidades y el demandante Suárez Rueda, afirmación esta que acredito con fotocopia del documento respectivo y que desde ahora pido que se haga reconocer del demandante.

"5) Admito el hecho quinto de la demanda en cuanto a que el salario conjunto mensual pagado por Fagrasa y por Curtientes Colombianos S. A. sea la suma que Fagrasa liquidó, salvo que esta entidad hubiese incurrido en involuntario error.

"6) El sueldo mensual del demandado (sic) era, como lo dice en su demanda, de seis mil pesos ($ 6.000) mensuales.

"7) No me consta el hecho séptimo de la demanda, pero niego desde ahora el derecho que pueda tener a cobrar sumas distintas a las pagadas y consignadas a sus órdenes en el Banco Popular.

"8) El hecho no me consta. Pero si el demandado (sic) hubo de hacer gastos de su propio peculio 'para atender unos viajes urgentes en desarrollo de las actividades que su cargo le imponía, (cobro de cartera, etc.), como reza en la demanda, Fagrasa no puede ser obligada al pago de ello pues esos viajes los hizo para resarcir los graves perjuicios pecuniarios que sufrió la empresa que tan malhadadamente manejó Suárez Rueda, al otorgar a insolventes personas, desconocidas para él y ajenas al comercio legal, cuantiosos créditos que concedió con flagrante y repetida violación de los estatutos de Fagrasa, a espaldas de la Junta Directiva de esa entidad y sin su anuencia previa y obligatoria. Fagrasa no debe pagar, además del millón setecientos setenta y cuatro mil pesos con ochenta centavos que se perdieron para el patrimonio de la empresa por la violación que hizo Suárez Rueda de sus normas que había jurado cumplir y violó a sabiendas y reiteradamente, no puede Fagrasa, digo, pagarle además los gastos que afirma haber hecho en las fallidas e írritas gestiones que alega haber hecho con algunos de los otros sindicados de los delitos cometidos contra Fagrasa.

"9) El hecho noveno no es cierto. Al demandante se le pagaron viáticos cuando a ellos tuvo derecho. Pero no es legal ni ética, ni moralmente exigible que se condene a Fagrasa a pagarle a los procesados Judex Namen Habeych y Jorge Biswell Cotes; sindicados de la estafa cometida contra Fagrasa, unos infructuosos viajes a la Costa Atlántica, dizque en búsqueda de los restantes procesados por el timo causado a Fagrasa con la indolencia y el inaudito descuido, con el uso delictuoso que hizo de bienes oficiales confiados al cuidado de quien hoy demanda laboralmente.

"10) El hecho décimo es cierto en la siguiente forma: sí comenzó a hacer entrega de algunos libros y efectos el mismo día en que hubo de aceptársele la renuncia del cargo que desempeñó en la forma que hizo necesario que los representantes de la primera entidad fiscalizadora de la República lo procesaran por el delito de peculado. Como este peculado era tan cuantioso, es obvio que la entrega total no podía realizarse de un día para otro, máxime que en dicha entrega habían de participar funcionarios de la Contraloría General de la Nación. Los días que se gastaron en la entrega definitiva, no lo fueron por culpa de la empresa a cuya dirección tenía que renunciar el ingeniero Suárez Rueda, sino exactamente, por la falta de claridad de las cuentas, de comprobantes, de las direcciones de los demás participantes en los gravísimos reatos contra Fagrasa. Hubo además en la demora de once días en recibirle sus cuentas al doctor Suárez Rueda, un caso de fuerza mayor, el cual es en que para esa fecha estaba la Contraloría General de la Nación formando e instruyendo el proceso penal en que está envuelto el hoy demandante Suárez Rueda. La Contraloría, en cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras y de instrucción criminal para delitos cometidos contra el Estado y contra los establecimientos en que tenga parte el Estado, pudo entorpecer la pronta entrega de lo que a Suárez se le había confiado.

"11) El hecho undécimo no lo niego pero me atengo a lo que se pruebe en juicio. Sobre lo que se pretende afirmar con ese hecho undécimo, o sea que Fagrasa demoró en recibir del Gerente saliente los documentos y valores que reposaban en poder de éste, para colegir de esa presunta demora el derecho de Suárez Rueda a que se le indemnice en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene asidero

legal ni moral alguno, puesto que nadie estaba más interesado en que Suárez se retirara definitivamente y entregara sus cuentas, que quienes habrían de reemplazarlo en las gerencias que ocupó, así como también se hallaban interesados los funcionarios de la Contraloría General de la República en que terminase prontamente la desgraciada gestión del doctor Suárez Rueda. Si hubo demora en recibirle al Gerente saliente, ello le es imputable exclusivamente a él y no es lícito que obtenga el provecho de la indemnización que pide por haber demorado él mismo la entrega de lo que se le había confiado.

"12) El hecho decimosegundo es cierto y me consta en cuanto a que Fagrasa hubo de consignar en el Banco Popular, a la orden del Juzgado del Circuito Laboral las prestaciones que Suárez Rueda no había querido recibir, por estar este señor enfrascado en reclamar de la entidad demandada que se le pagaran unos pasajes aéreos a las ciudades de Barranquilla y Cartagena y las cuentas de los gastos que el doctor Suárez Rueda y unos sindicados del delito de estafa contra Fagrasa afirman haber utilizado y gastado en la consecución en aquellas ciudades de los restantes por el timo que se hizo a la Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada".

La parte demandada se opuso a todas las pretensiones del actor y presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, demanda dirigida contra persona distinta de la obligada y pago.

El Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de diez de julio de mil novecientos setenta y uno, declaró que el contrato de trabajo había terminado el 20 de octubre de 1969; condenó a la demandada al pago de $ 5.980.04 por salarios insolutos, $ 11.824.15 por reajuste de prima de servicios, $ 543.64 diariamente desde el 21 de octubre de 1969 hasta que se cubran los salarios insolutos, como indemnización moratoria, y el 50% de las costas del juicio; declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió de las demás peticiones del libelo. Ambas partes apelaron de la providencia que puso fin a la primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de treinta de mayo de mil novecientos setenta y dos, modificó el fallo de primer grado en el sentido de fijar el nueve de octubre de mil novecientos sesenta y nueve como fecha de terminación del contrato, y declarar probada la excepción de pago en cuanto a los salarios de los primeros 9 días de octubre; revocó las condenaciones, para absolver, confirmó las absoluciones; y dispuso que las costas de la primera instancia fueran de cargo de la parte actora y que no se condenara en la de la segunda instancia. El apoderado de Carlos Suárez Rueda interpuso recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

Pretende el impugnador que se case totalmente la sentencia de segundo grado y que como tribunal de instancia se confirmen los puntos 1º y 3º de la providencia del juez, sobre declaración de que el contrato terminó el 20 de octubre de 1969, y que no fueron probadas las excepciones propuestas, que se revoque el punto 4º del fallo de primer grado sobre absolución de extremos restantes, y que se modifiquen los puntos 2º y 5º de la parte resolutiva de la providencia del a quo, para condenar a la demandada al pago de salarios insolutos correspondientes a los días comprendidos entre el 11 y el 20 de octubre de 1969, al reajuste de cesantía, prima de servicios y vacaciones, al pago de $ 7.006.85 como gastos de viaje, a la indemnización moratoria desde el 21 de octubre de 1969 hasta que se paguen los salarios, y subsidiariamente hasta el 22 de mayo del mismo año, y a las costas de las instancias.

El recurso está presentado en cuatro cargos que se estudiarán en el orden lógico y junto con el escrito de oposición.

Primer cargo.

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969 esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la falta de aplicación de los artículos 23, 27, 57 numeral 4º, 127, 142, 186, 189, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 249, 253, subrogado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, 306/ y 65/ del Código Sustantivo del Trabajo. Las normas del Decreto 2351 de 1965 fueron incorporadas como disposiciones permanentes por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo por infracción indirecta, a causa de no haber aplicado el ad quem dichas normas, siendo pertinente hacerlo al lapso de tiempo trabajado por el demandante al servicio de la demandada del 10 al 20 de octubre de 1969".

El impugnador señaló varias pruebas como indebidamente apreciadas y concretó algunos errores de hecho que en resumen, se refieren a que el actor trabajó no solamente hasta el 9 de octubre de 1969, sino hasta el 20 del mismo mes.

Después de transcribir los fundamentos que el sentenciador tuvo para concluir que el contrato había terminado el 9 de octubre de 1969 y no el 20 del mismo mes, el impugnador afirma que ni el hecho segundo de la demanda, ni el Acta número 011 de 9 de octubre de 1969, ni la segunda pregunta formulada en posiciones por el apoderado del demandante, contienen la conclusión del Tribunal en el sentido de que ese día 9 de octubre hubiese finalizado la labor del señor Suárez, o sea que por no contener dichas piezas el hecho de la terminación de labores en esa fecha, fueron pruebas mal apreciadas.

El censor considera mal apreciado el hecho décimo del libelo, porque en él no se afirma la terminación de los servicios en 9 de octubre de 1969, como también y por la misma razón, encuentra mal apreciadas las preguntas y respuestas de la posición 8ª.

El acusador asevera que en el Acta número 12 de 20 de octubre de 1969, se encuentra la prueba de que el actor trabajó hasta esa fecha.

En relación con el primer cargo observó el opositor:

"En primer lugar debo anotar:

"a) Las normas fueron aplicadas; y

"b) La infracción de la ley no puede basarse en cuestiones probatorias y, la falta de aplicación de la ley es, precisamente, su violación.

"En segundo término:

"a) El error debe ser manifiesto.

"En este caso no sólo no es manifiesto sino que no hay error;

"b) El recurrente cita 11 disposiciones como violadas por no aplicación, pero solamente explica lo relacionado con dos de ellas: el artículo 27 y el numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, y si se analiza lo dicho por él se ve que:

"—Durante el período reclamado no hubo trabajo y no hubo dependencia y, en consecuencia:

"—El patrono no está obligado a pagar.

"—Cita también:

"Artículo 23, pregunto ¿dónde la subordinación o dependencia en el período reclamado?

"—Los otros artículos serían consecuencia de una resolución favorable, pero no se habrían violado;

"c) Las pruebas que considera erróneamente apreciadas, fueron bien apreciadas por el Tribunal y es más, el Tribunal se olvidó de decir que durante los días en cuestión el demandante se encontraba en la Costa en compañía de deudores de la empresa. Además, es claro que la demanda no puede ser objeto de error de hecho.

"El argumento del recuente (sic) hace pensar que si nunca se hubiera firmado el acta visible a folio 32 hoy todavía sería empleado de Fagrasa, a pesar de haber renunciado, de que se le aceptó la renuncia, de que entregó oportunamente las llaves de las oficinas y de que se le pagaron sus salarios y prestaciones.

"Y, lo que es más grave: que si no hubiera devuelto lo que la Empresa le había confiado, tampoco habría terminado el contrato de trabajo".

Se observa:

Según el artículo 60 del Decreto 526 de 1964, la primera causal o motivo de casación laboral es la violación de la ley sustancial, que ocurre por los conceptos de infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida.

El artículo 90 del Código Procesal del Trabajo exige que se diga la causal o motivo de casación, que se indique el precepto legal de orden nacional y de carácter sustancial que se estime infringido, y que se exprese el concepto de la violación, o sea, que se indique por cuál de ellos, infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida, se quebrantó la ley.

La falta de aplicación de una norma puede ocurrir porque el fallador la ignore o porque se rebele contra ella, lo cual constituye una violación por el concepto de infracción directa, pero la falta de aplicación también puede darse porque a una situación determinada se aplique un precepto que no la regula y se deje de aplicar el que realmente rige esa situación, en cuyo caso existe aplicación indebida tanto de la norma aplicada como de la dejada de aplicar. Además, puede derivarse la falta de aplicación de una norma, de la aplicación indebida a través de errores de hecho o de derecho.

Como el acusador no expresó el concepto de la infracción sino que solamente habló de falta de aplicación de las normas, no se sabe si quiso acusar violación por infracción directa o por aplicación indebida.

Es conveniente advertir que al producirse una absolución no determina la falta de aplicación de la norma que consagra el derecho reclamado,

ya que puede haberse aplicado la regla para declarar no configurado el derecho, bien por ser un caso de excepción consagrado en el mismo precepto, o por tratarse de una situación de hecho real o indebidamente apreciada, que no permita el pronunciamiento solicitado, llegando a la absolución con aplicación de la ley.

A pesar de que el cargo está deficientemente formulado a la luz del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, ha de entenderse que se quiso formular una violación por aplicación indebida, pues se presentan algunos errores de hecho, que como violación indirecta no caben sino en el concepto de violación de la ley por aplicación indebida.

Se considera:

El ad quem encontró demostrados los hechos de la renuncia del señor Suárez y el nombramiento de su reemplazo el día 9 de octubre de 1969, con lo afirmado en el hecho segundo de la demanda y con el Acta número 011 de la misma fecha; supo que la dimisión había sido escrita según lo preguntado en la segunda de las posiciones formuladas al representante de la demandada; y dedujo que la renuncia había tenido efecto inmediato y que el reemplazo entró desde el 9 de octubre en funciones, por lo afirmado en el hecho octavo del libelo y en la pregunta 8ª de las posiciones pedidas al Gerente de la empresa. De los hechos anteriores concluyó que el señor Suárez no había trabajado entre el 9 y el 20 de octubre de 1969, fecha en que según el Acta número 012 se firmó la entrega de los elementos que el actor tenía a su cargo.

Es verdad que ni en los hechos 2º y 8º de la demanda, ni en el Acta número 011, ni en las preguntas 2ª y 8ª del pliego de posiciones presentado por el apoderado del demandante, se dejó constancia expresa y directa de la falta de trabajo del señor Suárez después del 9 de octubre de 1969. También es cierto que ninguno de esos documentos contiene constancia expresa y directa de que el señor Suárez hubiese prestado servicios a la demandada desde el 9 hasta el 20 de octubre de 1969. De las pruebas mencionadas resulta directamente que el demandante renunció en 9 de octubre del dicho año, que le fue aceptada la dimisión en el mismo día y que ella fue escrita, hechos que no desconoce el recurrente. Para el ad quem, también establecen dichas probanzas que el efecto de la renuncia y de su aceptación fue inmediato y que el nuevo gerente entró el mismo día en funciones. Para tales conclusiones se apoya el sentenciador en que el señor Suárez entregó desde el nueve las llaves y los libros, y que en las preguntas de las posiciones se admite que el señor Chaves ejerció las funciones de gerente desde el día nueve de octubre. Estas inferencias son perfectamente lógicas y no constituyen indebida apreciación de las pruebas.

El recurrente pretende que por haberse hecho el acta de entrega definitiva de los títulos y correspondencia de la demandada, el día 20 de octubre de 1969, está demostrado que el señor Suárez trabajó hasta esa época.

Habiéndose hecho entrega de las llaves al nuevo gerente y habiendo éste empezado desde entonces a representar a la empresa, es lógico deducir que el trabajo de Suárez terminó desde la fecha mencionada y que la entrega de otros bienes de la compañía el 20 del mismo mes, no hace necesario el trabajo entre las dos fechas.

Lo anterior quiere decir que la apreciación probatoria del sentenciador no fue equivocada, pues no condujo a error de hecho evidente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Dice el atacante:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del C. P. T. modificada por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y el artículo 7º de la Ley 15 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la falta de aplicación de los artículos 27, 28, 55, 56, 57, ordinales 1º, 2º, 127 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo. Dicha violación se produjo por infracción indirecta, a causa de no haber aplicado el ad quem dichas normas, siendo pertinente hacerlo.

"En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, ocasionados por la falta de apreciación de algunas pruebas y por la apreciación errónea de otras que a continuación singulariza, todas las cuales permiten fundar este cargo en casación, según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969".

El impugnador señaló como pruebas mal apreciadas, las cuentas de cobro presentadas y los comprobantes de transporte, alojamiento y otros gastos; como pruebas dejadas de apreciar, fueron indicadas las cartas tanto del actor como del gerente de la demandada, y las posiciones absueltas por el señor Chaves.

Se presentaron como errores de hecho, el dar por demostrado que el demandante debía recibir autorización para efectuar viajes en ejercicio de sus funciones de gerente, el admitir que el de-

mandante no estaba facultado para hacerse acompañar en sus viajes, de las personas que según su criterio, debían colaborarle en el ejercicio de sus funciones, y el considerar que el actor carece de derecho a que se le reembolsen los gastos de viaje que efectuó en compañía de otras personas, en desarrollo de sus actividades, por la razón de no haber quedado individualizados los gastos personales del doctor Suárez Rueda y los de sus acompañantes.

El recurrente afirma que en el proceso se estableció el monto de los gastos hechos en los dos últimos viajes a la Costa Atlántica, según los comprobantes presentados; que esos gastos fueron hechos por Suárez, en ejercicio de las funciones de gerente, como también que tales viajes tuvieron resultados positivos para la recaudación de deudas; que la demandada siempre reconoció al gerente y a sus ejecutivos los gastos de viaje, hospedaje y alimentación; y que según se estableció en la inspección ocular, el gerente hizo múltiples viajes sin autorización de la Junta.

Alega el censor que es al gerente a quien corresponde señalar las personas que deben asesorarle para el correcto ejercicio de sus funciones, que los gastos de los días 10, 11 y 12 de octubre eran hechos por quien todavía prestaba servicios como gerente, y que respecto a sus acompañantes en la Costa no se ha demostrado ninguna falta ni se han establecido las afirmaciones relativas a su morosidad en los pagos a la demandada.

El opositor dijo respecto a este cargo:

"En el mismo, dirigido a que se le paguen los viajes a la Costa Atlántica; pero no sólo sus gastos. Pretende también que se le paguen los gastos de hotel, restaurante y bar de los deudores de Fagrasa, señores Biswel y Namen.

"Este cargo encierra un grave problema de ética que prefiero no comentar".

Se observa:

Este cargo adolece de los mismos defectos técnicos anotados al primero, pues tampoco señala correctamente el concepto de la violación, ya que solamente habla de la falta de aplicación por haber absuelto el ad quem. Se estudiará el cargo por una interpretación semejante a la que se hizo respecto al primer cargo.

Se considera:

Ninguna de las pruebas señaladas por el recurrente como mal apreciadas o como dejadas de apreciar, contiene la facultad del gerente para efectuar viajes sin autorización alguna, pues ni las cartas de cobro, ni los comprobantes de gastos, ni las notas de rechazo a los cobros, se refieren a tal autorización o a la falta de ella. El censor pretende que en las posiciones absueltas por el señor Chaves se establece esa circunstancia, pero en la respuesta a la posición duodécima, es muy claro el absolvente cuando dice: "... A todos los funcionarios que con autorización de la Junta Directiva y en ejercicio de sus funciones viajen por cuenta de las empresas, se les reconocen los gastos de acuerdo a las normas para ello establecidas por la Contraloría General de la República".

Luego no se demostró que el gerente pudiera hacer viajes sin autorización de la junta, o sea, no se probó que existiera el primer error de hecho y menos en forma evidente.

Alega el impugnador que el gerente por su propio cargo tiene la facultad de señalar las personas que deben asesorarle en sus funciones. Esta afirmación que podría admitirse en cuanto se refiere a personal de la empresa, no es clara en lo que hace a extraños y menos a deudores de la demandada, como se estableció en el Acta número 011, por lo cual no resulta demostrado el segundo de los errores propuestos ya que el sentenciador entendió correctamente que la empresa no corría con los gastos de extraños.

El tercer error propuesto no es una cuestión de hecho sino propiamente jurídica, pues se contrae a que si el demandante tiene o no derecho a cobrar cuentas conjuntas o individualizadas. Además, el Tribunal dijo: "... Respecto a los gastos de hotel que son los generalmente reconocidos por la ley a favor del trabajador y que implican su cómputo como parte del salario, no se determinó o individualizó en las dos cuentas y en sus respectivos comprobantes lo que por tal concepto correspondía al actor".

No es que se exija la condición de individualizar, sino que se pide la prueba de lo que al actor corresponda, ya que no podría cobrar lo relativo a otros. Por lo demás, para demostrar ese error, sería necesario establecer que la compañía estaba obligada a pagar los gastos de terceros, lo cual no se hizo, de donde resulta no probado como evidente el tercer error propuesto.

La tesis de que el viaje de los días 10, 11 y 12 de octubre estaba dentro del servicio del actor como gerente, quedó sin fundamento al no haber prosperado el primer cargo que trataba precisamente del trabajo en tales días.

No prospera el segundo cargo.

Cuarto cargo.

Se examina esta acusación antes que la tercera, porque refiriéndose a la misma norma, la cuarta es directa.

El ataque está concebido de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del C. P. T. modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual se produjo por interpretación errónea del citado precepto legal en concordancia con el artículo 768 del Código Civil".

El recurrente manifiesta que no discute las conclusiones de la sentencia sobre las cuestiones de hecho, pero que el sentenciador hizo una exégesis equivocada del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con apoyo en una jurisprudencia que no respalda la tesis del ad quem.

El censor advierte que la norma ordena perentoriamente que se paguen a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos, advirtiendo que si no hubiere acuerdo sobre el monto o el trabajador se negare a recibir, se debe consignar el valor de las acreencias; pero que el precepto en manera alguna autoriza para que el patrono espere que se suscite la controversia, ni consagra lo que entiende el sentenciador, que si el trabajador no reclama no se produce mora, ni hay desacuerdo ni existe el deber de consignar.

También reclama el atacante contra el entendimiento del Tribunal en el sentido de que basta la consignación para suspender la mora, aunque no se pongan a disposición del trabajador los valores depositados.

Termina el recurrente con algunas consideraciones sobre la buena fe que según él, la jurisprudencia ha predicado en los casos de discusión del contrato de trabajo o de la prestación reclamada, pero nunca en el caso de una obligación no discutida, ya que su no pago oportuno engendra precisamente la mora a partir de la terminación del contrato.

Se considera:

Parte el sentenciador de la base de que el trabajador no reclamó los salarios correspondientes a los 9 primeros días del mes de octubre del año de 1969, para eximir al patrono de la indemnización por no pago de esos salarios. Pero realmente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al consagrar la obligación patronal de pagar a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos, no permite entender que se hayan de reclamar las obligaciones para que se produzca la mora, o sea, no establece el sistema civil del requerimiento, porque en el precepto 65 se habla del pago de los salarios y prestaciones debidos y no de los reclamados, y porque la misma norma al tratar de desacuerdo o negativa del trabajador a recibir, indica que es el patrono quien ha de tomar la iniciativa para solucionar la obligación. Es erróneo pensar, como lo hizo el Tribunal, que la mora, no se produce mientras el trabajador no reclame, porque el correcto entendimiento del precepto es el de que los salarios y prestaciones debidos, han de pagarse a la terminación del contrato sin que sea necesario que el trabajador los reclame.

Repetidas veces ha dicho esta Sala que en orden a exonerar al patrono de las obligaciones impuestas por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta el simple depósito en los bancos o institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere efectuar la entrega del título del depósito al funcionario competente. Luego es equivocado el entendimiento del Tribunal en cuanto consideró que era correcto guardar el título desde diciembre hasta mayo del año siguiente, porque con tal proceder no se cumplen las obligaciones de la norma citada.

Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora. La cuestión de la buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en ese precepto, se refiere precisamente al caso de no pago por considerar que no existe la obligación, y presentar razones que expliquen esa consideración equivocada, y demuestren que el pago se dejó de hacer por esa misma razón. Pero cuando simplemente se deja de pagar por algún tiempo y luego se alega que no se pagó porque no hubo reclamo, se está alegando un motivo contrario a la misma ley, por lo cual él no es atendible, y cualquier consideración sobre buena fe en tal caso, es una interpretación errónea de la norma.

Por lo expuesto, prospera el cargo.

Consideraciones de instancia.

El actor solicitó el pago del salario de los 9 primeros días del mes de octubre de 1969. La demandada demostró que el día 22 de mayo de 1970 puso a disposición del trabajador el valor de esos salarios, según las diligencias de consignación cuyas copias aparecen en los folios 107 a 109. La única razón alegada para demorar la solución de la deuda fue la de que el trabajador no había

reclamado esos salarios, lo cual no es razón atendible, pues el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ordena pagar los salarios y prestaciones debidos, en el momento de la terminación del contrato, sin que sea necesaria reclamación alguna. La indemnización por falta de pago consagrada en la misma norma, es de un día de salario por cada día de mora. Desde el 9 de octubre de 1969, fecha de la terminación del contrato hasta el 22 de mayo de 1970, fecha en que se entregó el título de consignación, transcurrieron 225 días de mora que producen una indemnización por falta de pago equivalente a $ 45.000, por haber sido el salario de $ 6.000 mensuales según el hecho 6º de la demanda y la contestación al mismo. Por lo tanto, ha de modificarse el fallo del a quo, para limitar la indemnización a esa suma.

Habiendo prosperado el cargo cuarto, no es necesario estudiar el tercero que busca la misma pretensión.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de treinta de mayo de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Carlos Suárez Rueda contra Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada, en cuanto dicha providencia revocó la condenación por indemnización moratoria y absolvió por tal extremo, y en su lugar, obrando como tribunal de instancia, *modifica* el aparte b) del numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de primer grado, para *condenar* a Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada a pagar a Carlos Suárez Rueda, la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos ($ 45.000) por concepto de indemnización por mora. *No la casa en lo demás.*

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BONIFICACION VOLUNTARIA

El Código Sustantivo del Trabajo, según lo preceptúa el artículo 13, contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que no puede ser afectado o desconocido en forma alguna. — Pero sobre ese mínimo pueden los trabajadores obtener derechos y prestaciones en cuantía superior a la legal, o diferentes de los mismos, entre otros medios por concesión voluntaria del patrono, como que el derecho del trabajo es un derecho dinámico cuya finalidad inmediata es lograr el mejoramiento constante de la clase trabajadora.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., primero de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.).

Sección segunda. — Acta número 3.

Gabriel Arango demandó a *Comestibles La Rosa S. A. y Distribuidora Grace y Compañía (Colombia) S. A. o Grace y Compañía (Colombia) S. A.*, sociedades domiciliadas en Pereira y Bogotá, en su orden, y sucursal en Medellín, para que previos los trámites de un juicio ordinario se las condenara en forma solidaria a pagarle las sumas de dinero que se probaren dentro del juicio por los siguientes conceptos: salarios por descanso en días domingos y festivos, nacionales y religiosos; reajuste de cesantía, de primas de servicios, de vacaciones y de indemnización por despido injusto; indemnización por mora en el pago de salarios y de los reajustes anteriores; comisiones pendientes, y las costas del juicio. También pidió que si no se probaba la solidaridad entre las sociedades demandadas, las condenas debían hacerse por separado contra una u otra de las mismas.

Según los hechos de la demanda Gabriel Arango trabajó al servicio de las sociedades demandadas, vinculado por contrato de trabajo, desde el 10 de mayo de 1960 hasta el 23 de noviembre de 1970, como agente vendedor en la ciudad de Medellín; devengó en promedio un salario mensual de $ 6.700.16 aproximadamente, correspondiente al 3.1% sobre los cobros de las ventas que efectuaba; laboró todos los días hábiles de la semana, de lunes a sábado, y en jornada superior a las 8 horas diarias y a las cuarenta y ocho semanales, pero sólo se le remuneraba de conformidad con el trabajo ejecutado en los días hábiles, sin que se le pagara salario por descanso en días domingos y festivos; el día 23 de noviembre de 1970 fue despedido injustamente, habiéndole pagado las sociedades demandadas la indemnización respectiva, pero en forma recortada, por cuanto no tuvieron en cuenta el salario por descanso en días domingos y festivos, y haciéndole figurar como bonificación; al hacerle la liquidación final de cesantía, primas de servicio y vacaciones, tampoco tuvieron en cuenta dicho factor de salario, adeudándole los reajustes de rigor; también le adeudaban la cantidad de $ 8.085 aproximadamente por concepto de comisiones por ventas realizadas en los días que precedieron al despido; por la mora en el pago de los salarios y el reajuste de las prestaciones, las sociedades incurrieron en la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El Gerente de Comestibles La Rosa S. A. contestó la demanda y negó los hechos de la misma; propuso las excepciones de pago; ilegitimidad parcial de la personería de la parte demandada, porque no afirma ni niega la existencia o inexistencia de Distribuciones Grace y Compañía (Colombia) S. A., y la de prescripción. Fundó su defensa en los siguientes hechos: el demandante formalizó contrato de trabajo el 24 de agosto de 1962 con Grace y Compañía (Colombia) S. A., sustituida después por Comestibles La Rosa S. A., con un salario mensual de doscientos pesos

($ 200); el 28 de noviembre de 1967 Gabriel Arango aceptó el cambio de la remuneración fija original por una comisión mensual sobre cobros de ventas hechas en la zona que se le designara, la cual ascendía a un 3.1%; el 23 de noviembre de 1970 el demandante dirigió al Gerente de Comestibles La Rosa S. A. una carta de renuncia, que fue aceptada de hecho, y se procedió a liquidarle y pagarle las prestaciones a que tenía derecho, agregando la suma de $ 63.000 como "bonificación voluntaria", por vía de magnanimidad y en atención al largo tiempo servido a las compañías sustituidora y sustituta; también se le hicieron varios anticipos de cesantía con los debidos permisos de las autoridades competentes; el demandante no trabajó en los días de fiesta ni en horas extras y como se trataba de un sueldo mensual, en ese sueldo variable, porcentaje sobre cobros, quedaba obviamente incluido el pago de los descansos en los días festivos.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Medellín, decidió el litigio mediante sentencia dictada el catorce de abril de mil novecientos setenta y dos, en la cual condenó a Comestibles La Rosa S. A. y Distribuciones Grace y Compañía (Colombia) S. A. a pagar al demandante Gabriel Arango la suma de cuarenta y seis mil ciento diez y seis pesos con 77/100 ($ 46.116.77) por descansos obligatorios en domingos y festivos; absolvió a las demandadas de los demás cargos formulados en la demanda e hizo a cargo de las mismas las costas en un 70%.

Apelaron los apoderados de ambas partes. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* desató el recurso en sentencia de veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos, cuya parte resolutiva dispuso: "1º Condénase en forma solidaria a Grace y Compañía (Colombia) S. A. y Comestibles La Rosa S. A. a pagar al señor Gabriel Arango O. las sumas de treinta y dos mil ochocientos ochenta y nueve pesos con cincuenta y tres centavos ($ 32.889.53), como salario por el descanso remunerado en domingos y festivos civiles y religiosos; y nueve mil novecientos diez y siete pesos con cincuenta y dos centavos ($ 9.917.52), por excedente de cesantía. 2º Condénase a Comestibles La Rosa S. A. a pagar al señor Gabriel Arango Osorio las sumas de trece mil doscientos veintisiete pesos con veinticuatro centavos ($ 13.227.24), como salario por descanso remunerado en domingos y festivos; un mil doscientos setenta pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 1.270.64) por excedente de cesantía; dos mil seiscientos catorce pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 2.614.48), por reajuste de vacaciones y un mil doscientos ochenta y cuatro pesos con treinta y ocho centavos ($ 1.284.38), por reajuste de primas de servicio. Las costas las fijó en un 85% para las demandadas".

El apoderado de Comestibles La Rosa S. A. interpuso el recurso de casación, el que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de oposición presentado por el apoderado de Gabriel Arango.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "Solicito a la honorable Corte se sirva infirmar el fallo recurrido, en cuanto condenó a la sociedad Comestibles La Rosa S. A., a pago de descansos remunerados en domingos y festivos civiles y religiosos, excedente de cesantía, reajuste de vacaciones y reajuste de primas de servicios y convertida esa honorable corporación en tribunal de instancia debe absolver a mi representada de todas las condenas enumeradas y confirmar la sentencia del Tribunal en los puntos en que absolvió a la sociedad demandada".

Con fundamento en la causal primera de casación formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden:

Primer cargo. "La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida los artículos 176, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que aplicó no debiendo hacerlo y violación que se produjo a causas de errores evidentes de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas".

Los errores de hecho los hace consistir: a) Dar por probado sin estarlo que el trabajador laboró todos los días de la semana, y b) No dar por probado estándolo que correspondía a la parte actora la prueba de que el trabajador hubiera laborado durante todos los días de semana.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala la inspección ocular que obra a folios 57 a 121 y que comprende el dictamen pericial que se encuentra de los folios 70 a 121.

El impugnador hace un análisis de estas pruebas para llegar a la conclusión de que por haber sido erróneamente apreciadas el Tribunal Superior llegó a los errores de hecho anotados.

Para el opositor tanto en este cargo como en los posteriores la proposición jurídica es incompleta por no haberse señalado como violadas las normas que consagran el derecho al descanso do-

minical remunerado, además de que se indica como apreciada erróneamente la prueba pericial, contra lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Agrega que los errores de hecho notorios no se han producido.

Se considera:

"El fallador de segunda instancia condenó a las sociedades demandadas a pagar a Gabriel Arango el valor de los descansos en domingos y festivos y consecuencialmente condenó al pago de los reajustes de la indemnización por despido injusto, cesantía, primas de servicios y vacaciones, pues al computar en el salario base para liquidar las prestaciones lo que se adeudaba por descansos, la cuantía de dicho salario aumentó, por lo cual se obtuvo un mayor valor de las prestaciones e indemnizaciones.

El recurrente en el alcance de la impugnación pide en primer término que se case la sentencia recurrida en cuanto condenó al pago de los descansos en domingos y festivos. Sin embargo, como lo anota el opositor, omitió señalar como violadas las normas sustanciales que consagran el derecho a la remuneración de dichos descansos, pues como tal no puede tenerse el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, que apenas indica cómo debe computarse el salario para efectos de la remuneración del descanso dominical cuando no se trata de salario fijo, sino variable. En este aspecto la proposición jurídica es incompleta y el cargo debe desestimarse.

Respecto a los reajustes de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, cesantía, vacaciones y prima de servicios, el casacionista acusa la violación de las normas sustanciales que consagran los respectivos derechos. Pero como dicho reajuste depende del reconocimiento que hizo el Tribunal Superior del derecho del demandante a la remuneración en los descansos dominicales y días festivos, al no poderse estudiar la censura a esa decisión, quedaría en firme el soporte en que se basa la condena por tales reajustes, por lo cual es también inoficioso estudiar la acusación por ese otro aspecto.

Ya la Sala de Casación Laboral, en negocio en el cual aparecen también como demandadas Comestibles La Rosa S. A. y Grace y Compañía (Colombia) S. A., siendo demandante Francisco Gonzalo Vélez, se pronunció en forma similar en sentencia de seis de diciembre de mil novecientos setenta y dos, cuando dijo:

"Observa la Corte que el casacionista parte de la base fundamental de que la sentencia acusada reconoció el valor de los salarios correspondientes a descanso por dominicales y festivos al actor del juicio, y como consecuencia de ese reconocimiento efectuó el reajuste de: cesantía e indemnización por despido o terminación unilateral del contrato de trabajo. Es decir, que para esa condenación el ad quem necesariamente tuvo en cuenta, aun cuando no las cite, aquellas disposiciones sustanciales que tutelan el derecho a remuneración por descanso en dominicales y festivos y reclamada por el demandante, y por tanto, como la quiebra de la sentencia acusada estriba en la aplicación indebida de las disposiciones sustanciales que llevaron al juzgador de segundo grado a esa conclusión, faltó al casacionista invocar esos preceptos como violados, de donde su proposición jurídica resulta evidentemente incompleta, de facto éste de tanta gravedad que enerva el examen a fondo de los cargos mencionados por cuanto es jurisprudencia bien conocida la de que: 'la norma legal de carácter sustantivo que se considera violada debe señalarse con absoluta precisión; y si el supuesto específico de hecho configurado en la demanda emana, con sus consecuencias jurídicas, de un completo de normas, y no de una sola, el cargo no estará bien presentado si no se lo formula mediante una proposición jurídica completa' ".

El cargo en consecuencia no prospera.

Segundo cargo.

"La sentencia acusada viola indirectamente por aplicación indebida los artículos 176, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y como consecuencia de ello dejó de aplicar el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo a causa de errores evidentes de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y no apreciación de otras".

Los errores de hecho los hace consistir en: a) Dar por demostrado sin estarlo que las sociedades demandadas y especialmente Comestibles La Rosa S. A. adeuden al demandante suma alguna por descansos dominicales y festivos, y b) No dar por demostrado estándolo que la sociedad demandada canceló dentro de la remuneración pagada al demandante el valor de los descansos dominicales y festivos.

Como pruebas erróneamente apreciadas indica el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad Grace y Compañía (Colombia) S. A. el día 24 de agosto de 1962, en su cláusula segunda, y la inspección judicial y su

correspondiente dictamen pericial que obra de folios 70 a 121 del expediente; como no apreciadas, el finiquito definitivo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones suscrito por Arango el 26 de noviembre de 1970 a favor de Comestibles La Rosa S. A. y que obra de folios 28 a 30, y las posiciones absueltas por el demandante, que obran a folios 60 y 63 del expediente, especialmente la pregunta 8.

Analiza el impugnador las pruebas que estima erróneamente apreciadas o no apreciadas y termina la sustentación del cargo así: "La apreciación correcta de las pruebas singularizadas en el primer párrafo y la apreciación de las pruebas señaladas en el último párrafo hubieran llevado al Tribunal al convencimiento de que la sociedad demandada pagó al demandante todos y cada uno de los descansos dominicales y festivos en la forma señalada por la ley y por tanto no hubiere incurrido el juzgador en los errores evidentes de hecho puntualizados en esta demanda, que lo llevaron a dar aplicación indebida a los artículos 176, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo dejando de aplicar cuando debía hacerlo el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

El error de técnica a que se hizo referencia en el cargo primero se observa también en el que se estudia, por cuanto al no señalarse como violadas las normas que consagran el derecho del trabajador al descanso remunerado en domingos y días de fiesta, la proposición jurídica resulta incompleta a pesar de que incluya, además de las normas relacionadas en la primera acusación, el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta disposición se limita a señalar la cuantía de la remuneración y a establecer que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado, sin que consagre la respectiva obligación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Tercer cargo.

"La sentencia impugnada viola indirectamente por aplicación indebida de los artículos 176, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. En relación con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 1626 y 1654 del Código Civil Colombiano normas estas últimas que dejó de aplicar debiendo hacerlo, violación que se produjo a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos y como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y no apreciación de otras".

El recurrente señala como errores de hecho del Tribunal Superior, a) No dar por probado estándolo que la sociedad demandada pagó al demandante la suma de $ 63.000 sin que éste tuviera derecho o causa jurídica para dicho pago, pudiéndose impetrar (sic) el pago de dicha suma a las condenas proferidas por el Tribunal Superior y b) Dar por probado sin estarlo que la suma de $ 63.000 pagada por la sociedad demandada al demandante constituía una mera liberalidad y que dicho pago no debe aplicarse a las condenas proferidas por el Tribunal Superior.

Como prueba erróneamente apreciada indica la liquidación final de prestaciones sociales que obra a folios 28 a 30 del expediente; como pruebas no apreciadas enumera la inspección judicial y su correspondiente dictamen pericial y las posiciones absueltas por el demandante a solicitud de la parte demandada, especialmente la pregunta 10.

El casacionista sustenta la acusación en los siguientes términos: "Si el Tribunal hubiera apreciado la documental consistente en la liquidación de prestaciones sociales de acuerdo a su tenor literal hubiera encontrado que el señor Gabriel Arango, recibió sin ninguna causa jurídica la suma de $ 63.000 y si hubiera apreciado el dictamen pericial especialmente en el comprobante de caja que aparece a folio 64 del expediente habría encontrado que Comestibles La Rosa S. A. canceló a Gabriel Arango la suma de $ 63.000 en exceso sobre el auxilio de cesantía, salarios, comisiones, vacaciones que le corresponden de acuerdo a la ley laboral vigente, hecho que fue omitido (sic) plenamente por el señor Gabriel Arango al absolver la pregunta 10 del pliego de posiciones propuesto por el apoderado de la parte demandante prueba cuyo análisis omitió el Tribunal".

"La errónea interpretación de la documental de folios 28, 29 y 30 y omisión en la apreciación de la inspección judicial y su respectivo dictamen pericial así como de las posiciones absueltas por el demandante llevaron al Tribunal al error evidente de hecho de considerar que la suma de $ 63.000 no constituía pago de los descansos dominicales y festivos, del auxilio de cesantía, de las vacaciones y de las primas de servicio del señor Arango, por haber sido entregadas por mera liberalidad de la demandada, pero en realidad el finiquito suscrito por Gabriel Arango

en la liquidación de prestaciones sociales que se puede ver a folio 30 indica que el pago contenido en este documento Comestibles La Rosa S. A. se encuentra a paz y salvo conmigo por concepto de prestaciones sociales en especial de cesantía, indemnizaciones legales y laborales, así como sueldos, primas, vacaciones y salarios, lo que está indicando claramente que la suma de $ 63.000 recibida por el señor Arango dentro de esa liquidación final constituye un pago de prestaciones sociales por salarios que debían impetrarse (sic) a los posibles derechos que resultaren acreditados en el proceso pues su pago carecía de causa jurídica y así lo aceptó el señor Arango plenamente en su confesión de folio 62 prueba no apreciada por el Tribunal. Este error evidente de hecho de no dar por aceptado como pago de los derechos que resultaren probados como pago a favor de Gabriel Arango, la suma de $ 63.000 recibida en su liquidación final de prestaciones sociales, indujo al Tribunal a no dar por probada la excepción de pago y a condenar a la sociedad demandada al pago de descansos dominicales y festivos, reajuste de cesantía, reajuste de prima de servicios, factores que ya se encontraban cancelados por la sociedad Comestibles La Rosa S. A. mediante la entrega a Gabriel Arango de la suma de $ 63.000''.

Se considera:

Este cargo, como los dos anteriores, omite señalar como violadas las normas que consagran el derecho al descanso remunerado en domingos y días de fiesta. Sin embargo, como en él no se discute la obligación del patrono de remunerar dichos descansos, sino que se afirma que la suma de sesenta y tres mil pesos ($ 63.000) recibida por el demandante no constituía una mera liberalidad y que dicho pago debe aplicarse a las condenas proferidas por el Tribunal Superior, entre las cuales se encuentran las referentes al reajuste del auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios, cuyas normas consagratorias fueron citadas como infringidas, se estudiará el cargo por estar completa la proposición jurídica en este aspecto.

En el fallo acusado, en relación con los sesenta y tres mil pesos ($ 63.000) adicionales recibidos por el trabajador demandante, el Tribunal Superior se expresó en relación con la posibilidad de imputar dicho pago al de las condenas proferidas, en la siguiente forma: '' en la liquidación final hecha al demandante, folios 7 a 9, además de lo que estimaba deberle por cesantía, vacaciones, prima legal y comisiones de los últimos días de servicio, se le reconoció y pagó la suma de $ 63.000, por concepto de 'valor bonificación voluntaria', según lo consigna el documento. En la audiencia ante la Sala el señor apoderado de la parte demandada después de referirse a los cargos del libelo, a cuya prosperidad se opuso, agregó que 'en subsidio y en la hipótesis de que le resultare alguno, favorable al actor, es de justicia reconocer la excepción compensatoria, hasta concurrencia, de la 'bonificación' mencionada...'. En el escrito de respuesta había indicado la compañía demandada que la bonificación fue cubierta 'por vía de magnanimidad y en atención al largo tiempo de servicios a la compañía sustituidora y sustituta...'. El Código Sustantivo del Trabajo, según lo preceptúa el artículo 13, contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que no puede ser afectado o desconocido en forma alguna. Pero sobre ese mínimo pueden los trabajadores obtener derechos y prestaciones en cuantía superior a la legal, o diferentes de los mismos, entre otros medios por concesión voluntaria del patrono, como que el derecho del trabajo es un derecho dinámico, cuya finalidad inmediata es lograr el mejoramiento constante de la clase trabajadora. En esta forma, los reconocimientos extralegales hechos por el patrono, por razón de los servicios prestados por el trabajador, tienen un motivo que los explica y justifica, previsto en la ley. En el caso concreto que se decide, la llamada 'bonificación voluntaria' fue cubierta 'en atención al largo tiempo de servicios a la compañía sustituidora y sustituta', es decir, tenía el carácter de prima de antigüedad, por el largo servicio prestado en condiciones de eficiencia, o sea que tenía una destinación específica y una causa dentro de los principios del derecho del trabajo, y por ello, porque no es un pago por error o indebido, no puede imputarse a alguno otro de los derechos mínimos que según la ley corresponden al demandante y que le han sido reconocidos en este fallo''.

De lo transcrito se observa que el ad quem estimó que la bonificación voluntaria fue cubierta en atención al largo tiempo de servicios a las sociedades demandadas o sea que tenía el carácter de prima de antigüedad. Este soporte del fallo se apoya en prueba del proceso no censurado y que es fundamental por cuanto el Tribunal da por demostrado que existió una causa para el pago de los $ 63.000, no ha sido atacado por el recurrente. Mientras subsista, no puede llegarse a la conclusión de que se incurrió en el error evidente de hecho de no dar por probado que la de-

mandada pagó al demandante una suma de dinero sin que éste tuviera derecho o causa jurídica para dicho pago, como lo afirma el impugnador.

Por otra parte, de la liquidación de prestaciones sociales no se deduce con evidencia que la suma de $ 63.000 constituía un pago por concepto de descansos dominicales y festivos, auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicio, porque en el respectivo documento, folio 30, la partida correspondiente se denominó como "valor bonificación voluntaria". La manifestación que hace el demandante al firmar dicha liquidación de que Comestibles La Rosa S. A. se encontraba a paz y salvo con él "por concepto de prestaciones sociales, en especial de cesantía, indemnizaciones legales y laborales, así como sueldos, primas, vacaciones y salarios en general", no indica con claridad que los $ 63.000 que aparecen como bonificación voluntaria constituya un pago de prestaciones sociales y salarios, pues si se dio como bonificación no puede imputarse, salvo convenio claro y expreso, a un saldo pendiente por prestaciones sociales y salarios. Lo mismo debe decirse de la absolución de posiciones, en las cuales el demandante reconoció que había recibido sesenta y tres mil quinientos pesos como saldo de prestaciones y aclaró que la empresa demandada no estaba a paz y salvo con él por todo concepto, porque no le liquidaba ni pagaba los festivos y dominicales, factor de salario que incidió en el mayor valor de las prestaciones sociales que el Tribunal Superior liquidó con base en el correspondiente salario aumentado.

Por último, la afirmación del Tribunal Superior de que los $ 63.000 recibidos por el demandante constituían bonificación voluntaria, tiene respaldo tanto en el documento de liquidación a que se ha hecho referencia como en la contestación a la demanda, en que se afirmó que Comestibles La Rosa S. A. "procedió a liquidar y pagar al demandante, señor Arango Osorio, las prestaciones sociales a que tenía derecho, agregando a dicha liquidación, por vía de magnanimidad y en atención al largo tiempo de servicios a la compañía sustituida y sustituta, nada menos que la suma de sesenta y tres mil pesos ($ 63.000) que aquella llamó, como en realidad es, 'bonificación voluntaria' ". Ante la segunda de las pruebas, cuya apreciación no ha sido censurada, bien podía concluir el Tribunal Superior como lo hizo, si de las otras pruebas a que se refiere el recurrente no surgía con claridad una conclusión diferente.

En relación con la inspección ocular, dicha prueba no se practicó. Al no aparecer con evidencia el error de hecho de la apreciación o inapreciación de las pruebas a que se refiere el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y que fueron analizadas, es inoficioso examinar la acusación en relación con el dictamen pericial.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

De acuerdo con el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, "sólo habría 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 permitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

En el caso en estudio el casacionista no plantea ninguno de los eventos contemplados en la norma transcrita, pues el error de derecho lo hace derivar de la falta de formalidades legales en la aducción de una prueba, que no constituye tal en materia laboral. Y como además ninguna de las normas citadas como violadas exige determinada solemnidad para dar por existente los hechos a que se refiere el casacionista como son la remuneración semana por semana y el promedio diario semanal, la Corte no puede estudiar la acusación. Si el Tribunal Superior apreció la prueba judicial sin que ésta hubiese sido decretada en forma legal o no fuese conducente para probar determinados hechos, la vía para acusar la sentencia sería diferente a la planteada por el impugnador.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida dictada el veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION CONCEDIDA EN VIRTUD DE CONVENCION O PACTO CONCILIATORIO.

De acuerdo con el acta de conciliación y el documento firmado por el demandante, se le concedió la pensión a que tenía derecho, no pudiendo en consecuencia prosperar la petición sobre reconocimiento y pago de la pensión plena, en virtud del efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a la conciliación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero siete (7) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 4.

El presente fallo decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la *Compañía Frutera de Sevilla* contra la sentencia de 28 de enero de 1972, pronunciada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta,* en el juicio seguido por *Antonio López Bohórquez* contra la entidad recurrente.

Antecedentes.

Por medio de apoderado, Antonio López Bohórquez demandó a la "Compañía Frutera de Sevilla" sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, debidamente legalizada en Colombia con negocios permanentes y sede en Santa Marta, representada por el doctor Carlos Gómez Dávila, o por quien lleve su personería al momento de la notificación de la demanda, para que mediante el procedimiento ordinario de primera instancia y por sentencia definitiva fuera condenada a pagarle el valor correspondiente a pensión plena de jubilación por veinte años de servicio, más los reajustes legales, a partir de la fecha desde la cual se le está pagando la que actualmente disfruta, computada sobre tiempo menor de trabajo; o en subsidio, el valor de la indemnización por retiro injusto conforme a los términos del literal d) del numeral 4º, artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y las costas del juicio en caso de oposición.

Como hechos de las anteriores pretensiones expuso el representante judicial del demandante los siguientes:

1º Que López Bohórquez está disfrutando de una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 585.91, que le paga la Frutera de Sevilla desde enero de 1966, "con fundamento en las exigencias legales y por un tiempo de servicio, como bracero del muelle de Santa Marta comprendido desde el 17 de junio de 1948 hasta el año de 1965, inclusive".

2º Que el actor trabajó también al servicio de la empresa demandada todo el tiempo comprendido entre los años de 1946 y 1948, inclusive.

3º Que el demandante prestó servicios también como bracero del muelle de Santa Marta, al servicio de las empresas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company, "todo el tiempo comprendido entre los años de 1924 y 1946".

4º Que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se vincularon en forma sucesiva a "una misma unidad en sus actividades esenciales de producción, compra y embarque de bananos de exportación y cargue y descargue de mercancías y fletes marítimos en la zona bananera del Magdalena y por el puerto de Santa Marta.

5º Que "la Magdalena Fruit Company sustituyó en el año de 1934 a la United Fruit Company mediante la compra de sus bienes en la Zona Bananera del Magdalena y en la ciudad de

Santa Marta, de traspaso de sus derechos y obligaciones ante el Gobierno Nacional, ante los productores de bananos y los trabajadores, incluidos los del muelle de Santa Marta y la administración de éste; y la Compañía Frutera de Sevilla sustituyó a la Magdalena Fruit Company, en el año de 1947, mediante operaciones de la misma clase".

6º Cada una de las tres compañías se dedicó al cultivo, compra y exportación de bananos, cargue y descargue de mercancías y fletes marítimos y a la explotación de la ganadería, en menor escala en forma sucesiva, sustituyendo la una a la otra en el mismo giro de sus actividades económicas, en sus relaciones contractuales, en el dominio, posesión y explotación económica de los mismos bienes y conservando en las oficinas de la Compañía Frutera de Sevilla el archivo de las tres compañías, en forma que demuestra innegablemente que las tres estuvieron íntegramente vinculadas a la misma unidad de explotación económica, con el capital requerido para el pago de las obligaciones que se le demandan.

7º De lo expuesto se desprende el hecho concluyente de que López Bohórquez trabajó en una misma empresa el tiempo que se requiere para disfrutar de pensión plena de jubilación.

8º La terminación del contrato de trabajo del demandante tuvo por causa la liquidación de la empresa lo cual es hecho que constituye despido injusto.

9º El salario básico para la liquidación de la indemnización es de $ 30.63 moneda legal.

La sociedad demandada al contestar el libelo propuso las excepciones de pago, carencia de acción, prescripción, cosa juzgada y compensación. Expresó cómo la terminación del contrato con López Bohórquez y el reconocimiento que se le hizo de pensión vitalicia de jubilación eran el resultado de una conciliación celebrada con el Sindicato de sus Trabajadores y en relación con los hechos expuso:

"Primero. Sí es cierto que le fue concedida pensión, pero en virtud de una convención o pacto conciliatorio, especialmente en lo relativo a la cuantía, por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla, que fue del 17 de junio de 1948 al 26 de enero de 1956.

"Segundo. Niego este hecho, ya que el actor siempre aceptó que su contrato de trabajo se inició en la fecha antedicha.

"Tercero. Niego este hecho.

"Cuarto. Niego este hecho.

"Quinto. Acepto que la Magdalena Fruit Company sustituyó a la United Fruit Company en 1934, niego lo relativo a los muelles de Santa Marta y a su administración, así como que la Compañía Frutera de Sevilla hubiera sustituido a la Magdalena Fruit Company.

"Sexto. Niego que las actividades fueran sucesivas, que hubiera sustitución y unidad de explotación económica.

"Séptimo. Sí es cierto que trabajó a la Compañía Frutera de Sevilla el tiempo necesario para ser pensionado por ella, como lo está, pero dicha empresa, la Magdalena Fruit Company y la United Fruit Company no son una misma.

"Octavo. Niego este hecho, puesto que el contrato terminó por mutuo acuerdo entre las partes y con autorización del Ministerio del Trabajo.

"Noveno. Niego este hecho".

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta, puso fin a la primera instancia en sentencia de 26 de octubre de 1971, en la que dispuso:

"Primero. Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla, sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, debidamente legalizada en Colombia, con negocios permanentes y sede en Santa Marta, a pagar al señor Antonio López Bohórquez, lo que a continuación se expresa:

"Por pensión plena vitalicia de jubilación, la suma de seiscientos ochenta y nueve pesos 30/100 ($ 689.30) mensuales a partir del día 26 de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta el día treinta (30) de marzo de mil novecientos setenta y uno; la suma de novecientos veintiún pesos 99/100 ($ 921.99) mensuales a partir del día primero (1º) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971) en adelante.

"Segundo. Autorízase a la Compañía Frutera de Sevilla a descontarle al señor Antonio López Bohórquez, de cada una de las mesadas pensionales por las cuales se elevó condena en el punto anterior, la suma de quinientos ochenta y cinco pesos 91/100 ($ 585.91) que viene recibiendo desde el día 26 de enero de 1966 por concepto de la pensión especial de jubilación.

"Tercero. Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda.

"Cuarto. Decláranse probadas parcialmente las excepciones de pago y cosa juzgada.

"Quinto. Decláranse no probadas las excepciones de carencia de acción, prescripción y compensación.

"Sexto. Costas a cargo de la demandada".

El apoderado de la entidad demandada apeló de la anterior providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al resolver la alzada confirmó lo resuelto por el a quo e impuso costas al apelante en fallo de 28 de enero de 1972.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el representante judicial de la sociedad anónima, Frutera de Sevilla, que fue concedido por el ad quem y admitido por la Corte.

El recurso.

La compañía demandada aspira, según lo expresa en la demanda con que sustentó el remedio extraordinario, a que la Corte case la sentencia del Tribunal y que en sede de instancia, revoque el del a quo y en su lugar declare probada la excepción perentoria de cosa juzgada o en subsidio, la de transacción, con la consecuencia de que la absuelva de toda condena y ordene al actor satisfacer las costas de la litis.

Se presentó escrito de oposición.

El recurrente formula contra el fallo del Tribunal de Santa Marta un solo cargo, con base en la causal primera de casación laboral y los presenta así:

"Acuso la sentencia ya individualizada de violar la ley sustancial, así: por vía indirecta los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral, por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto-ley 435 de 1971 a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, y ordinales 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2469 y 2483 del Código Civil".

Dice el impugnador en la demostración de este ataque que el error de hecho provino de la equivocada apreciación de los documentos de folios 21 y 22, 82 a 87; 87 a 91; 91 a 94; 23 a 24; 19 y 20, y los transcritos en las actas de inspección ocular de folios 45 a 47 y 51 a 59 y consistió en "no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la compañía discutida y aceptada por el Sindicato de Braceros y por éstos individualmente, aprobada por los funcionarios del Trabajo y ratificada, como transacción, por cada trabajador (Antonio López Bohórquez, en este caso) estipuló el reconocimiento de una pensión especial, distinta de la legal y de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomar como base el salario promedio del último año de servicios, se tomaría el del año que terminó el 7 de noviembre de 1965 por haber sido mucho mayor, y que en vez de computar los 23 años servidos a la Magdalena Fruit y a la Frutera de Sevilla, se computarían únicamente los 17 años y medio servidos a la última".

Manifiesta el recurrente que también el Tribunal de Santa Marta cometió error de hecho evidente al "no dar por probado, estándolo, que la pensión reclamada en el juicio laboral fue la misma discutida, conciliada, liquidada y pagada por la compañía".

Transcribe en seguida un pasaje de la sentencia acusada y expresa que el "arreglo conciliatorio" no consiste apenas en el acta de folios 91 a 94, que se firmó en desarrollo de lo acordado y discutido con el Sindicato, como consta en las actas de 24 de diciembre de 1965 (Fls. 82/87) y 19 de enero de 1966 (Fls. 87/91). También, continúa el impugnador, se firmó por López Bohórquez, en desarrollo de aquel acuerdo, la constancia transaccional de folio 20, en la que acepta limitar el tiempo computable a los 17 años, 7 meses y 10 días servidos "a la compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas", a cambio de no tomar como base "el promedio del salario mensual en el último año de servicios sino ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor y por tanto más favorable para el exponente".

Destaca el recurrente cómo las condiciones de la empresa fueron minuciosamente examinadas y discutidas en la asamblea sindical del 24 de diciembre de 1965, en presencia de un delegado especial del Ministerio del Trabajo (Fls. 84 a 86); y que "el literal b) de tales condiciones rezaba: 'las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado en la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre, previa la terminación del respectivo contrato por justa causa'. Y agrega el acta de la asamblea: 'los puntos anteriores fueron aprobados después de varias intervenciones del Delegado del Ministerio, de Directivos del Sindicato y de asistentes a la asamblea, con lo cual fueron suficientemente aclarados' otra de las condiciones (literal 'h') consistió en que *previa* autorización del Ministerio para la clausura de actividades, se terminarían los contratos 'por mutuo acuerdo'. Autorización ministerial que aparece

concedida (Fls. 83 a 84) y 'mutuo acuerdo' que consta en el acta de conciliación (Fls. 91 a 94) y en la transacción individual con López Bohórquez (Fl. 20)".

Finaliza el casacionista la sustentación del cargo, diciendo:

"Los errores de hecho anotados son, pues, evidentes. Así los halló esa honorable Corte en otro caso idéntico (el del señor Milcíades Vásquez Soto contra la misma Compañía Frutera de Sevilla, fundado en las mismas pruebas, las mismas actas de conciliación y transacción e iguales bases de tiempo y salario convencionales), fallado el 21 de marzo de 1972.

"De no haber incurrido en tales errores, el sentenciador les habría dado a los documentos auténticos e inspecciones oculares en que consta la conciliación, la fuerza de cosa juzgada que le confieren los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral y al dársela, habría declarado probada la excepción de cosa juzgada y absuelto a la Compañía. Por no darle esa fuerza a la conciliación, fue por lo que aplicó indebidamente, no siendo pertinentes, los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre pensión plena de jubilación y 5º del Decreto-ley 438 de 1971, sobre reajuste de esa pensión. De otro lado, como consecuencia de esas infracciones, el sentenciador resolvió *escindir la norma jurídica conciliatoria* o convencional, contra la prohibición del artículo 21 del Código, tomando una parte del convenio (la congelación de un salario promedio más favorable que el previsto en el Código para la pensión plena) pero rechazando su contrapartida, que era el cómputo de un tiempo especial".

El opositor para replicar el cargo hace una síntesis de los antecedentes del conflicto entre el Sindicato de Braceros de Santa Marta y la Compañía Frutera de Sevilla y analiza el acta de la conciliación o convenio celebrado entre estas dos entidades, indicando las concesiones hechas por cada una de las partes, para luego afirmar que la empresa apartándose de la ley, a la cual se remite el literal b) del documento de arreglo, en vez de reconocer a su extrabajador López Bohórquez "la pensión plena u ordinaria de jubilación a que tenía claro e indiscutible derecho, le reconoció apenas una especial no contemplada en ninguna de las disposiciones legales que reglamentan la materia".

Dice que el derecho a pensión plena surge incuestionablemente de la circunstancia de haber prestado servicios a una misma empresa durante un tiempo superior a 20 años y tener en la fecha de la desvinculación más de 55 años de edad, condiciones estas que reunía el actor en la fecha en que se firmó el acta, pues había servido a la Magdalena durante 6 años y 2 meses y a la Frutera 17 años, 7 meses y 10 días.

Expresa a continuación que la Compañía cumplió el acuerdo en cuanto tomó el salario promedio convenido, "pero lo violó, y violó también la ley, al reconocer una pensión distinta de la legal, e inferior a ésta con derecho cierto e indiscutible del trabajador que, por lo mismo, no fue ni podía ser materia de conciliación".

El opositor finalmente hace algunas observaciones respecto a lo dicho por esta Sección de la Sala Laboral de la Corte en el juicio de Milcíades Vásquez contra la Compañía Frutera de Sevilla y transcribe varios pasajes de un fallo de casación proferido por la Sección Segunda en juicio similar al presente que adelantó Rafael García Alfaro contra la misma sociedad, en que no se casó la sentencia de segunda instancia por considerar la Sala que el error de hecho alegado por el recurrente en dicho negocio no aparecía de modo evidente en los autos.

Se considera:

Para el recurrente, el Tribunal Superior de Santa Marta cometió dos errores evidentes de hecho, consistente el primero, en no dar por demostrado, estándolo, que entre el Sindicato de Braceros y la Compañía Frutera de Sevilla S. A. se celebró una conciliación o acuerdo, debidamente aprobado por los "funcionarios del trabajo" y ratificada como transacción por cada trabajador, entre los cuales se cuenta el actor, según la cual se estipuló el reconocimiento de una pensión especial, distinta de la legal y de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomar como base el salario promedio del último año de servicios, se tomaría el que terminó el 7 de noviembre de 1965, por haber sido mucho mayor, y que se computaría únicamente el tiempo trabajado a la Frutera.

El segundo error lo hace consistir el acusador en que el fallador no dio por probado, estándolo, que la pensión reclamada en la litis fue la misma, discutida, conciliada, liquidada y pagada por la sociedad a López Bohórquez.

Estos errores, según el casacionista, los cometió el ad quem, por haber apreciado equivocadamente los documentos que aparecen a los folios 21 y 22; 82 a 87; 87 a 91; 91 a 94; 23 a 24; 19 y 20 y los transcritos en las actas de inspección ocular de folios 45 a 47 y 51 a 59.

La prueba documental que erróneamente apreciada por el sentenciador, según el recurrente es del siguiente contenido, en su orden:

I. Fotocopia del Oficio número 180 de 19 de diciembre de 1965, según el cual la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta le comunicó al Gerente de la Compañía Frutera de Sevilla que la organización daba por terminadas "las relaciones laborales con esa empresa", invocando el inciso 4º del aparte b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Las razones que alegaba el sindicato eran las de no haber previsto en la última convención colectiva que la Frutera "iba a dejar pasar hambre a sus trabajadores en los muelles no proporcionándoles la manera de devengar un salario semanal que les permitiera siquiera alimentarse", que esta situación "de hambre" no parecía preocupar al Gerente de la Compañía; que la Frutera no se allanaba a modificar estas condiciones y que en relación con la convención colectiva firmada el 8 de noviembre de 1963, y ya vencido el término de su duración, sólo se había propuesto prorrogarla por seis meses más con el objeto de aprovechar la disminución del salario en el último año de servicio, a fin de pagar en cuantía menor las prestaciones que correspondieran a los trabajadores "cuando termine por completo la exportación de banano por el puerto de Santa Marta".

II. Copia de la Escritura número 90 de 2 de marzo de 1966, de la Notaría 2ª de Santa Marta, que otorgó la Compañía Frutera de Sevilla para protocolizar la Resolución número 000006 de 14 de enero de 1966 (copia autorizada) dictada por el Ministerio del Trabajo y de una acta (copia) de la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, celebrada el 24 de diciembre de 1965.

1. La resolución del Ministerio del Trabajo autoriza a la "empresa denominada Compañía Frutera de Sevilla", sociedad anónima con domicilio en Wilmington, Delaware, Estados Unidos de América, con negocios permanentes en Colombia en la Zona Bananera del Departamento del Magdalena, para suspender definitivamente sus labores en ese frente de trabajo, "y dar por terminados los contratos de trabajo" que tiene suscritos con la totalidad de los trabajadores que laboren en dicho frente, por las razones y motivos expuestos en la parte considerativa de la providencia, ordena garantizar legalmente el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar por el cierre autorizado y señala las obligaciones de la sociedad para el caso de que reanude actividades dentro de los 120 días siguientes a la ejecutoria de la resolución.

En la parte considerativa dice el Ministerio que la solicitud para autorizar la suspensión definitiva de actividades, hecha por el representante legal de la Compañía Frutera de Sevilla, "ha sido coadyuvada por el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta".

Este acto administrativo fue notificado a las partes las que manifestaron que lo aceptaban en su totalidad y con todas las consecuencias legales.

2. La asamblea general del Sindicato, se reunió con la presencia de un delegado especial del Ministerio del Trabajo, con el fin de acordar las bases de un acuerdo para resolver el diferendo existente entre el Sindicato y la Compañía Frutera de Sevilla con arreglo a un memorando pasado por la sociedad.

a) La convención (la de 8 de noviembre de 1963), se entiende prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales de trabajo y estos serán cancelados por mutuo acuerdo entre las partes, al terminar los embarques de banano;

b) Las pensiones de jubilación *por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla* (se subraya), se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho, previa la terminación de los respectivos contratos *por justa causa* (subraya la Sala) por parte de la Compañía;

c) También con base en ese salario la Compañía otorga la indemnización consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965;

d) En este punto se acordó lo referente al pago de cesantía y en el e) se previó lo referente a pensiones de invalidez, así: "Las pensiones de invalidez se definirán de acuerdo con las disposiciones legales y tomando en cuenta que los trabajadores presten (sic) servicio a tres empresas". En el punto f) se aceptó que "los descuentos a los pensionados antes del 4 de septiembre de 1965, imputables a las cesantías recibidas por ellos, serán suspendidos".

Dice el acta que estos puntos fueron aprobados por la asamblea, después de varias intervenciones del delegado del Ministerio, de los Directivos del Sindicato y asistentes a la asamblea.

También se aprobaron los correspondientes a los ordinales h), i), y j), que en su orden expresan:

"h) El Ministerio del Trabajo, antes de las liquidaciones, autorizará la suspensión de activas (sic) y la terminación de los contratos por mutuo acuerdo;

"i) Los acuerdos serán, en todo caso pactados en audiencia oficial con el delegado del Ministerio y la Inspectora del Trabajo y mediante autorización que en asamblea general dé el Sindicato a la Junta Directiva concretados los puntos, y se le entregarán a la Compañía dos ejemplares del acta";

"j) Es prudente además, que se firme una conciliación para cada contrato individual".

No aparece en cambio probado el punto g) del memorando pasado al Sindicato por la Frutera.

Finalmente se reseña la presentación de dos proposiciones de las cuales la primera, que es la que importa en este negocio, es del siguiente tenor: "la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, reunida en la fecha, después de oir las conclusiones a que ha llegado la Compañía Frutera de Sevilla, para resolver la situación de los trabajadores con motivo de la baja de sus embarques de fruta, autoriza a la Junta Directiva para que consolide en la forma más conveniente las aspiraciones de los miembros de este Sindicato, en el menor tiempo posible dada la precaria situación económica de los mismos".

III. Copia de la Escritura número 454 de 8 de julio de 1966, de la Notaría 2ª de Santa Marta, que otorgó la mencionada Compañía para protocolizar el acta de la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de aquella ciudad, de fecha 19 de enero de 1966 y que en la parte que interesa a la litis es del siguiente tenor: "en la ciudad de Santa Marta, siendo las seis y treinta de la tarde del día diez y nueve de enero de mil novecientos sesenta y seis se reunió en el local de la Sociedad Unión la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo con el siguiente orden del día.... *Segundo.* Consideración del acta suscrita para resolver el problema con la Compañía Frutera de Sevilla... A continuación el señor Presidente ordenó al compañero Adalberto Bermúdez darle lectura al acta de audiencia celebrada en la Inspección Nacional del Trabajo con la presencia de la titular de esta oficina, del señor doctor Gerardo Zúñiga Herrera, delegado especial enviado por el Ministerio del Trabajo, representantes de la Compañía y el Sindicato. En uso de la palabra el compañero Presidente Chacín Guerra manifestó que el acto que se iba a hacer a continuación era una formalidad exigida por la empresa, pues dicha acta consagraba las aspiraciones del Sindicato de acuerdo con la autorización dada a la Junta Directiva en la asamblea anterior celebrada el veinticuatro de diciembre del año pasado. Siguió diciendo el compañero Presidente que los únicos que seguirían trabajando con la empresa eran los compañeros que trabajaban por embarques quienes también quedaban protegidos por el acta pero que recibirían el pago de sus prestaciones cuando terminara su contrato de trabajo... En uso de la palabra el compañero Romero requirió a todos los asistentes que estuvieran listos con sus correspondientes partidas de bautismo para acreditar su edad.

De acuerdo con lo que se expresa, en esta asamblea general, el acta de arreglo entre el Sindicato y la Compañía Frutera de Sevilla, fue aprobada por unanimidad.

IV. Copia de la Escritura número 714 de 22 de septiembre de 1967, de la Notaría 2ª de Santa Marta, otorgada por la Compañía Frutera de Sevilla, mediante la cual se protocolizó el "acta de acuerdo conciliatorio" de fecha 19 de enero de 1966, suscrita por el delegado del Ministerio del Trabajo y la Inspectora del Trabajo de aquella ciudad, los representantes del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo y los de la Compañía Frutera de Sevilla.

El acuerdo conciliatorio de la fecha mencionada, es del siguiente tenor:

"En Santa Marta, a los 19 días del mes de enero de 1966, hallándose en audiencia pública los suscritos, doctor Gerardo Zúñiga Herrera, delegado especial comisionado por el Ministerio del Trabajo para intervenir en las negociaciones entre el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta y la Compañía Frutera de Sevilla, y la doctora Cecilia Flórez de Ospino en su carácter de Inspectora Nacional del Trabajo de esta ciudad, comparecieron José de los Santos Chacín Guerrero, Genaro Granados Noriega, Miguel F. Pardo J., Julián González J., Elías Henríquez Pardo, José R. Castro Ebratt, Guillermo López Russo, Adalberto Bermúdez Arvilla, Pedro J. González J. y Sebastián González Redondo, quienes en su carácter de miembros de la Junta Directiva del mencionado Sindicato integran la comisión designada para arreglar las cuestiones pendientes con la Compañía Frutera de Sevilla, por una parte y serán designados el Sindicato en el texto de esta acta, y, por otra Harlo A. Von Wald, en su calidad de Gerente de la Compañía Frutera de Sevilla y Carlos Gómez Dávila como Superin-

tendente del Departamento Legal de dicha Compañía y apoderado para los asuntos sociales, quienes se denominarán la Compañía, expusieron ampliamente ante los expresados funcionarios oficiales los asuntos pendientes entre el Sindicato y la Compañía y las causas que han suscitado un diferendo entre las partes. Habiendo examinado las susodichas cuestiones, y formuladas por los expresados funcionarios las observaciones y sugerencias que consideraron legales y convenientes, las partes en su presencia llegaron a un acuerdo conciliatorio, que se expone enseguida: 1º El Sindicato actúa en esta diligencia en virtud de la autorización que le fue conferida por la asamblea general de fecha 24 de diciembre de 1966, y así lo aceptan tanto los funcionarios del Ministerio del Trabajo como la Compañía. 2º La convención colectiva del 18 de noviembre de 1963, continuará prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales de los trabajadores de la Compañía, o sea, hasta el 26 de enero de 1966. 3º Habiendo el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución 00006, del 14 de enero en curso, autorizado a la Compañía, para terminar sus contratos individuales con sus empleados y obrando en esta sección y en la Zona Bananera del Departamento del Magdalena, se procederá en consecuencia, y por tanto cada trabajador y la Compañía declararán las respectivas cancelaciones por mutuo (sic) sobre ellos; regirán hasta 26 de enero del presente año y quedarán definitivamente terminados a partir del día siguiente. 4º Como la Compañía continúa con algunas otras actividades en esta región, quedarán prestándole servicios los trabajadores de los muelles que estén dedicados a las respectivas labores, y al ser liquidados gozarán de las concesiones a que este convenio conciliatorio se refiere. 5º No obstante la terminación de los contratos en la forma expresada la Compañía, a lo siguiente: a) Conceder a cada trabajador, una indemnización pecuniaria de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, teniendo en cuenta los datos que estén registrados en las planillas y archivos de la Compañía y tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectúan tal liquidación de conformidad con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, o sea, en la fecha de la terminación de contratos pues para entonces son los salarios mucho más bajos; b) A otorgar pensión de jubilación de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada aunque es entendido que no se produce en favor de ellos la indemnización especial a causa de que sus contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditan su edad en forma legal; c) A liquidarlos y pagarles el auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales a que tengan derecho en armonía con las disposiciones legales. 6º La liquidación de cada trabajador se efectuará individualmente; será firmada por las partes y por testigos, y para preparar los documentos correspondientes y efectuar los pagos la Compañía tendrá un plazo por lo menos de un mes después del 26 de enero ya dicho, aun cuando se procurará terminarlos antes. 7º A los trabajadores que, habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados sin haber llegado a la edad legal, se les concederá dicha prestación social una vez que la solicitud por haber llenado los debidos requisitos, que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones oficiales. 8º Queda expresamente convenido que la Compañía descontará de cualquier suma que se pague por virtud de este arreglo, a cada trabajador, el saldo a cargo de ellos exista por razón de préstamos, anticipo de salarios o por cualquiera otra causa. 9º Queda expresamente entendido, que, por el hecho de la terminación de los tratos (sic) y por la liquidación y pago de las prestaciones que se reconocen en este documento, la Compañía queda a paz y salvo por razón de las relaciones tanto colectivas como individuales que han existido entre las partes así como en relación con los trabajadores afiliados al Sindicato. 10. Las partes dejan expresa constancia de la buena fe con que siempre han procedido en su prolongadas relaciones y de la cordialidad y el mutuo interés que han presidido sus actuaciones. 11. Este convenio deberá ser aprobado por la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta. Habiéndose puesto las partes de acuerdo, en forma conciliatoria, sobre los puntos anteriores en presencia y con la intervención de los suscritos funcionarios del Ministerio del Trabajo, le dan su aprobación y declaran que esta conciliación, de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo tienen el valor de cosa juzgada".

V. El documento de folios 23 y 24 contiene una relación de los trabajadores de los muelles de Santa Marta a quienes la Compañía Frutera de Sevilla les concedió pensión de jubilación en

virtud de la conciliación de que trata el punto anterior, y en la que figura el actor con una mensualidad de $ 585.91.

VI. El escrito de folios 19 y 20 contiene la liquidación final de prestaciones del demandante al terminar el contrato de trabajo, de fecha 24 de febrero de 1966 y en la que López Bohórquez manifiesta:

"El suscrito trabajador declara: a) Que bajo contrato de trabajo por término indefinido prestó servicios en el Terminal Marítimo a la Compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas; b) Que dicho contrato fue cumplido correctamente por dicha empresa; c) Que por razón del tiempo servido y de su edad tiene derecho a la pertinente pensión de jubilación y en consecuencia por tal motivo se acordó poner fin al contrato de trabajo desde el 26 de enero de 1966; d) Que a partir de esa misma fecha la Compañía le concede pensión mensual de jubilación de $ 585.91 que le será pagada en esta ciudad; e) Que a pesar de que el contrato de trabajo es cancelado en la fecha expresada la pensión se le concede no con el promedio del salario mensual en el último año de servicio sino con base en ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1966, que representa una suma mayor y por tanto más favorable para el exponente; f) Que habiéndole la Compañía Frutera de Sevilla concedido la pensión de jubilación a que este documento se refiere, dicha sociedad no le adeuda suma alguna por razón del contrato de trabajo que entre las partes rigió, ni por salario ni por prestaciones sociales y de consiguiente no le queda pendiente reclamo de ninguna clase contra la empresa".

VII. La diligencia de inspección ocular da cuenta de que el actor prestó servicios a la Frutera desde el 17 de junio de 1948 hasta el 26 de enero de 1966 y que recibió, al ponérsele fin a su contrato de trabajo, sus prestaciones sociales.

En la diligencia se transcribió el siguiente documento: "Compañía Frutera de Sevilla - Colombia, marzo 5 de 1966 - Pensionados - Enero 15 1966 - López Bohórquez Antonio J. - Polero en los muelles - I B M número 5120 - *Se le concede pensión especial de jubilación de 17 años de acuerdo Ley 171 de 1961* (subraya la Sala), $ 585.91 M. L. original firmado Carlos Gómez D.".

En la inspección aparecen revisadas algunas planillas y en ellas se encontró que López no había trabajado para la Magdalena Fruit Company de enero a mayo de 1947 y que no aparecía el actor como trabajador de la Magdalena ni de la Frutera de enero a mayo de 1948. Figura el actor en las planillas de la Magdalena desde enero 11 de 1941 hacia atrás hasta julio de 1936.

Igualmente existe constancia de que López devengó entre febrero de 1965 y enero de 1966 la suma de $ 8.514.32 y que se tuvo como base para otorgarle pensión de jubilación lo devengado por el demandante entre el 8 de noviembre de 1964 y el 7 del mismo mes de 1965.

Finalmente se encontró la partida de bautismo de López que se transcribió.

Reseñadas en la forma anterior las pruebas que según el impugnador fueron equivocadamente apreciadas por el Tribunal de Santa Marta, se impone, para resolver si en verdad hubo error en su estimación hacer un análisis de ellas.

La carta de los folios 21 y 22 indica que entre la Compañía Frutera de Sevilla S. A. y los trabajadores braceros del terminal marítimo de Santa Marta, surgió un conflicto que tuvo su causa en la disminución de embarques de banano que se hacían por ese puerto lo que implicaba a su vez para los trabajadores de la Frutera, recibir semanalmente un salario que en cada período de pago era menor. Por eso el 19 de noviembre de 1965 el Sindicato comunicó a la Frutera que rompía con ella sus relaciones laborales.

Sin embargo tal ruptura no llegó a producirse, según puede apreciarse de los demás documentos distintos a los examinados en la inspección ocular que se practicó en este juicio.

Las partes, asistidas por un delegado especial del Ministerio del Trabajo, conversaron al respecto hasta producirse la conciliación o acuerdo de fecha 19 de enero de 1966, pero para llegar a él, sentaron una serie de bases, aprobadas en la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal el 24 de diciembre de 1965 y coadyuvaron la solicitud que el 28 del mismo mes hizo la Frutera para obtener permiso de clausurar definitivamente sus actividades en la Zona Bananera.

Como se ve, uno fue el conflicto y una su solución, sin que sea dable por tanto tomar parte del arreglo, según las conveniencias, y enfrentarlo a disposiciones de ley, pretendiendo que aquellas se violaron para desconocer los términos de la conciliación cuya finalidad fue solucionar de inmediato el problema planteado por el Sindicato de la Frutera.

Sobre estos lineamientos generales debe ser entendida la conciliación o arreglo que se transcribió en el punto IV.

Y, en este orden de ideas deben confrontarse los acuerdos sobre otorgamiento de pensión de jubilación a los trabajadores de la Frutera, celebrados primero el 24 de diciembre de 1965 y luego el 19 de enero de 1966 y ambos aprobados por la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, para poder entender cómo el segundo fue el desarrollo del primero o, como lo dijo en una proposición la asamblea del Sindicato, la consolidación de lo que pretendía por parte de su Junta Directiva.

Lo aprobado por la asamblea del Sindicato el 24 de diciembre de 1965, sobre pensiones según memorando pasado a la entidad por la Frutera fue:

"b) Las pensiones de jubilación por el *tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla* (subraya la Sala) se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho (1965), previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la Compañía". En la conciliación o acuerdo de 19 de enero de 1966, el arreglo sobre pensiones quedó consignado en los puntos 5º, ordinal b) y 7º así:

"5º ... b) A otorgar pensión de jubilación de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente (promedio del año comprendido entre el 8 de noviembre de 1964 y el 7 de noviembre de 1965) por la misma circunstancia expresada aunque es entendido que no se produce en favor de ellos la indemnización especial a causa de que *sus contratos terminan para ser pensionados* (subraya la Sala). Los trabajadores con derecho a pensión acreditan su edad en forma legal".

"7º A los trabajadores que, habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados *sin haber llegado a la edad legal,* se les concederá dicha prestación social una vez que la soliciten por haber llenado los debidos requisitos, que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones oficiales (sic)".

En la conciliación, cuyos puntos 5º, ordinal b) y 7º, se han transcrito, no se produjo cambio esencial de las bases aprobadas por la asamblea del Sindicato el 24 de diciembre de 1965.

En efecto, no se dijo que el tiempo que serviría para pensionar al trabajador fuera distinto al trabajado a la sociedad anónima Frutera de Sevilla; se conservó lo dispuesto por la primera asamblea en el sentido de que para efectos de otorgar pensión el contrato se consideraba terminado "por justa causa" y se convino un salario especial para liquidarle: no el del último año, sino el comprendido entre el 8 de noviembre de 1964 y el 7 del mismo mes de 1965.

Lo que varió en el acuerdo conciliatorio no fue lo que ya habían resuelto las partes sino la redacción del acta levantada en la Inspección del Trabajo de Santa Marta.

El numeral b) del artículo 5º del acta de conciliación establece que la Frutera de Sevilla otorgará pensión de jubilación a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella "de acuerdo con las disposiciones legales".

No se estaban refiriendo entonces las partes únicamente a lo preceptuado en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que también hacían mención al menos a otra norma.

Y encuentra la Corte que el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, sin ninguna adición en el momento en que se otorgó la pensión López Bohórquez el 26 de enero de 1966, decía:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

a) Por parte del patrono: ... ...

... ...

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio del patrono".

Este, de acuerdo con la disposición copiada podía pensionar a su trabajador ya con la pensión plena, con la especial de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y aún con una convencional.

La Compañía, en este preciso caso pensionó a López Bohórquez según aparece de la inspección ocular, con fundamento en la Ley 171 citada.

No son por tanto aceptables los argumentos del opositor cuando dice que lo convenido el 24 de diciembre de 1965 entre el Sindicato y la Compañía Frutera de Sevilla, carece de valor por ser un acuerdo interno que en punto a jubilación cambió fundamentalmente cuando se celebró la conciliación a que se ha hecho referencia.

De otra parte, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, el trabajador hizo las manifestaciones que aparecen al folio 20 de los autos y que precisamente reflejan en el caso concreto de aquél lo convenido entre el Sindicato y la Frutera. No puede tenerse a López Bohórquez como un tercero, como lo pretende el opositor, sino como parte interesada representada en la forma prescrita en la ley, por el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta.

Acepta el actor en este documento un tiempo de servicio a la Frutera de Sevilla (conciliado) de 17 años, 7 meses y 10 días; admite que en virtud del acuerdo recibe a partir del 26 de enero de 1966 (concilliado) una pensión de $ 885.91 y dice que ella fue liquidada con el promedio de lo devengado entre el 8 de noviembre de 1964 y el 7 del mismo mes de 1965 y finalmente declara que la Frutera no le queda debiendo suma alguna por razón del contrato de trabajo que lo vinculó a la Compañía, no por salario ni por prestaciones sociales y de consiguiente no le queda pendiente reclamo de ninguna clase contra la empresa. Este documento no tiene las notas características de los finiquitos que en ocasiones firman los trabajadores, sino que es el resultado del cumplimiento por las partes del numeral 6º del arreglo conciliatorio tantas veces mencionado que dice: "la liquidación de cada trabajador se efectuará individualmente; será firmada por las partes y por testigos, y para preparar los documentos correspondientes y efectuar los pagos la Compañía tendrá un plazo por lo menos de un mes después del 26 de enero ya dicho, aun cuando se procurará terminarlos antes".

Todos los requisitos indicados en el punto transcrito se cumplieron y tratar de no darle todos sus efectos es desconocer la constancia expresa que se dejó en el cuerpo de la conciliación sobre la buena fe y el mutuo interés que presidieron las actuaciones de las partes (punto 10).

Sin embargo el Tribunal Superior de Santa Marta dice en la sentencia acusada:

"Leyendo detenidamente la parte pertinente del acto conciliatorio o convenio colectivo de 19 de enero de 1966, y las otras piezas atinentes a este asunto, no encuentra la Sala, en parte alguna, el hecho de que los trabajadores hayan aceptado que se les reconozca pensión especial de jubilación por los servicios prestados únicamente a la empresa cuando ésta se denominaba Compañía Frutera de Sevilla, no obstante tener otros períodos laborados, que le deben derecho a una pensión plena".

Y agrega:

"Es muy nítido el literal b) de la convención, cuando obliga 'a otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada aunque es entendido que no se produce a favor de ellos la indemnización especial a causa de que sus contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditan su edad en forma legal' (Ver folio 93). El salario básico se refiere al devengado por el respectivo trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, hecho este que sí debe considerarse arreglado conciliatoriamente, debiendo respetarse, según las previsiones de los preceptos 20 y 78 del Código Procesal Laboral".

En otro aparte dice:

"Según el derogadó artículo 474 del Código Judicial 'para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes' ".

"La causa petendi de esta demanda no comprende totalmente el arreglo conciliatorio, puesto que, ya se dijo, el trabajador mediante aquel no se sometió a recibir pensión especial de jubilación por el simple hecho de que se haya congelado el salario básico para liquidar las prestaciones, en un período determinado, más favorable para éste".

Estos pasajes de la sentencia del ad quem muestran como éste no tuvo en cuenta que el conflicto entre el Sindicato y la Compañía Frutera de Sevilla y el acuerdo a que se llegó entre las partes debían estudiarse en conjunto y no sus piezas aisladamente, para poder llegar a una conclusión lógica que reflejara precisamente el acuerdo y la buena fe con que obraron las partes y de la cual se dejó constancia en el acta.

El fallador interpretó equivocadamente las pruebas reseñadas y analizadas al dejar de apreciar dos hechos ciertos: que el tiempo que debía tomarse para el otorgamiento de pensión al señor López Bohórquez era el realmente servido a la Frutera como sociedad anónima, por lo cual la Compañía accedió a liquidarle aquella prestación con un salario distinto al que legalmente le correspondía, lo que convertía la pensión del actor en especial, y que, en el caso de autos la empresa otorgó al demandante con fundamento.

Esta equivocación en la interpretación de las pruebas llevó al Tribunal a cometer los errores de hecho indicados por el recurrente y por tanto el cargo prospera.

Consideraciones de instancia.

La Compañía Frutera de Sevilla y el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta solicitaron "autorización para suspender definitivamente actividades en el frente de trabajo correspondiente a la Zona

Bananera del Departamento del Magdalena y a dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscritos con los trabajadores que laboran en dicho frente, debido a la baja producción y exportación registrada en el producto al cual dedica sus actividades agrícolas y comerciales, cual es el producto y exportación de banano"; como lo expresa la parte motiva de la Resolución 00006 de 1966, ya mencionada.

"El motivo indicado para la solicitud fue demostrado y por ello se concedió la autorización para liquidar los contratos.

"Como la norma de actividades producía cada día menores salarios, los trabajadores pidieron que se tomara como base la liquidación para la pensión de jubilación, no el promedio del último año de servicios, sino el del año que terminaba el 7 de noviembre de 1965. La empresa aceptó ese factor pero reduciendo el tiempo a los servicios que se le habían prestado a ella, lo cual fue aceptado por la asamblea general del Sindicato".

"Lo único que procede es verificar si lo convenido fue ejecutado, es decir, que debe examinarse si la liquidación cumplió los presupuestos acordados".

A folio 20 del cuaderno principal se encuentra la aceptación del señor Antonio López Bohórquez de que sirvió a la Compañía Frutera de Sevilla por un lapso de 17 años, 7 meses y 10 días, de junio de 1948 a 26 de enero de 1966, tiempo que se tuvo en cuenta para liquidarle el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación. Estos datos se encuentran corroborados en la diligencia de inspección ocular en donde consta que no aparece el actor laborando para la Frutera de enero a mayo de 1948 (Fl. 46).

En la misma diligencia aparece que las "ganancias que sirvieron de base para otorgarle la pensión de que disfruta" fueron las obtenidas entre el 3 de noviembre de 1964 y el 7 del mismo mes de 1965, por un total de $ 11.028.77 o sea un promedio mensual de $ 919.06.

Con estas cantidades la pensión de jubilación que se le está pagando a López Bohórquez desde el 26 de enero de 1966 y que según la demanda está recibiendo (hecho primero, Fl. 2) es la que le corresponde en proporción al tiempo servido a la Compañía Frutera de Sevilla.

De acuerdo con el acta de conciliación y el documento suscrito por López, que obra a folios 92 a 94 y 19 y 20, respectivamente, fue ésta la pensión convenida y a la que tenía derecho el demandante, no pudiendo en consecuencia prosperar la petición hecha en el libelo sobre reconocimiento y pago, a partir del 26 de enero de 1966 de pensión plena de jubilación y de reajustes legales de la misma en virtud del efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a la conciliación.

Las costas de la primera instancia estarán a cargo del demandante. No habrá lugar a ellas por las de segundo grado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de segunda instancia de fecha 28 de enero de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio de Antonio López Bohórquez contra la Compañía Frutera de Sevilla S. A., en cuanto dicho fallo confirmó los ordenamientos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto del fallo de primer grado dictado por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta de fecha 26 de octubre de 1972 y además condenó en costas a la parte demandada y como tribunal de instancia *revoca* dichos numerales y *absuelve* de todos los cargos de la demanda a la Compañía Frutera de Sevilla declarando probadas las excepciones de pago y cosa juzgada. *No la casa* en cuanto el fallo del ad quem confirmó el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

ACCIDENTE DE TRABAJO E INCAPACIDAD

La incapacidad como consecuencia de la negativa del trabajador a recibir atención médica suministrada por el patrono e incapacidad derivada del accidente de trabajo en sí mismo considerado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Radicación número 4125.

Acta número 4.

El señor *Julio C. Niño,* por medio de apoderado presentó demanda laboral de mayor cuantía *contra la sociedad denominada "Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea EFA Limitada",* representada por su Gerente señor Manuel González Bello con domicilio en Bogotá, con la finalidad de que la demandada fuese condenada a pagar al demandante lo siguiente:

"a) Salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo, que son 27, del 9 de octubre al 5 de noviembre de 1969, inclusive;

"b) Indemnización, liquidada en moneda legal colombiana, por incapacidad permanente parcial a causa de accidente de trabajo sufrido el 8 de octubre de 1969, especialmente por desfiguración facial, teniendo en cuenta consideraciones de juventud y profesión de aviador del actor;

"c) El valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria, etc., que ha necesitado y necesita el actor para curarse de las lesiones producidas por el accidente de trabajo sufrido por él en octubre 8 de 1969;

"d) Salarios por servicios prestados, debidos por el patrono al trabajador, en cuantía de dos mil novecientos pesos ($ 2.900);

"e) Indemnización equivalente a 45 días de salario, por despido del trabajador, hecho por el patrono unilateralmente y sin justa causa;

"f) Valor del auxilio de cesantía, cuya cuantía fijará el Juzgado en la sentencia;

"g) Indemnización por no habérsele pagado al actor los salarios y las prestaciones sociales que se le deben, equivalente a los salarios correspondientes al tiempo comprendido desde la fecha en que se hicieron exigibles los salarios, o, en subsidio, desde la fecha del despido, hasta aquella en que se le paguen al actor los salarios y prestaciones sociales que se le deben".

Como hechos expuso los que se sintetizan así:

Que como aviador celebró contrato de trabajo para prestar sus servicios de piloto de fumigación y a pilotear cualquiera de los aviones de la sociedad, con un salario pactado en la siguiente forma: "de 6 a 12 galones, ($ 4.80) cuatro pesos con ochenta centavos, de 14 a 16 galones, cinco pesos con ochenta centavos ($ 5.80), de 17 a 30 galones ($ 11.80) once pesos con ochenta centavos y por bulto de cincuenta (50) kilos de abono aplicado personalmente por el trabajador, cuatro pesos con ochenta centavos ($ 4.80). Mensualmente y con cargo al volumen total del salario antes pactado, el patrono le hará abonos mensuales de seis mil pesos ($ 6.000) moneda corriente al trabajador".

Que trabajó efectivamente del 1º al 8 de octubre de 1969 y que durante ese tiempo ganó la cantidad de cinco mil trescientos ochenta y cuatro pesos ($ 5.384).

Que el día 8 de octubre de ese año cuando volaba en el avión HK 1234 de propiedad de EFA localizando unos lotes que debía fumigar, el aparato perdió potencia, dejó de responder y se fue a tierra, accidente este del cual resultó herido

por lo que tuvo que ser trasladado al Hospital de San Lorenzo de Armero, lugar en donde ocurrió el hecho.

Que en vista de la carencia de medios para la buena curación del demandante fue trasladado a Bogotá en donde fue atendido y permaneció incapacitado hasta el 5 de noviembre del mismo año, habiéndole quedado luego del tratamiento médico una cicatriz en el pómulo derecho hipersementada que implica desfiguración facial, y dolor en la región supraespinosa derecha a presión.

Que debe tener control médico y se le recomienda una intervención quirúrgica.

Que la demandada no pagó al actor los salarios por el tiempo en que estuvo incapacitado, ni los servicios médicos, farmacéuticos y asistenciales, etc.

Que terminada la incapacidad la demandada no le dio trabajo al demandante alegando falta de aviones, y que dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa.

Que tampoco le pagó los salarios ganados en la cantidad que expresa de $ 5.384 sino que solamente le abonó la suma de $ 2.484 ni le ha pagado cesantía, ni indemnización por la incapacidad sufrida, y finalmente que la parte demandada terminó el contrato de trabajo el 18 de noviembre de 1969.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, aceptó unos hechos y negó otros; puntualizó que el demandante se trasladó personalmente a Bogotá sin autorización ni del Hospital ni de la Empresa, y que a los tres días estaba atendiendo su bomba de gasolina que tiene en Bogotá, que estaba el actor inhabilitado para volar mientras no se investigaran las causas del accidente, y que éste tuvo culpa de la lesión sufrida por no usar casco protector y que su impericia le impidió controlar una falla de la máquina.

Desató la litis en primera instancia el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, en fallo de veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y uno por el que condenó a la parte demandada a pagar al demandante las siguientes cantidades:

"a) Por concepto de indemnización por incapacidad permanente facial: noventa y un mil quinientos cuarenta pesos con cincuenta centavos ($ 91.540.50) moneda corriente;

"b) Por la indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de salario por despido sin justa causa: veintisiete mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con quince centavos ($ 27.462.15) moneda corriente;

"c) Por auxilio de cesantía: cuatrocientos seis pesos con cuarenta centavos ($ 406.40) moneda corriente;

"d) Por indemnización moratoria: al pago de la suma de seiscientos diez pesos con veintisiete centavos ($ 610.27) moneda corriente, diarios desde el 9 de octubre de 1969 hasta cuando se efectúe el pago de que trata el aparte c) de esta sentencia.

"Segundo. Absuélvese a la demandada de las restantes peticiones del libelo demandador.

"Tercero. Declárase no probada la excepción de carencia de derecho para demandar.

"Cuarto. Declárase probada totalmente y de oficio, la excepción de pago por concepto de salarios por servicios prestados, y no en cuanto a lo demás.

"Quinto. Costas a cargo de la parte demandada".

De tal decisión *apelaron ambas partes* y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* por medio de sentencia de quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno resolvió de la siguiente manera:

"1º Revocar los literales b) y d) del numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar, dispone absolver a 'Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea EFA Limitada' de las peticiones relacionadas con indemnización equivalente a 45 días de salario por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

"2º Modificar el literal c) del numeral primero de la misma sentencia en el sentido de condenar a la sociedad 'Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea Limitada' a pagar al señor Julio C. Niño M. la suma de ochenta y tres pesos con noventa y seis centavos ($ 83.96) por concepto de cesantía, conforme a la parte motiva de esta providencia.

"3º Modificar el numeral cuarto del fallo que se revisa, en el sentido de declarar probada de oficio la excepción de pago no sólo en cuanto a salarios por servicios prestados, sino también parcialmente respecto a cesantía, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

"4º Confírmase en todo lo demás la sentencia recurrida.

"5º Sin costas en esta instancia".

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación los apoderados de ambas partes, concedido éste y aceptado aquí por la Sala fueron presentadas en tiempo oportuno las demandas de casación y así mismo las respectivas réplicas por lo que se procede a decidir:

Se estudiará en primer lugar la presentada por la parte demandada recurrente, por cuanto ésta impetra la absolución de la condena.

La demanda.

Señala el apoderado de la parte demandada el alcance de la impugnación así:

"Con la presente demanda me propongo obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, case parcialmente la sentencia recurrida en su ordinal 4º, en cuanto por él se confirma el literal a) del punto primero de la de primer grado que contempla la condena a la Sociedad Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea 'EFA' Limitada en cuantía de $ 91.540.50 por concepto de indemnización por incapacidad permanente facial y que, procediendo como tribunal de instancia, revoque el mencionado fallo de primer grado en su literal a) del punto primero, y en su lugar absuelva a la sociedad que represento de la indemnización por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo (desfiguración facial).

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en élla presenta los siguientes cargos:

"Primer cargo:

"La sentencia acusada es violatoria, por infracción directa, del precepto legal sustantivo del orden nacional contenido en el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de aplicarlo siendo el caso de hacerlo a una situación regulada por dicha norma, infracción que determinó la aplicación indebida de los preceptos legales sustantivos del orden nacional contenidos en los artículos 204, regla 2ª, literal b) y 209 del mismo Código Sustantivo del Trabajo".

En la sentencia impugnada el honorable Tribunal encontró plenamente demostrado que el señor Julio C. Niño M. abandonó voluntariamente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que la demandada le estaba suministrando en cumplimiento de sus obligaciones legales. Al estudiar las peticiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo y el valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, dijo lo siguiente:

Cita el recurrente un pasaje de la sentencia acusada y agrega:

"De las consideraciones anteriormente transcritas resultan para el honorable Tribunal las siguientes inobjetables conclusiones:

"1ª Que con motivo de un accidente sufrido por el señor Julio C. Niño M., la sociedad Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea Limitada en cumplimiento de sus obligaciones legales le estaba suministrando asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

"2ª Que el actor Julio C. Niño M. abandonó voluntariamente la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria que le venía suministrando la mencionada sociedad.

"3ª Que al abandonar voluntariamente dicha asistencia, el patrono, en este caso Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea 'EFA' Limitada quedó exonerado de las obligaciones reclamadas por concepto de salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo y del valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

"No obstante lo anterior, el honorable Tribunal al resolver sobre la petición de indemnización por incapacidad permanente parcial, incurre en contradicción flagrante al imponer una condena en cuantía de $ 91.540.50 por tal concepto confirmando la decisión que en igual sentido tomó el a quo y desatendiendo el mandato expreso del artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la pérdida del derecho a la prestación en dinero por incapacidad que resulte cuando el trabajador sin justa causa se niegue a recibir la asistencia médica.

"Se ve, entonces, cómo el honorable Tribunal dejó de aplicar —en el aspecto relacionado con la indemnización por incapacidad permanente parcial— la norma que regula la situación planteada y de la cual se desprende la pérdida del derecho invocado por el actor y la exoneración de la obligación correlativa a favor del patrono.

"Al dejar de aplicar la norma citada, la infringió directamente y, tal infracción, determinó la aplicación indebida de los preceptos legales contenidos en los artículos 204, regla 2ª, literal b) y 209 del Código Sustantivo del Trabajo que tratan, respectivamente, de las prestaciones en dinero a que dan lugar los accidentes de trabajo y de la tabla de valuación de incapacidades producidas por dichos accidentes, así como las indemnizaciones correspondientes a dicha tabla.

"Si el juzgador de segunda instancia no hubiera infringido directamente el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de apli-

carlo siendo el caso de hacerlo, ya que, como se vio atrás, encontró plenamente establecido en el proceso que Julio C. Niño M. abandonó voluntariamente la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria que le venía suministrando la Empresa demandada, necesariamente habría concluido que el demandante perdió el derecho a la prestación en dinero por incapacidad parcial alegada, y consecuencialmente, ha debido absolver a Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea 'EFA' Limitada, de la petición formulada en la demanda por este concepto, tal como absolvió de las peticiones correspondientes a salarios por los días transcurridos en estado de incapacidad y al valor de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria".

Se estudia el cargo.

El ad quem en la sentencia acusada al tratar lo relacionado con los salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad se expresó así:

"El accidente de trabajo sufrido por el autor es un hecho que se configura en los autos y su realidad está aceptada por la parte demandada. La consecuencia de ese accidente está determinada por el dictamen médico número 073 de fecha 9 de abril de 1970 que obra a folio 59. Según este dictamen el actor 'presenta cicatriz facial en la región malar derecha', y por tal motivo tiene 'una disminución de la capacidad laborativa del 20%, la cual al ser consecuencia de un imprevisto laboral, le daría derecho a la indemnización equivalente'. Este concepto médico, como bien lo anota el a quo, no ha sido objetado en el juicio, así que su contenido ofrece mérito probatorio suficiente para proceder conforme a él. En el caso sub lite el patrono debe responder por la consecuencia del accidente sufrido por el actor porque no se demostró que el insuceso se debió a la provocación deliberada o culpa grave del demandante, pues la certificación que obra a folio 67 habla del día 20 de septiembre de 1969 como fecha en que el actor no tenía su licencia técnica vigente, y el contrato tiene fecha 30 de septiembre de 1969, o sea una fecha posterior; por otra parte, esa certificación podría servir, a lo sumo, como un principio de prueba de violación de la cláusula novena del contrato de trabajo por parte del actor, lo cual daría lugar a que el patrono pudiera terminar unilateralmente dicho contrato, pero no constituye prueba de la culpa del actor en el accidente que se examina; en cambio, está demostrado en los autos que en el momento en que ocurrió el accidente el actor estaba vinculado con la demandada por un contrato de trabajo, y que el hecho imprevisto y repentino de la caída del avión sobrevino con ocasión al trabajo y sin culpa del trabajador según se infiere de la declaración testimonial que obra al folio 79, que por la sinceridad y claridad que hay en ella convencen a la Sala de su veracidad. Por las razones vistas, se encuentra conforme a derecho lo resuelto por el Juez a quo al respecto, por lo que habrá de confirmarse".

Ciertamente, como se desprende de la transcripción del anterior pasaje de la providencia acusada, el ad quem no tuvo en cuenta ni menciona siquiera el artículo 208 invocado por la censura como dejado de aplicar, por lo que según él se incurrió en violación directa por ese concepto.

Empero, esta norma sustancial dice que:

"El trabajador que sin justa causa se niegue a recibir la atención médica que le otorga el patrono, pierde el derecho a la prestación en dinero *que sobrevenga a consecuencia de esa negativa*" (se subraya).

De la letra misma del texto se desprende que para la efectividad de tal precepto se requiere:

a) *Que el patrono le suministre la atención médica al trabajador;*

b) Que el trabajador *sin justa causa se niegue a recibir esa atención médica,* y

c) Que *como consecuencia de esa negativa, sobrevenga* la incapacidad.

En el caso sub judice en parte alguna se ha expresado que aquella pretendida *negativa del trabajador hubiera sido causa de incapacidad* y menos de la de que aquí se trata, por cuanto esta incapacidad permanente parcial se ha atribuido al accidente en sí mismo considerado, con la resultante padecida por el trabajador piloto de una lesión en el rostro.

Las partes y el fallador están de acuerdo precisamente en que tal incapacidad que acaba de mencionarse fue consecuencia de aquel accidente, o mejor, resultado inmediato del mismo.

En estas condiciones, si el fallador de segundo grado no tuvo en cuenta el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo precitado, para este caso, no aparece la violación directa señalada por el casacionista porque él regula una situación distinta de la contemplada en el motivo sub lite y no siendo aplicable el precepto no puede haber tal violación, por lo tanto el cargo no prospera.

"Segundo cargo:

"La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 208 del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de aplicarlo siendo el caso de hacerlo, 204, regla 2ª, literal b), y 209 del mismo Código al aplicarlos indebidamente, y por la no aplicación de los artículos 51 y 145 del Código Procesal del Trabajo y los artículos 175, 187, 251, 252, 258 y 279 del Código de Procedimiento Civil, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en errores de hecho de manifiesto en los autos provenientes de la falta de estimación de la prueba que obra a folio 69 del primer cuaderno y que corresponde a la certificación expedida por el Médico Director del Hospital San Lorenzo de Armero, perteneciente a la Beneficencia Municipal de dicha ciudad, de fecha 13 de abril de 1970. Con este documento auténtico se demuestra, sin lugar a dudas, que Julio César Niño M. fue atendido en el mencionado Hospital por el doctor Armando García Restrepo por un lapso de dos días, habiendo sido pagada la cuenta de los servicios prestados por la Empresa demandada. Así mismo se acredita que el señor Julio C. Niño egresó voluntariamente del Hospital el día 10 de octubre de 1969, esto es abandonó, sin justa causa, la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que le estaba suministrando la sociedad Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea 'EFA' Limitada.

"El honorable Tribunal no consideró esta prueba al estudiar la petición relacionada con indemnización por incapacidad permanente parcial, haciéndose más protuberante su omisión si se tiene en cuenta que al resolver sobre otras peticiones vinculadas al mismo accidente sufrido por el actor tales como valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y el reconocimiento de los salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por el accidente de trabajo le dio plena validez al documento auténtico que se viene analizando. En efecto, al estudiar la prueba documental que corre al folio 69 para peticiones distintas a la indemnización en dinero por incapacidad, el sentenciador de segundo grado encontró que con ella se demostraba plenamente que el actor Julio C. Niño M. abandonó voluntariamente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que la sociedad que represento le estaba suministrando en cumplimiento de las obligaciones legales, y concluyó que tal actitud exoneraba al patrono de las obligaciones que en cuanto a salarios completos, correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo y al valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria se reclamaban, por lo cual confirmó la absolución que por tales conceptos hizo el a quo.

"La falta de apreciación de esta prueba, en lo relacionado con la petición de indemnización por incapacidad permanente parcial, llevó al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— a incurrir en los siguientes errores de hecho ostensibles y de manifiesto en los autos:

"1. No dar por demostrado, estándolo, que con motivo de un accidente sufrido por el señor Julio C. Niño M., la sociedad Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea 'EFA' Limitada, en cumplimiento de sus obligaciones legales, le estaba suministrando asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

"2. No dar por demostrado, estándolo, que el actor Julio C. Niño M. abandonó voluntariamente la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria que le venía suministrando la mencionada sociedad, al retirarse, sin motivo justificado, del Hospital San Lorenzo de la Beneficencia Municipal de Armero el día 10 de octubre de 1969".

La Corte observa:

Anota el casacionista que esos errores cometidos por el Tribunal insidieron en la decisión condenatoria y que de no haberlos cometido hubiera absuelto a la empresa demandada por ese concepto, y repite que al abandonar el señor Niño el Hospital de Armero voluntariamente, se negó injustificadamente a recibir las atenciones médicas, por lo que perdió el derecho a las consiguientes prestaciones entre ellas esta de la indemnización por incapacidad permanente parcial, al tenor de lo dispuesto por los artículos 208 y 209 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este cargo el casacionista estima violado el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo por la vía indirecta a través de los errores de facto que menciona, pero como en el cargo anterior se vio cómo este mencionado artículo no es aplicable al caso controvertido porque él regula una situación diferente, no es menester entrar a su examen de fondo. Y por otra parte no se ensayó demostrar siquiera que la incapacidad sufrida por el demandante fuera consecuencia

de la negativa a recibir la atención médica que se le ha atribuido.

No prospera este cargo.

La demanda del actor del juicio.

Fija el casacionista el alcance de su demanda de la siguiente manera:

"El alcance de la impugnación se orienta a que, en guarda del derecho se acceda a la siguiente petición: se infirme el fallo proferido en este proceso por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, y calendado a 15 de noviembre de 1971, por las causales de casación propuestas y debidamente fundamentadas en cada uno de los cargos expuestos, a fin de que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo condene a la parte demandada por los conceptos en que dejó de hacerlo el juzgador de segunda instancia, ordenando los reajustes sobre condenas ya impuestas por el honorable Tribunal".

El petitum de esta demanda, es como lo señala la parte opositora defectuoso. Evidentemente no anota el casacionista precisamente en qué forma deben hacerse los pronunciamientos si la sentencia es casada, con todo, comoquiera que al terminar el primer cargo dice que: "la honorable Corte Suprema —Sala Laboral— debe acceder a decretar: el pago de la indemnización por despido; la indemnización por falta de pago; el auxilio monetario por incapacidad y asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que fuere necesario, para que se restablezca el derecho que le fue conculcado al trabajador Julio César Niño Muñoz, por tales conceptos". Quiere ello decir, interpretando esas peticiones, que lo que el censor pretende es que se quiebre la sentencia recurrida en aquello que le fue desfavorable, para que la Corte en Sede de Instancia confirme los que le fueron favorables pronunciados por el Juzgado a quo, y revoque los que le fueron adversos en el fallo proferido por éste, haciendo los reconocimientos impetrados.

La parte opositora critica la demanda en estudio como falta de técnica por lo que en su concepto, no es otra cosa que un alegato de instancia, desprovisto del rigor formal de la casación lo que según él la hace inaceptable para su examen de fondo.

La Sala observa que, si bien es cierto que la demanda es desordenada, dentro de ella se comprenden los elementos mínimos formales necesarios para su estudio por lo que se procede en consecuencia.

Invoca el casacionista la causal primera de casación y con fundamento en ello presenta los siguientes cargos:

Primer cargo.

"Hubo, afirmo, violación por el sentenciador del artículo 8 del Decreto-ley 2351 de 1965, numeral 4º, literal a), que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; violó el ad quem, igualmente, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 16 del Decreto 2351 de 1965; se violó así mismo, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 277 del mismo estatuto jurídico, *violación directa que consiste en no haberles dado aplicación a las referidas normas sustanciales del Código del Trabajo,* a hechos debidamente probados dentro del proceso, por lo que, consecuencialmente, el fallo de la segunda instancia se abstuvo de decretar el pago de la indemnización por despido, equivalente a cuarenta y cinco (45) días de salario; la indemnización por falta de pago, pues a la terminación del contrato, el patrono no pagó al trabajador los salarios y prestaciones debidos, razón por la cual debía pagar al trabajador piloto, a título de indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo; y a reinstalar en el empleo al trabajador, al término del período de incapacidad temporal, incumplimiento éste que hace catalogar el despido como injusto y que a la postre, conduce a la conducta omisiva del Tribunal de dar aplicación y decretar, consiguientemente, el valor del auxilio monetario por enfermedad, esto es, que el patrono debía pagar al trabajador, en nuestro caso, un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días de su salario, o como se dijo en la demanda, 'los salarios correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo' y el ad quem ha debido decretar el pago de la asistencia médica, farmacéutica y quirúrgica, a que fue sometido el actor para su recuperación, como consecuencia de ese accidente de trabajo.

"Esta infracción directa de la ley sustancial ocurrió cuando (sic) a las normas citadas, que son de meridiana claridad, en la sentencia se dictó una resolución que pugna en forma franca y abierta contra las disposiciones que se dejaron reseñadas.

"Lo lógico es que el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, ha debido darles aplicación a las precichas normas sustanciales, tal como debía hacerlo".

Subsiguientemente bajo el capítulo "concreción del cargo" señala el casacionista los hechos

materiales a su juicio acreditados para obtener una declaración positiva de los pedimentos a que se refiere, vale decir, que estima demostrados esos supuestos de hecho de que da cuenta en sus argumentaciones para concluir que en consecuencia el fallador de segundo grado *no aplicó* los preceptos que enumera al principio, por lo que según él se incurrió en violación directa por ese motivo.

Pero la sala observa que tratándose de un accidente de trabajo, el censor no citó las disposiciones sustanciales que tutelan los pretendidos derechos emanados de ese accidente relacionado en la demanda, por lo que su proposición jurídica resulta incompleta en esta parte.

En lo referente a la llamada "reinstalación" del trabajador en el empleo al término de la incapacidad temporal a que alude el cargo, esta es una petición nueva inaceptable en casación, porque ese tópico no fue motivo de la demanda original ni objeto de la decisión en el plenario y cambia por tanto la relación jurídico procesal.

Por cuanto corresponde a las otras disposiciones sustanciales que indica como no aplicadas por el ad quem, si bien es cierto que en la sentencia acusada no se citan todas ellas, el Tribunal hizo un estudio por capítulos relacionados con: salarios correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad; valor de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria; indemnización equivalente a los 45 días de salario por despido sin justa causa e indemnización moratoria por no pago, lo que significa que sí tuvo en cuenta los preceptos correspondientes, empero para esas conclusiones que no fueron del agrado del actor del juicio.

La Corte ha sostenido reiteradamente que, la falta de aplicación de un precepto constituye la *infracción directa típica,* por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, pero en el caso sub judice, como queda advertido, no hubo ignorancia del ad quem de los preceptos indicados por el censor, ni rebeldía contra ellos, sino aplicación de los mismos con efectos diferentes a los impetrados por el demandante.

Por último, cabe anotar que el casacionista invoca como no aplicados por el ad quem, los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, y con fundamento en ellos arguye dentro del cargo que, el Tribunal ha debido decretar "un auxilio monetario por enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días de salario, o como se dijo en la demanda 'los salarios correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo' y el ad quem ha debido decretar el pago de la asistencia médica, farmacéutica y quirúrgica, a que fue sometido el actor para su recuperación, como consecuencia de ese accidente de trabajo". Empero, las disposiciones sustanciales precitadas se refieren específicamente a *incapacidad ocasionada por enfermedad no profesional,* tema que no es el de la ocurrencia en el caso sub judice, toda vez que la base fundamental de la demanda estriba en la incapacidad derivada de un accidente de trabajo padecido por el actor del juicio y no de una enfermedad no profesional, lo que es bien distinto.

El cargo por lo tanto no prospera.

Segundo cargo.

"Con base en la misma causal primera del Decreto ejecutivo número 528 de 1964, artículo 60, la sentencia impugnada violó indirectamente los artículos 8º del Decreto-ley número 2351 de 1965, numeral 4º literal a) sobre indemnización por despido sin justa causa; artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Decreto 617 de 1964, artículo 3º; artículos 127, 129, 140 y 141 sobre salarios, del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 203 numeral 2º; artículo 204, regla 1ª y literal a) de la regla segunda del mismo artículo del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 205, 206, 207 y 208 del Código Sustantivo del Trabajo sobre prestaciones y consecuencias jurídicas del accidente de trabajo; artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 1610 del Código Civil; artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre cesantía y artículo 65 ibídem, sobre indemnización por falta de pago. Esta violación indirecta consiste en error de hecho evidente por el sentenciador, a causa de mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras, el cual condujo a la violación de las normas sustanciales que se dejaron citadas, pues en ocasiones, por equivocados razonamientos del juzgador de segunda instancia, se dan por establecidos hechos que no sucedieron, y, al contrario, se dan por no establecidos hechos que sí tuvieron ocurrencia.

"Para mayor inteligencia de este cargo, lo dividiremos en el mismo orden en que aparecen en la sentencia de segunda instancia los conceptos que, a continuación, se enuncian:

(...)

"Se observa que el mismo Tribunal acepta que el contrato de trabajo tuvo sus extremos desde el 1º de octubre de 1969 hasta el 18 de no-

viembre de 1969, pero. (sic). Pero, por falta de apreciación correcta y debida de la inspección ocular (Fls. 83, 84 y 85 del informativo), en concordancia con la cláusula segunda del contrato de trabajo, que aparece a los folios 2º y 40 del proceso, y los documentos que obran en una libreta al folio 12, se tomó por establecido un salario de $ 610.27 diarios, cuando en realidad dicho salario es de $ 649.40 diarios, y ello se debió concretamente a que no se analizaron las pruebas que hemos dejado reseñadas, en su conjunto, sino que sólo se tuvo en cuenta la inspección ocular, y aún así, no se apreció esta prueba en su verdadero sentido, pues, de haberlo hecho, se hubiera accedido a las pretensiones del libelo demandatorio. Las pruebas y errores de hecho manifiestos en los autos, son los que siguen:

"1º Se da por demostrado, no siendo cierto, que el salario es o era de seiscientos diez pesos con veintisiete centavos ($ 610.27), cuando en realidad lo era de seiscientos cuarenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 649.40) diarios.

"El error de hecho, manifiesto en los autos, se debe a la *mala apreciación de las siguientes pruebas:* (se subraya)

"a) Falta de apreciación del contrato de trabajo, en especial de la cláusula 2ª, y del complemento de la cláusula 2ª (Fls. 2, 3, 40 y 41) en donde se estipuló un salario variable;

"b) Falta de apreciación de los boletines de información diaria de fumigación, en donde se indican: número de la orden, hectáreas fumigadas, clase de fumigación y fecha en que ella se efectuó. Y que sirven para el cómputo del salario;

"c) Falta de apreciación de la diligencia de inspección ocular practicada en la cuarta audiencia de trámite, el 1º de septiembre de 1970 (Fls. 83, 84 y 85).

"De haberse apreciado estas pruebas inequívocamente, se hubiera llegado a la conclusión de que el trabajador, en el lapso de la fumigación —1º a 8 de octubre de 1969— recibiría la suma de $ 5.195.20, en ocho días, lo que da un salario diario base de seiscientos cuarenta y nueve con cuarenta centavos ($ 649.40), que es el verdadero y real, y no el de $ 610.27 que caprichosamente se ha tomado por el juzgador.

"2º Se da por demostrado, no siendo cierto, que los valores incluyen hasta los valores de los bultos de abono aplicados, error manifiesto, pues, no se incluyeron tales valores, que corresponden, por un lado, a 32 bultos de abono, de acuerdo con la orden número 2279 y 27 bultos de abono, de acuerdo con la orden número 2276, a razón de $ 4.80 el kilo, que en total dan $ 283.20, error de hecho que altera el salario variable diario, para efecto de las liquidaciones respectivas.

"3º Se da por demostrado, no siendo cierto, que en la liquidación se incluyó la suma de $ 32.20, valor del salario en especie, suministrado al trabajador, por concepto de alimentación, y el cual, en vez de aumentarse al valor del salario en numerario, se le dedujo (Fls. 85 y 34, 35 y 36).

"Los errores 2º y 3º, que son errores de hecho manifiestos, provienen de la falta de apreciación de las siguientes pruebas:

"a) Falta de apreciación del contrato de trabajo, cláusula 2ª y complemento de la misma (Fls. 2, 3, 40 y 41);

"b) De los boletines de información diaria de fumigación (libreta al Fl. 12);

"c) Falta de apreciación de la inspección ocular practicada en la cuarta audiencia de trámite, el 1º de septiembre de 1970 (Fls. 83, 84 y 85);

"d) Falta de apreciación de las documentales que obran a los folios 34, 35 y 36, sobre salario en especie —alimentación— pagados por la empresa demandada a quien suministró alimentación al trabajador.

"Para mayor claridad, enseguida, hacemos la liquidación conforme a las pruebas dejadas de apreciar por el juzgador, esto es, teniendo en cuenta los precios por el trabajo desarrollado, conforme a la cláusula 2ª y su complemento que aparecen en el contrato de trabajo, las órdenes diarias de fumigación, el número de hectáreas fumigadas y número de bultos de abono aplicados:

Seguidamente presenta el censor la liquidación que anuncia y en el aparte denominado primera conclusión expone:

"El juzgador de segunda instancia violó la ley sustancial, por infracción indirecta, a consecuencia de error de hecho *en la apreciación* de las pruebas: contrato de trabajo (Fls. 2 y 3, 40 y 41); los boletines de información diaria de fumigación (libreta Fl. 12) documentales de los folios 34, 35 y 36 y la inspección ocular (Fls. 83, 84 y 85) ya que dejó de apreciar algunas de ellas y apreció incorrectamente otras, etc.".

En esta parte del cargo relacionado concretamente con los salarios variables percibidos por el demandante, plantea el casacionista la censura sobre la base de error en la apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, em-

pero la determinación precisa de las mismas no aparece de manera clara, para el uno y otro caso de los errores puntualizados.

Esta Sala de la Corte ha sostenido reiteradamente que, cuando de errores de hecho o de derecho se trata, el casacionista debe enunciarlo y definirlo sin dejar lugar a ningún equívoco, "y señalar las pruebas cuya falta de apreciación o estimación dio ocasión al error de hecho o de derecho, manifestando cuales fueron apreciadas, si bien erróneamente, y cuales no lo fueron, y teniendo presente que no cabe en el mismo cargo el ataque por falta de apreciación y por apreciación errónea de la misma prueba, pues si ésta no fue tenida en cuenta tampoco pudo ser apreciada, y si se la apreció fue porque se la tuvo en cuenta. Ni debe omitirse, si se quiere que la acusación quede debidamente fundada, exponer en forma clara qué es lo que la prueba acredita y cuál el mérito que le reconoce la ley, y en qué consiste la errónea apreciación del juzgador".

El casacionista involucra dentro del mismo cargo los conceptos de errada apreciación de las pruebas con el de falta de aplicación de las mismas, puesto que acepta que el Tribunal para determinar el salario que señaló en su sentencia tuvo en cuenta el contrato de trabajo y la inspección ocular, y cita parte de la sentencia del ad quem en donde éste sostiene que está demostrado el contrato de trabajo y que el salario promedio se extrae de la inspección ocular.

Empero a continuación indica que el error se debe a la *"mala apreciación de las siguientes pruebas"* para en seguida enumerar en las letras a), b) y c) como falta de apreciación del contrato de trabajo, de los boletines de fumigación y de la inspección ocular.

La conclusión de que el sentenciador cometió error de hecho con la mala apreciación de unas pruebas y falta de aplicación de otras, no puede quedar en el examen correspondiente a la voluntad de la Sala al estudiar el cargo en casación, pues ya se vio cómo, es el censor el que debe hacer la debida separación e informar en los fundamentos del ataque, cuáles pruebas fueron las erradamente apreciadas y cuáles las no tenidas en cuenta para los efectos conducentes.

Estos encontrados conceptos como queda advertido, impiden el examen a fondo de esta parte del cargo, dentro de la rigurosidad del recurso extraordinario, porque no es dable en el mismo ataque sostener que unas mismas pruebas fueron equivocadamente apreciadas y que no fueron tenidas en cuenta en absoluto.

Por lo expuesto, esta parte del cargo no puede prosperar con el alcance de que tampoco son viables las consecuencias o conclusiones que de este planteamiento hace derivar el recurrente, relacionadas con: "indemnización por incapacidad permanente parcial", "salarios por servicios prestados" y "valor del auxilio de cesantía".

Bajo el capítulo titulado: "salarios completos correspondientes a los días transcurridos en estado de incapacidad por accidente de trabajo", acusa el recurrente la sentencia, en este mismo cargo que se estudia, cuando ha debido presentar uno separado, si bien a esta parte le da individualización propia. Acontece igual con otros acápites que padecen de la misma falta de método. Dice el casacionista:

"El honorable Tribunal discurre así: '(...) estando en desarrollo de la prestación de los servicios contratados, y que debido a las lesiones que sufrió el actor, éste fue trasladado al Hospital San Lorenzo, de la ciudad de Armero (...). A folio 69 obra la certificación expedida por el Director del Hospital San Lorenzo de Armero, doctor Arturo Cardozo E., según la cual el demandante permaneció en esa institución (...) del ocho de octubre al diez del mismo mes y año, que de allí egresó voluntariamente y que la cuenta fue pagada por la Empresa de Fumigación Aérea(...)'.

"Y más adelante agrega el mismo Tribunal: 'En el caso sub judice, el actor abandonó voluntariamente la asistencia médica que el patrono le estaba suministrando, según se infiere de la certificación mencionada, por lo que la Sala encuentra conforme a derecho la decisión del a quo atinente a esta petición, por tanto habrá de confirmarse'.

"Del razonamiento del honorable Tribunal se colige que el juzgador da por establecidos hechos que no se sucedieron, o da por establecidos hechos que no se sucedieron y probaron plenamente.

"Esos errores de hecho manifiestos en los autos, son los siguientes:

"1º Dar por establecido que el trabajador accidentado fue trasladado por el patrono al Hospital de Armero, hecho este que no tiene ninguna comprobación dentro del proceso.

"2º Da por establecido, sin estar demostrado, que el patrono contrató la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, para el actor, en el Hospital San Lorenzo de Armero, cuando la verdad es que una tercera persona, el doctor Valencia, dueño de los cultivos que se iban a fumigar, quien condujo al trabajador accidentado y a su

compañero, Tirso Urueña, al hospital mencionado, donde les prestaron los primeros auxilios, según consta en la respuesta dada a la pregunta número 14 del pliego de posiciones absueltas por Julio C. Niño (Fl. 73), aseveración que no fue infirmada en los autos y que tiene el valor de confesión. De donde se deduce a las claras que no fue el patrono quien auxilió al accidentado, sino que simplemente se limitó a pagar la cuenta en el Hospital, de los servicios médicos que el propio Capitán Niño había contratado por su cuenta.

"3º Dar por establecido que el trabajador accidentado, señor Julio C. Niño M., se negó sin justa causa a recibir la atención médica que le suministró el patrono, cuando en realidad, dicho patrono no le prestó ninguna asistencia médica, quirúrgica, ni hospitalaria, pues, tal como se demostró anteriormente, dichos servicios fueron contratados por el propio Capitán Niño, ayudado por un tercero. Como se expresa en el libelo de la demanda, 'teniendo en cuenta la carencia de medios para la buena curación del actor, éste fue trasladado a Bogotá, D. E., en donde lo atendió el doctor C. Pedraza' (Fl. 15).

"4º No dar por establecida la época de la incapacidad, estando debidamente comprobados los extremos de ella, con la historia clínica suscrita por el doctor C. Pedraza N., documento que fue reconocido en la cuarta audiencia de trámite, por el mismo galeno, y el cual no fue tachado ni redargüido de falso. Dicha incapacidad se extiende desde el 8 de octubre hasta el 5 de noviembre de 1969 (Fls. 5, 6 y 76)".

Y como segunda conclusión expresa la censura:

"La falta de apreciación de la demanda, (Fls. 14 a 19) de la historia clínica (Fls. 5 y 6) y de las posiciones, respuesta a la pregunta número 14 (Fl. 73), llevó al sentenciador de segunda instancia a los errores de hecho que hemos señalado, lo que trajo como consecuencia que, por vía indirecta, se violara la ley sustancial, en sus artículos 203, 204, 205, 206, 207 y 208 del Código Sustantivo del Trabajo, vale decir que, casada la sentencia, la Corte tendrá que acceder a esta súplica de la demanda, ordenando la condena por este concepto".

Observa la Corte que, ciertamente como lo anota la censura en este aparte de su cargo, el Tribunal examinó la prueba que aparece al folio 69 del expediente, es decir la certificación expedida por el doctor Arturo Cardozo E., Director del Hospital de Armero que textualmente dice:

"(...) Que el señor Julio César Niño, identificado con la cédula de ciudadanía número 6741299 de Tunja, quien fue atendido en este Hospital por el doctor Armando García Restrepo, permaneció en esta institución por un lapso de dos (2) días y la correspondiente cuenta fue pagada por la Empresa de Fumigación Aérea E.F.A.

"El Capitán Niño ingresó en octubre 8 de 1969 y egresó voluntariamente el 10 de octubre de 1969.

"Armero, abril 13 de 1970. (Fdo.) doctor Arturo Cardozo E. - Médico Director".

Y de ese examen concluyó el fallador de segundo grado que el piloto Capitán Niño abandonó voluntariamente la asistencia médica que el patrono le estaba suministrando. Es decir, da por sentado que la parte patronal por sí misma o por medio de sus subordinados desarrolló alguna actividad tendiente a suministrar al trabajador accidentado, sin demora, la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria.

Pero, del texto de esa certificación expedida por el Director del Hospital de Armero, no puede derivarse lógicamente esa conclusión tan enfática, toda vez que lo único concreto que aparece en ella con respecto a la parte patronal es que ésta pagó la cuenta de esos servicios. Mas de esa certificación de pago no puede concluirse que fue la Empresa demandada EFA, la que, al ocurrir el accidente, procuró al trabajador los primeros auxilios y le proporcionó la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria. De ese escrito pues, no puede deducirse aquello que no reza y que el Tribunal dio por demostrado, toda vez que no hay comprobación en ella de que la Empresa hubiera tomado siquiera iniciativa alguna para atender al trabajador piloto en esa emergencia.

Deriva igualmente el ad quem de esa misma certificación que el demandante abandonó voluntariamente esa asistencia médica no demostrada, por lo que consideró que perdió el derecho a la prestación en dinero; pero es evidente que, del hecho de que el trabajador se trasladó a Bogotá para recibir mejor atención médica, no se puede deducir, en concordancia con la certificación en estudio, que se negó a recibir atención médica por parte del patrono, no sólo porque no está demostrado que éste se la hubiera prestado, sino porque la incapacidad sufrida por el actor del juicio fue consecuencia del accidente y no de la pretendida negativa.

Erró pues el Tribunal al dar a esa prueba un valor probatorio que no tiene, y aplicó indebida-

mente el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto como se dejó anotado en cargo anterior, cuando de la aplicación de este precepto se trata, la incapacidad *debe ser* consecuencia *de la* negativa del trabajador a recibir la atención médica *que le suministra el patrono y no aquella incapacidad derivada del accidente en sí mismo considerado, que es el caso de autos, porque la incapacidad padecida por el demandante fue resultado inmediato del aludido accidente.*

Por otra parte, es también evidente que, a folios 5 y 6 del expediente aparece la copia de la historia clínica expedida por el doctor C. Pedraza N., del Centro Ortopedia y Traumatología "El Lago", en donde consta el tratamiento que le fue suministrado en ese Centro al Capitán Julio Niño Muñoz, con motivo del accidente aéreo de que aquí se trata, tratamiento que empezó el 11 de octubre de 1969 y se prolongó hasta el 5 de noviembre del mismo año, historia esta que fue ratificada bajo juramento en la cuarta audiencia de trámite, folio 76; de esta prueba no tachada ni reargüida, no tenida en cuenta por el fallador de segundo grado para los efectos consiguientes, se concluye que el demandante estuvo incapacitado del 11 de octubre al 5 de noviembre, día en que se le anunció que podía reincorporarse a sus ocupaciones habituales; y como estuvo incapacitado en el Hospital de Armero dos días, el término de su incapacidad temporal acreditada es de 27 días.

Demostrados los errores evidentes de hecho que aparecen de manifiesto en los autos al apreciar equivocadamente la prueba analizada en primer término y al dejar de apreciar la relacionada en segundo lugar, prospera esta parte del cargo, con el alcance de que ello comprende la conclusión o consecuencia que el casacionista deriva de este mismo planteamiento, anotada en el título: valor de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, de lo que se tratará en las consideraciones de instancia.

Habrá pues de ser casada la sentencia en conformidad con la parte del cargo que prospera.

En lo atinente al capítulo:

"Indemnización equivalente a 45 días de salario por despido sin justa causa".

Dice el censor:

"El honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, afirma respecto a este tópico que, era justo el despido, haciendo uso del numeral 1º del artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy modificado por el artículo 3º del Decreto número 617 de 1954.

"Este es otro error de hecho, por cuanto la realidad es que el trabajador fue despedido 'por motivo del accidente', motivo éste inexistente en la legislación laboral vigente para dar por terminado el contrato de trabajo.

"El error predicho, de manifiesto en los autos, se debió a que el Tribunal omitió apreciar la contestación de la demanda, cuando el demandado, al contestar el hecho número 22 de la demanda (Fl. 24), expresa: 'en cuanto al hecho 22. No es exactamente cierto, pues el 18 de noviembre de 1969 la empresa se limitó a informarle que su período de prueba lo daba por terminado la empresa por motivo del accidente'.

"De lo anterior se colige que el trabajador fue despedido sin justa causa porque el accidente de trabajo no es causal para despedir.

"Quinta conclusión:

"La falta de apreciación del documento que contiene la contestación de la demanda, en especial el referente a la respuesta al hecho número 22, llevó al Tribunal a violar la ley sustancial, en forma indirecta, concretamente los artículos 80 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto número 617 de 1954, artículo 3º, y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por lo cual la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, una vez que case la sentencia, debe imponer la condena de 45 días de salarios, a razón de $ 649.40 diarios, que es el salario real".

Para resolver este punto se observa que sobre el particular el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

"En el contrato de trabajo que vinculó a las partes se pactó en la cláusula octava un período de prueba de dos meses. El período de prueba puede darse por terminado unilateralmente por cualquiera de las partes en cualquier momento, sin previo aviso (Art. 80 del C. S. T.). En el caso sub judice el patrono dio por terminado el contrato de trabajo, el día 18 de noviembre de 1969 (folio 4), o sea dentro del período de prueba estipulado puesto que la fecha de iniciación del contrato fue el 30 de septiembre de 1969 y la prestación personal del servicio de parte del trabajador comenzó el día 1º de octubre del citado año".

Este soporte del fallo tiene su fundamento en la nota de despido que aparece al folio 5 del expediente y que dice:

"Señor Julio C. Niño.
"La ciudad.

"Estimado señor y amigo:

"Habiéndole citado a usted varias veces por teléfono a esta oficina, manifestando que asistiría a nuestros llamados, cosa que no se ha llevado a cabo.

"El día 7 de noviembre se le dejó un cheque a su favor que aún no lo ha recogido, día este en que usted se ausentó totalmente de esta Empresa. Por lo tanto me permito informar a usted *que dentro del período de prueba, según nuestro contrato de trabajo se da por terminado dicho contrato.*

"De usted atentamente.

(Fdo.) Manuel González B., Gerente".

El Tribunal pues, tuvo en cuenta para su decisión al respecto, específicamente esta prueba por lo que ella es el soporte del pronunciamiento. Este aspecto no fue atacado por el casacionista, de donde si el fallador no comentó la contestación de la demanda al referirse al hecho 22, esa omisión no puede menguar el efecto decisorio deducido de aquella probación a la que el Tribunal dio el alcance que del texto mismo se desprende.

En consecuencia esta parte del cargo tampoco prospera.

Por último en cuanto corresponde a la indemnización moratoria dice así el demàndante:

"Indemnización por no haber pagado al actor los salarios y prestaciones sociales que se le deben:

"El honorable Tribunal de Bogotá, al decidir esta petición de la demanda, afirma que:

"a) Que la consignación o consignaciones efectuadas por el patrono, guardan proporción con la suma que la demandada resultaba debiéndole al actor por concepto de salarios y prestaciones cuando terminó el contrato;

"b) Que en ello se destaca el ánimo que asistió al patrono y la buena fe con que procedió al hacer las consignaciones mencionadas.

"Estas afirmaciones del honorable Tribunal de Bogotá, conllevan dos errores de hecho porque:

"1. Las consignaciones efectuadas, no guardan proporción y el pago es irrisorio en relación con la cantidad que el patrono sabía que debía.

"2. Además dichas sumas fueron consignadas extemporáneamente sin que tales pagos abarcaran todas y cada una de las prestaciones sociales.

"3. Resulta igualmente injurídico tal proceder del patrono, pues su conducta no está exenta de error de derecho o de ignorancia legal.

"A tales razonamientos errados llegó el Tribunal, por no haber apreciado la probanza que sigue:

"a) La contestación de la demanda (folio 15), donde el demandado al dar respuesta a los hechos 5º y 6º de la demanda, acepta la ocurrencia del accidente de trabajo, razón por la cual ha debido pagar al término del contrato todas las acreencias laborales, por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones;

"b) Las documentales que obran a los folios 126 a 131, en donde aparecen las cantidades irrisorias consignadas por el demandante, y lo extemporáneo de dichos pagos por consignación.

"Si a ello agregamos las argumentaciones que, al comentar cada una de las pretensiones de la demanda, (sic) se tiene sin lugar a dudas que, para el caso sub judice, a más de existir el amparo de la ley, asisten razones de mera justicia, para que prospere la condena por este concepto".

"Séptima conclusión.

"Los errores de hecho que atrás se mencionaron llevaron al Tribunal a violar la disposición sustancial del Código Sustantivo del Trabajo que se contiene en el artículo 65 de dicha obra, *no dándole aplicación,* debiendo hacerlo, por lo cual, a tiempo que se case la sentencia, la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, habrá de imponer la condena por indemnización moratoria". (Se subraya).

Como se observa claramente, en este aparte del cargo relacionado con la indemnización moratoria sostiene la censura que el Tribunal no aplicó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, empero él mismo cita del Tribunal aquellas consideraciones que precisamente por aplicación de esa norma sustancial, lo llevaron a considerar que siendo a su juicio estimables las consignaciones hechas por la parte demandada para cubrir lo debido al demandante, se destacó por ello el ánimo que asistió a la parte patronal y la buena fe al respecto.

De esta misma observación del recurrente se concluye que el ad quem tuvo en cuenta el mencionado artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, aún más, el Tribunal comienza ese paso de la sentencia con cita expresa del mencionado artículo, de donde se concluye que sí lo aplicó

pero para absolver a la parte demandada de esa reclamación de la demandante. "La absolución y la condena —ha dicho esta Sala de la Corte— conllevan la aplicación de precisas normas legales; en el primer caso por no haber encontrado que se demostraron los supuestos de hecho en que la norma se basa, y en el otro, por haber hallado que esos supuestos fácticos sí fueron debidamente establecidos".

En virtud de lo expuesto no prospera esta parte del cargo.

Causal segunda.

"Cargo único".

Invoca luego el demandante recurrente la causal segunda y con fundamento en ella formula un intitulado "cargo único" que presenta de la siguiente manera:

"El honorable Tribunal de Bogotá, al dictar su sentencia violó el principio procesal de la reformatio in pejus, que consiste en la prohibición de modificar desfavorablemente la situación del apelante, o de la parte en cuyo favor se surtió la consulta".

Presenta a continuación el ataque con los fundamentos que considera atinentes al caso de autos, por cuanto el Tribunal revocó o modificó algunas de las conclusiones que fueron falladas favorablemente al actor en primera instancia. Empero, olvida el casacionista *que las dos partes interpusieron el recurso de apelación* contra la sentencia de primer grado, y en este caso es obligación del fallador de segundo grado estudiar la situación jurídica de las dos partes en litigio, para dar a cada cual lo que considere que corresponde de conformidad con la deducción racional de las pruebas aportadas por la demanda y la defensa.

En este caso pues, no cabe de ninguna manera la reformatio in pejus, por obvias razones.

No prospera el cargo.

Consideraciones de instancia.

Además de las observaciones efectuadas en lo atinente a salarios completos durante la incapacidad padecida por el actor del juicio, al hacer el examen de la parte del cargo que progresa en la demanda del demandante recurrente, cabe anotar ahora que, allí se expresó que está demostrado con certificación médica no contradicha, que el actor accidentado señor Niño duró 27 días incapacitado, hasta cuando se le dio concepto médico en el sentido de que podía retornar a sus ocupaciones habituales. Acorde con esa demostración del número de días de incapacidad parcial deducida de esta certificación que se acaba de mencionar y de la expedida por el Director del Hospital de Armero, pruebas estas que operan en el juicio, la liquidación de los salarios completos que corresponden a aquellos días debe tomarse con fundamento en los salarios que fueron acreditados en la etapa probatoria.

Tanto el Juzgado como el Tribunal partieron de la base de que el señor Niño, trabajador piloto de la Empresa demandada, trabajó efectivamente en sus labores de tal del 1º al 8 de octubre de 1969, período dentro del cual ganó la cantidad de $ 4.882.20, de donde dedujeron un salario diario de $ 610.27 el que sirvió para las liquidaciones que fueron llevadas a efecto, salario diario cuyo monto no fue contradicho por la parte demandada ni en primera ni en segunda instancia, y que por tanto debe ser el tenido en cuenta para la regulación del valor de los salarios completos durante la incapacidad padecida por el demandante, que corre a cargo de la parte demandada en conformidad con lo expresado en el cuerpo de esta providencia.

Hecha esta observación, la parte demandada debe pagar al demandante por ese concepto de tales salarios completos la cantidad total de dieciséis mil cuatrocientos setenta y siete pesos con veintinueve centavos ($ 16.477.29) resultante de multiplicar el salario diario de $ 610.27 por el número de días de incapacidad parcial, o sean 27.

Por otra parte, como conclusión de este pedimento solicitó el actor del juicio le fuera reconocida por el patrón o parte demandada el valor de la asistencia médica y hospitalaria que recibió el señor Niño para obtener su recuperación, atención que como queda advertido está comprobada con la historia clínica a que se ha hecho referencia en el primer paso de las consideraciones de instancia y cuyo valor es de tres mil pesos según el comprobante de pago que obra al folio 11 del expediente, pruebas estas no rechazadas ni objetadas por la parte demandada y con las que se demuestra el servicio prestado y el monto del valor del mismo.

En consecuencia la parte demandada deberá pagar al demandante además de los indicados salarios completos durante la incapacidad parcial, el mencionado valor de los servicios médicos que fueron cubiertos por el Capitán Niño.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto absolvió a la parte demandada del pago de los salarios completos durante los días de incapacidad parcial, y del valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, y en sede de instancia, revoca lo resuelto por el Juzgado del conocimiento en el ordinal segundo de la parte resolutiva, en cuanto absolvió a la parte demandada por estos mismos conceptos, en el fallo dictado en este juicio con fecha veinticuatro de marzo de ese mismo año, y en su lugar condena a la parte demandada a pagar al demandante la cantidad de dieciséis mil cuatrocientos setenta y siete pesos con veintinueve centavos ($ 16.477.29) por concepto de salarios completos durante la incapacidad, y tres mil pesos moneda legal ($ 3.000) por valor de la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria.

No la casa en lo demás.

Con costas en el recurso a cargo de la parte demandada recurrente.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. — El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., ocho de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.)

Sección Segunda - Acta número 5.

Raúl Vélez Angel demandó por medio de apoderado judicial al *Instituto de Mercadeo Agropecuario,* establecimiento público con domicilio en Bogotá, representado por su Gerente, y previa citación y traslado al Procurador del Distrito de Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condenare a pagar el valor del reajuste de cesantía, compensación en dinero de vacaciones, "salarios caídos" a razón de doscientos veinte pesos con 86/100 ($ 220.86) diarios a partir del 12 de abril de 1965 y hasta la fecha en que el demandado le pague o consigne al demandante las prestaciones sociales que se le adeuden.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos: "1. El ingeniero Raúl Vélez Angel laboró al servicio del Instituto de Fomento Algodonero desde el 2 de marzo de 1960 al 12 de enero de 1965. 2. El empleo que desempeñó fue el de ingeniero agrónomo de la División de Algodón en el mismo establecimiento y con una asignación mensual de $ 6.625.29, incluyendo sueldo básico, primas y remuneraciones extralegales. 3. Durante el tiempo en que estuvo vinculado el ingeniero Raúl Vélez Angel al Instituto de Fomento Algodonero celebró un contrato de formación profesional en el exterior y que lleva fecha 26 de noviembre de 1960. 4. Al terminarse el nexo jurídico-laboral entre el demandante y el Instituto de Fomento Algodonero, sólo le reconocieron estas prestaciones: $ 18.621.27 por auxilio de cesantía y $ 4.500 por vacaciones. 5. El Instituto de Fomento Algodonero al ordenar la liquidación de prestaciones sociales, no tuvo en cuenta, sin razón atendible, el tiempo en que estuvo prestando sus servicios el ingeniero Raúl Vélez Angel en el exterior. 6. El Instituto de Fomento Algodonero fue sustituido, por ministerio de la ley, por el Instituto de Mercadeo Agropecuario, quien debe asumir con el pago de los derechos materia de esta pretensión. 7. Ante el Instituto de Fomento Algodonero se agotó el procedimiento gubernativo. 8. El Instituto de Mercadeo Agropecuario está en mora de solucionarle el valor del auxilio de cesantía y las vacaciones por todo el tiempo servido al IFA por el ingeniero Raúl Vélez Angel, haciéndose responsable de la sanción de los denominados 'salarios caídos' ".

El apoderado del Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), al contestar la demanda aceptó unos hechos y negó otros, fundamentando principalmente su defensa en que la entidad demandada no celebró contrato alguno de formación profesional con el demandante, quien estuvo estudiando en el exterior en virtud de una beca que le otorgó la Universidad Nacional, habiendo recibido además durante ese lapso un auxilio de $ 2.000 por parte del IFA. Alega también, que el contrato de trabajo se suspendió por mutuo consentimiento durante el tiempo que el doctor Raúl Vélez Angel permaneció en el exterior.

El Procurador del Distrito Judicial de Bogotá negó los hechos y propuso la excepción de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bo-

gotá, que conoció del juicio, en sentencia dictada el primero de febrero de mil novecientos setenta y dos absolvió al Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) de todos y cada uno de los pedimentos de la demanda, y condenó en costas al demandante.

Apeló el apoderado del demandante y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* Sala Laboral, decidió la alzada en providencia de once de julio de mil novecientos setenta y dos, cuya parte resolutiva dispuso: "1º Revócase el fallo revisado, y en su lugar declárase legalmente probada la *excepción de prescripción* de las acciones demandadas, propuesta por el señor Procurador del Distrito Judicial, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia. 2º Como consecuencia de lo anterior absuélvese a la parte demandada de los cargos formulados por Raúl Vélez Angel en el presente juicio. 3º Condénase al demandante a pagar las costas del juicio en las dos instancias".

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá a continuación previo el estudio de la respectiva demanda y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

El recurrente pretende: "que se case la sentencia recurrida que en su parte resolutiva declaró 'legalmente probada la excepción de prescripción de las acciones demandadas' absolviendo a la 'parte demandada de los cargos formulados por Raúl Vélez Angel' y que la Corte en función de instancia acceda a las pretensiones de la demanda por los conceptos de reajustes de auxilio de cesantía definitiva y de vacaciones, lo mismo que la indemnización por los denominados 'salarios caídos' ".

Con fundamento en la causal 1ª de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"Violación directa de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y 151 del Código de Procedimiento del Trabajo, 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, en relación con los artículos 2º de la Ley 72 de 1931, 1º y 2º del Decreto 1054 y 3º del mismo Decreto de 1948, 2º del Decreto 434 de 1941, 1º y 2º del Decreto 2939 de 1944, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º y 4º, 6º y 7º del Decreto 1160 de 1947 y 1º del Decreto 797 de 1949".

Al sustentar la acusación el casacionista dice: "la sentencia impugnada absuelve al Instituto de Mercadeo Agropecuario 'Idema' al declarar probada la excepción de prescripción, con aplicación indebida del régimen prescriptivo que autorizan los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores privados, dejando de aplicar los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral, 2º y 3º del Código Sustantivo del Trabajo, normas tutelares del Sistema legal aplicable a los trabajadores oficiales, todo lo cual llevó al Tribunal sentenciador a quebrantar las normas consagratorias del derecho a vacaciones, auxilio de cesantía definitiva y los denominados 'salarios caídos' ".

Transcribe un párrafo del fallo recurrido y continúa: "de otra parte, aceptan tanto el Tribunal como las partes los extremos de la relación contractual-laboral (2 de marzo de 1960 al 12 de enero de 1965), como también que se trata de un trabajador oficial, que el reclamo administrativo se hizo el 11 de diciembre de 1967 (Fls. 32 y 33) y que la demanda fue notificada al Gerente del Instituto de Mercadeo Agropecuario el 9 de diciembre de 1970 (Fl. 6). Siendo ello así la sentencia acusada aplicó indebidamente los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo que estatuyen que las acciones correspondientes a los derechos regulados en este estatuto legal prescriben en tres (3) años y que el 'simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez', lo cual es un error de diagnóstico por cuanto en el asunto *sub lite* no se reclaman pretensiones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo y quien promovió las acciones materia del conflicto es un típico trabajador oficial".

Por último, agrega el recurrente que lo anterior llevó al Tribunal a incurrir en falta de aplicación de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, lo que a su vez lo indujo a la falta de aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y al desconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones sociales que reclama el demandante, cuyas normas protectoras fueron singularizadas en el cargo.

El opositor hace reparos a la formulación del cargo y considera que el Tribunal aplicó debidamente los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, que a su juicio derogaron el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, pues además de posteriores, regularon íntegramente la materia de prescripción.

Se considera:

En relación con la excepción de prescripción propuesta por el Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, se refirió el Tribunal Superior a las normas que regulan la prescripción en los siguientes términos: "gobiernan el evento de la prescripción en las acciones obrero-patronales, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, normas estas que señalan un período de tres años para que se opere esta situación, contados ellos a partir de la fecha en que las respectivas obligaciones se hicieron exigibles. Empero, tanto el último de los artículos citados como el 489 del Código Sustantivo del Trabajo, determinan que la prescripción puede interrumpirse por un lapso igual de tres años mediante un simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, y relacionado con el derecho o derechos pretendidos. De manera que éste disfruta de un privilegio otorgado por la misma ley, para, por sí mismo, y sin ningún requisito solemne, hacer que la prescripción se interrumpa, reclamando dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se cause el presunto derecho, su cancelación de pago".

Es decir, que para resolver sobre la prescripción, aplicó tanto el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo como los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo. De este modo no podía incurrirse en la violación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo por falta de aplicación, pues como ya se dijo, sí fue aplicado por el ad quem, que la hizo producir los mismos efectos de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia el cargo está mal formulado al predicarse falta de aplicación de una norma que sí fue aplicada. No prospera la acusación.

Segundo cargo.

"Infracción directa de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral, por aplicación indebida, en relación con los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, 2º de la Ley 72 de 1931, 1º, 2º y 3º del Decreto 1054 de 1948, 2º del Decreto 484 de 1941, 1º y 2º del Decreto 2939 de 1944, 1º de la Ley 65 de 1946, 1º, 2º, 4º, 6º y 7º del Decreto 1160 de 1947 y 1º del Decreto 797 de 1949. Demostración. Dentro del supuesto jurídico de que la Corte estime que el sentenciador de segunda instancia aplicó el artículo 151 del Código Procesal Laboral, esta aplicación resulta indebida, por cuanto en el contenido del precepto en examen no se estatuye que la prescripción extintiva se interrumpe por una sola vez. Simplemente la norma en comento ordena que la prescripción se interrumpirá 'pero sólo por un lapso igual'. Y tan cierta es la afirmación que antecede que la mencionada regla fue reproducida por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que en lo pertinente dice: 'Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual'. Como también aplicó indebidamente los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, reglas que regulan la prescripción en el derecho individual del trabajo para el trabajador privado y no el público u oficial, a que se contrae el artículo 151 del Código Procesal Laboral. La posición del Tribunal, por medio de la sentencia acusada, lo indujo a desconocer los derechos que con justicia pretende el demandante, fijados en el *petitum* de la demanda y como consecuencia se violaron las normas consagratorias del auxilio de cesantía definitiva, compensación en dinero de vacaciones y los denominados 'salarios caídos', citados en este cargo".

Se considera:

Aun cuando el impugnador se refiere a la infracción directa de unas normas por aplicación indebida, lo que implicaría una acusación por dos conceptos incompatibles, entiende la Sala que se refiere a la violación directa por aplicación indebida de unas normas, lo que sí es admisible.

Respecto a los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene razón el recurrente cuando afirma que ellos no son aplicables a las relaciones entre los trabajadores oficiales y la administración pública, porque el citado Código no se aplica a dichos trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del propio estatuto laboral. Pero la violación medio de tales normas no es suficiente para la prosperidad del cargo, por cuanto el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo fue correctamente aplicado.

Dice esta norma: "Prescripción. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el pa-*

trono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".

Cuando el artículo transcrito dice que se interrumpirá la prescripción por un lapso igual, está disponiendo que la interrupción no es indefinida, sino por el término de tres años, vencidos los cuales, obviamente, se opera el fenómeno de la prescripción. La circunstancia de que no diga que sólo se interrumpe por una sola vez, como sí lo establece categóricamente el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, no significa que autorice la interrupción indefinida con sólo presentar escritos al patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado antes del vencimiento de los tres años que han corrido desde que se produjo la interrupción. Esta conclusión no emana del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, sino todo lo contrario, pues al decir expresamente que la prescripción se interrumpe "pero sólo por un lapso igual" está limitando en el tiempo la interrupción a tres años, término cuya ampliación no está contemplada en la misma disposición, que, se repite contrae la interrupción solamente al lapso indicado.

No habiendo el Tribunal Superior aplicado indebidamente el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida dictada el once de julio de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4260

Acta número 5.

Manuel Cabarico Bautista, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 137553 expedida en esta ciudad, demandó por medio de apoderado *a la Nación Ministerio de Minas y Petróleos y a la Caja Nacional de Previsión* para que fueran hechas las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª Declarar la existencia de un contrato de trabajo verbal celebrado entre la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos, como entidad patronal y el señor Manuel Cabarico Bautista, como trabajador, durante el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1949 y el 6 de septiembre de 1968.

"2ª Condenar a la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos a pagar a mi poderdante las sumas de dinero que resulten de la liquidación por los siguientes conceptos:

"a) Lucro cesante en virtud de rotura unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte de la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos;

"b) Indemnización moratoria o salarios caídos por falta de pago de lo reclamado en el literal anterior de acuerdo al Decreto 797 de 1949.

"3ª Condenar a pagar a las demandadas a favor del actor en este negocio, solidaria o separadamente, los siguientes conceptos:

"c) Pensión jubilatoria, en razón de haber prestado sus servicios el demandante a la Nación más de quince (15) años y haber sido despedido sin justa causa;

"d) A la Caja Nacional de Previsión Social condenarla en costas".

En apoyo de las pretensiones, el apoderado presentó los siguientes hechos:

"1º En virtud de contrato de trabajo verbal, celebrado entre la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos, como entidad patronal y el señor Manuel Cabarico Bautista, como trabajador, éste prestó sus servicios durante el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1949 y el 6 de septiembre de 1968.

"2º El cargo desempeñado por el actor en este negocio fue de Laboratorista VI, Grado 10, Nivel B, Sección de Estatigrafía, y Palientología División de Estudios Geológicos, en examen de muestras petrolíferas, etc.

"3º Como retribución a sus servicios el demandante recibió la cantidad de $ 1.260 mensuales a título de salario.

"4º Con fecha 6 de septiembre de 1968 y sin que mediara causa justificada de ninguna naturaleza la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos, resolvió unilateralmente dar por terminado con mi poderdante el contrato de trabajo que la vinculaba, causándose en esta forma en favor de mi poderdante el lucro cesante y demás conceptos impetrados en esta demanda.

"5º Las demandadas adeudan al actor en este proceso todos los conceptos a que se contrae el presente libelo".

El representante judicial de la Caja Nacional de Previsión no admitió los hechos del libelo, se opuso a las peticiones de él y propuso excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda, declinatoria de jurisdicción, y falta de causa para pedir.

El Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, obrando como representante de la Nación, negó los hechos presentados en la demanda, se opuso a las declaraciones y condenas impetradas y propuso excepciones de prescripción y la general.

En sentencia de veintisiete de agosto de mil novecientos setenta y uno, el Juez Primero del Circuito Laboral de Bogotá absolvió a las demandadas de todos los pedimentos y condenó en costas al actor. El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de diez y seis de junio de mil novecientos setenta y dos, confirmó el fallo del a quo y condenó en costas al apelante. El apoderado de Manuel Cabarico Bautista interpuso oportunamente el recurso de casación contra dicha providencia, le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

El impugnador pretende la casación del fallo de segundo grado para que se revoque la sentencia de primera instancia y se despachen favorablemente las súplicas del libelo inicial. La acusación está presentada en dos cargos que se estudiarán junto con los escritos de los opositores.

Primer cargo.

"La sentencia impugnada viola directamente, por falta de aplicación los siguientes preceptos sustanciales: artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 que establece la presunción del contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe; los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del mismo Decreto 2127/45, que en su orden establecen: definición de contrato de trabajo; requisitos del mismo; que reunidos los elementos exigidos el contrato de trabajo existe no obstante cualquier circunstancia, y la excepción a la regla general de que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contrato de trabajo. Los artículos 51 y 52 del referido Decreto 2127/45 que consagran en su orden: derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al plazo pactado o presuntivo, y la existencia ficcionada del contrato de trabajo hasta que el patrono ponga a disposición del trabajador lo que le adeude a la terminación del contrato por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales. Los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 que estatuyen en su orden: contrato de trabajo; término presuncional en los contratos celebrados por tiempo indefinido, y condición resolutoria en todo contrato laboral por incumplimiento de lo pactado. El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 que establece el derecho a la pensión jubilatoria en favor de los trabajadores vinculados a la Administración Pública en virtud de contrato de trabajo. El artículo 8º de la Ley 171/61, así como el artículo 21 del Decreto reglamentario 1611/62 que respectivamente establecen: pensión jubilatoria cumplidos 50 años de edad, en caso de despido sin justa causa, después de 15 años de servicio; y finalmente se infringieron el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1º y sus parágrafos 1º y 2º, que consagra la indemnización moratoria o salarios caídos para los trabajadores vinculados a la Administración Pública en virtud de contrato de trabajo".

Para la demostración del cargo, el impugnador afirma que el ad quem admitió los servicios personales del demandante a la Nación, pero no aplicó la regla consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, por lo cual violó directamente dicha norma al dejar de aplicarla sin que las demandadas hubieran destruido la presunción.

Después de invocar una sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo sobre la presunción de contrato, el atacante manifiesta que es equivocado el criterio del Tribunal cuando absuelve con base en la negativa de las demandadas sobre la vinculación contractual.

El Procurador Delegado en lo Civil advierte que el cargo está mal formulado por cuanto se acusa violación directa de la ley por falta de aplicación, concepto que no consagra la legislación reguladora de la casación laboral, por lo cual considera que no debe estimarse el primer cargo.

El Procurador para el caso de que se estime el cargo, arguye que el Tribunal no se apoyó en la simple negativa de las demandadas, sino que confirmó lo decidido por el a quo, porque encontró como éste, que no se configuraban las excepciones de que trata el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; sostiene que los Decretos 1050, 3135 de 1968 y 1848 de 1969 son normas aclaratorias del precepto de 1945, y determinan la ca-

lidad de empleados públicos vinculados con relación administrativa a los trabajadores de los ministerios; y deduce de lo anterior que la presunción es la de que las relaciones entre la administración y sus servidores es administrativa y solamente constituyen contratos de trabajo cuando se encuentran en los casos de excepción señalados por la ley.

El apoderado de la Caja Nacional de Previsión prohija las razones alegadas por el Procurador Delegado y argumenta la falta de competencia por no existir contrato de trabajo, con base en una providencia del Consejo de Estado.

Se observa.

El recurrente no señala el concepto de la violación, ya que habla de violación directa por falta de aplicación, pero los conceptos de la causal primera de casación laboral son: interpretación errónea, infracción directa y aplicación indebida.

El artículo 90 del Código Procesal del Trabajo exige que se exprese uno de esos conceptos para que sea estimable la acusación. Además, en el desarrollo del cargo el impugnador habla unas veces de falta de aplicación y otras de criterio equivocado, lo que no permite saber cuál de los tres conceptos es el que constituyó la violación de la ley.

Por tales motivos es inestimable el cargo.

Segundo cargo.

Manifiesta el atacante:

"La sentencia acusada viola indirectamente el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por indebida aplicación, en relación con los artículos 1º, 2º, 3º, 51, 52 del mismo Decreto 2127/45; 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, así como el artículo 17 de la misma ley; artículo 8º de la Ley 171 de 1961; artículo 21 del Decreto reglamentario 1611/62 y el artículo 1º y sus parágrafos 1º y 2º del Decreto 797 de 1949".

En la demostración del cargo se afirma que las funciones desempeñadas por el demandante según los documentos de los folios 2 a 5, "no son típicamente estatales y pueden desarrollarse como en efecto se desarrollan en la actividad privada o particular".

Después de transcribir algunas sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo, el impugnador indica que hubo error de hecho al no dar el ad quem a las pruebas de folios 2 a 5, efecto probatorio de actividad comprendida en las que señala el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y al dejar de apreciar el documento de folio 40, que establece el salario recibido.

El Procurador Delegado en lo Civil alega que no se cometió el error de hecho planteado, pues el Tribunal al no encontrar que el demandante hubiese trabajado en instituciones de las señaladas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, absolvió correctamente, ya que la prueba se refiere a servicios prestados a una entidad oficial, no susceptible de ser fundada ni manejada por los particulares.

El apoderado de la Caja Nacional de Previsión apoya su oposición en las normas de los Decretos de 1968 ya citados, y hace énfasis en que el precepto se refiere a las instituciones y no a la clase de servicios prestados.

Se considera:

En la sentencia de primera instancia se lee:

"La regla general es la de que las relaciones entre los empleados públicos y la administración no están amparadas por las normas que regulan el contrato de trabajo, sino todo lo contrario por una relación de derecho público salvo en los casos siguientes: a) Cuando se trata de la construcción y sostenimiento de las obras públicas; b) Cuando el Estado organice y explote empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro; y c) Cuando se trate de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. A la imprecisión de la norma contenida en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 pusieron fin las contenidas en el Decreto 1050 de 1968 y muy especialmente el artículo 5º del Decreto 3135 del mismo año que distingue entre empleados públicos vinculados por una relación legal o reglamentaria y trabajadores oficiales ligados por una relación de trabajo.

"La explotación y usufructo de las minas y pozos petrolíferos es función que el Estado por ley se ha reservado y en cuanto a la institución misma, no puede haber una particular idéntica ni susceptible de ser fundada, ya que los Ministerios en general son apéndices del Estado. Por otra parte, la explotación que hace el Gobierno no es a título ni con ánimo de lucro directo sino que se refleja en beneficio común. No puede estimarse, en consecuencia, que el Estado esté suplantando la iniciativa privada ni puede decirse que es una institución idéntica a la de los par-

ticulares, porque como se dijo, no podría ser fundada por éstos y se está precisamente ante una de las actividades propias del Estado a través de uno de sus ministerios y por tanto sus trabajadores son empleados públicos, así se trate de funcionarios que desempeñen cargos de responsabilidad o trabajadores manuales, como es en el caso de un laboratorista, cargo que desempeñó el demandante".

El fallador de segundo grado dijo:

"Citado también en fundamento jurídico por el actor, el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, en lo tocante precisamente a la estructura del contrato de trabajo, insubsistencia y tiempo de servicio en las distintas ocupaciones al servicio de la Nación, Ministerio de Minas y Petróleos, se dé la prueba fehaciente en respaldo a cualquiera de los presupuestos exceptivos que la citada norma reglamentaria contiene para que se estructure el contrato ficto de trabajo del demandante con la Administración Pública, a través de las entidades demandadas; menos frente a la Caja Nacional de Previsión, ante la cual no tiene efectos legales la solidaridad invocada en las peticiones de la demanda. Como el juzgador de instancia con acierto, en la sentencia materia del recurso, respaldó su decisión con la negativa a la existencia del contrato de trabajo entre actor y demandadas, la sala procederá a impartirle su confirmación".

La disposición del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, en que el recurrente apoya su acusación, no es aplicable sino a los contratos de trabajo entre los particulares, pues ya el artículo 4º del mismo decreto indicó que "las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales".

Además, no sólo no rige la presunción, sino que solamente existe contrato de trabajo con la administración, en el régimen del artículo 4º citado, cuando precisamente se está en una de las excepciones expresamente señaladas por la misma norma.

Según el certificado de folios 4 y 5 del cuaderno principal, el demandante prestó servicios en el Ministerio de Minas y Petróleos como celador, como preparador y como laboratorista.

No se trata pues de "la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma...".

Los documentos que el recurrente indica como mal apreciados, no establecen que el demandante hubiese prestado servicios en entidades o instituciones de las expresamente exceptuadas por el artículo 4º, sino precisamente que sus relaciones con la administración se realizaron en el propio Ministerio de Minas y Petróleos, o sea que no se trató de construcción o sostenimiento de obras públicas, ni se refirió a empresas con ánimo de lucro y menos a las que son susceptibles de ser fundadas o manejadas por los particulares, ya que el Ministerio es una dependencia típicamente estatal.

En sentencia de dos de octubre de 1970 dijo esta Sala de Casación Laboral de la Corte:

"No aparece ni el error de hecho manifiesto, ni la equivocada interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 de que el casacionista acusa la sentencia, pues el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

"Nótese cómo el precepto citado dice relación a las funciones de la entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura, así: 'no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental, o municipal no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas *o de* empresas *industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de* instituciones *idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma' (los subrayados son de la Sala).*

"Por otra parte, la regla general es la de que el que sirve a la administración nacional, departamental, municipal, etc., es empleado público, y sólo, por excepción, son trabajadores oficiales, es decir, ligados por contrato de trabajo, los que laboren en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en empresas industriales, etc., que se exploten con fines de lucro o en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Por la época de la terminación de la relación administrativa, 6 de septiembre de 1968, (folio

2), no eran aplicables al caso los decretos citados por los opositores, que iniciaron su vigencia en diciembre del mismo año.

En sentencia de dos de agosto de 1972 dijo la Sala de Casación Laboral en pleno:

"Sin embargo, una consideración más detenida de aquellos decretos conduce a la corporación en pleno a rectificar la antecitada doctrina, porque, de un lado, el primero de los mismos es de carácter extraordinario, dictado en ejercicio de las facultades de tal índole concedidas al Presidente de la República, y no es jurídicamente posible que una ley resulte aclaratoria o interpretativa de un decreto reglamentario; para que este fenómeno ocurra la norma aclaratoria o interpretativa ha de ser de la misma categoría de la aclarada o interpretada; de otro modo lo que sucede es que el precepto legal deroga o modifica el del decreto reglamentario. Y entonces éste, tendría vigor hasta la entrada en vigencia de la ley, sin que ella pueda mirarse incorporada en aquél o como parte integrante suya.

"De otro lado, cuando el legislador interpreta con autoridad una disposición, lo hace en otra similar en que de modo claro, si no expreso, aparece el propósito interpretativo. Y el Decreto 3135 es un estatuto de carácter general 'por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales', que no muestra ese propósito, sino el de regular íntegramente la materia y derogar todas las disposiciones que le sean contrarias, según reza el último de sus artículos.

"En consecuencia, tampoco era aplicable al caso sub judice *el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 por no tener carácter declaratorio o interpretativo del 4º del 2127 de 1945".*

La falta de apreciación del documento del folio 40, sobre monto de la retribución recibida, no incide en la decisión, que se apoya sobre la naturaleza de la relación.

Por lo anterior, es claro que no hubo error de hecho en la apreciación probatoria, ya que la norma legal se refiere a instituciones y no a servicios idénticos a los que se prestan en las empresas particulares.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de diez y seis de junio de mil novecientos setenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Manuel Cabarico Bautista contra la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos y la Caja Nacional de Previsión.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

El gerente general de un establecimiento público es el representante legal del mismo y que si recibió éste la notificación de la demanda, se cumplió estrictamente el artículo 151 del C. de P. L., que es el aplicable al caso.

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

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 6.

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por *Carlos Clemow Lavalle* contra la sentencia pronunciada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta* el 18 de noviembre de 1970, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de la misma ciudad, en cuya virtud absolvió al *Instituto de Crédito Territorial* del pago de auxilio de cesantía, lucro cesante, vacaciones, primas de servicio, perjuicios morales y materiales e indemnización moratoria, reclamados por aquel en la demanda inicial del juicio, debido a haber halladas prescritas las acciones laborales ejercitadas.

El punto por decidir radica en el mencionado fenómeno extintivo cuyos elementos de hecho sintetiza así el casacionista:

"9. Trabada convenientemente la litis, mediante notificación hecha al Gerente del Instituto de Crédito Territorial, el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta desató la controversia por medio de la sentencia de fecha 30 de junio de 1960, en virtud de la cual condenó al establecimiento demandado en las cantidades de $ 147.67 por auxilio de cesantía, $ 5.266.66 por perjuicios y $ 16.66 diarios a partir del 7 de octubre de 1957 y 'hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones'. Se absolvió de las otras peticiones de la demanda y no hubo condenación en costas.

"10. Contra la anterior sentencia se interpuso por ambas partes el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, entidad que surtidos los trámites de la instancia declaró 'nulo lo actuado en este juicio desde el momento en que debió notificarse la demanda al señor Gerente del Instituto de Crédito Territorial, Seccional del Magdalena, o sea antes de la audiencia de conciliación' (Fl. 169).

"11. Vueltos los autos al Juzgado de origen, cumplida la exigencia ordenada por el *ad quem*, introducida la reforma de la demanda inicial en la debida oportunidad procesal, hechas las notificaciones de rigor y repartido el proceso al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Santa Marta, este Despacho declaró 'probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por el apoderado de la parte demandada'.

"12. Por apelación del apoderado del actor correspondió de nuevo al mismo Tribunal examinar el proceso, quien por sentencia proferida el 18 de noviembre de 1970 confirmó la decisión del *a quo*. No se produjo condena en costas".

La demanda de casación, no replicada por la entidad demandada, pretende en el alcance de la impugnación que "se case totalmente la sentencia recurrida que en su parte resolutiva confirmó 'la proferida por el Juzgado Primero del Circuito Laboral de esta ciudad, de fecha 15 de julio de 1970', o sea, la que declaró probada la excepción de prescripción y que la Corte, en función de instancia, acceda a las pretensiones de la demanda por los conceptos de lucro cesante, auxilio de cesantía, vacaciones y primas, en perjuicios morales y materiales, salarios caídos, costas e intereses legales".

En busca de este fin formula dos cargos que se estudiarán en su orden:

Acusa en el primero la sentencia recurrida por "violación directa de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y 151 del Código Procesal Laboral, 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, en relación con los artículos 2º de la Ley 72 de 1931, 1º, 2º y 3º del Decreto 1054 de 1948, 2º del Decreto 484 de 1941, 1º y 2º del Decreto 2939 de 1944, 1º de la Ley 65 de 1946, 1º, 2º, 4º, 6º y 7º del Decreto 1160 de 1947, 11 de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946, 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949".

Para demostrar el cargo sostiene lo que se copia:

"La sentencia impugnada declara probada la excepción de prescripción, con aplicación indebida del régimen prescriptivo que autorizan los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores privados, dejando de aplicar los artículos 151 del Código Procesal Laboral, 2º y 3º del Código Sustantivo del Trabajo, normas tuteladoras del sistema legal aplicable a los trabajadores oficiales, todo lo cual llevó al Tribunal sentenciador a quebrantar las normas consagratorias de los derechos que contiene el *petitum* de la demanda.

"Aceptan tanto el Tribunal como las partes que el contrato de trabajo finalizó el 18 de agosto de 1956, como también que la demanda fue notificada al Gerente del Instituto de Crédito Territorial el 11 de junio de 1958 (Fl. 23), acto procesal que tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción. La nulidad que ordenó el Tribunal a fin de que se extendiera la notificación al Gerente Regional, Seccional del Magdalena, no significa en manera alguna que no produjera sus efectos la notificación personal que hizo el doctor Antonio Garcés Sinisterra".

Para resolver, la Sala considera:

El *ad quem* fundamentó de esta manera la decisión impugnada:

"El auto admisorio de la demanda fue notificado al Gerente General en Bogotá mediante juez comisionado el día 11 de junio de 1958. Es evidente que para esa oportunidad, teniendo en cuenta que el contrato terminó el 18 de agosto de 1956, el derecho del trabajador a su cesantía por el lapso del 4 de mayo al 18 de agosto de 1956, no había prescrito, porque no había transcurrido los tres años de que trata el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

"Se dijo antes que esta corporación, en el año de 1960, declaró nula la actuación, por cuanto no se notificó el auto admisorio de la demanda al Gerente Seccional del Instituto de Crédito Territorial en Santa Marta, que era en donde prestaba sus servicios el demandante. Que tratándose de un establecimiento público no bastaba la notificación al Gerente General, porque el Director, Gerente, Administrador, etc., en estos casos, junto con aquel constituyen la parte demandada; se trata de coadyuvantes adhesivos. La notificación al Gerente Seccional aparece a folio 163 del cuaderno principal, producida a los 19 días del mes de enero de 1961.

"El demandante interrumpió la prescripción con el reclamo administrativo que era de rigor cumplir en este caso, según el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, porque de lo contrario no se adquiere competencia para ventilar el asunto, ya que el reclamo debe ser previo a la demanda. El único reclamo escrito tendiente a agotar la vía gubernativa que obra en el proceso lo encontramos desde los folios 3 a 8 Vlto. del expediente y está dirigido al Gerente General y al Gerente Seccional de Barranquilla. En Bogotá, a la sede principal de la entidad demandada. A folio 7 y 8 aparece constancia de haberse recibido el reclamo, en los términos que se transcriben:

"He recibido el anterior memorial, junto con el poder otorgado por el señor Carlos Clemow Lavalle al doctor Aristarco Gómez, dirigido a los doctores Fabio Robledo Uribe y Guillermo Romero Parra, Gerente General del Instituto de Crédito Territorial con residencia en Bogotá, D. E., y Gerente del Instituto de Crédito Territorial Seccional de Barranquilla e Intendencia Nacional de la Guajira, hoy octubre 7, de mil novecientos cincuenta y siete (1957)". A continuación se estampa el sello del Instituto de Crédito Territorial, Sucursal de Barranquilla; hay una firma ilegible, que en la parte de abajo dice Asesor Jurídico.

"El artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. El único reclamo cuyo contenido se conoce es el que se ha hecho referencia, recibido el 7 de octubre de 1957, por esto no hay lugar a pensar en que el a quo se equivocó en el conteo, porque si bien es cierto que tomó la fecha de septiembre 30 de 1957, la del escrito, es evidente, que ya sea ésta, o la an-

tes expresada, para el día 11 de enero de 1961, fecha de la notificación al Gerente Seccional, había transcurrido un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir tres años.

"El doctor Aristarco Gómez acompañó a su demanda un escrito de fecha febrero 13 de 1958, impreso en Bogotá y dirigido a él por Francisco Zuleta Holguín, Abogado Jefe del Instituto de Crédito Territorial. Dice textualmente el documento:

'Que el día 3 de febrero de 1958, procedente de Santa Marta, se recibió un oficio suscrito por el doctor Antonio José Contreras R. con poder conferido por Clemow Lavalle para reclamación prestaciones sociales. Fue radicado en esa misma fecha a la Oficina de Personal de esta misma institución'.

"El doctor Aristarco Gómez dice que el Gerente General solamente recibió el reclamo administrativo el 3 de febrero de 1958, siendo por lo tanto imposible que para el 19 de enero de 1961, haya prescrito la acción. Se observa que el escrito a que se refiere la certificación no obra de autos; por lo tanto se desconoce su contenido, o sea los derechos determinados que pretende el reclamante. Además, el reclamo administrativo que obra a los autos, está suscrito por el doctor Gómez y no por el doctor Antonio José Contreras R., que es la persona de quien se afirma suscribió el oficio para reclamar prestaciones sociales a Carlos Clemow Lavalle.

"Así las cosas, para la Sala también es incuestionable que el fenómeno de la prescripción ha producido todos sus efectos en el caso sub judice. Consecuencialmente, la sentencia de 15 de julio de 1970, debe confirmarse, sin costas en esta instancia, por no haberse causado".

De los pasajes transcritos, que son los fundamentales del fallo acusado sobre el punto a estudio, surge con claridad que no existe disparidad entre el casacionista y el sentenciador sobre los hechos atinentes a la prescripción declarada, que son:

a) El auto admisorio de la demanda inicial del juicio "fue notificado al Gerente General en Bogotá mediante Juez Comisionado el 11 de junio de 1958", como lo dice el Tribunal, el que saca de este hecho la conclusión siguiente: "es evidente que para esa oportunidad, teniendo en cuenta que el contrato terminó el 18 de agosto de 1956, el derecho del trabajador a su cesantía por el lapso del 4 de mayo al 18 de agosto de 1956, no había prescrito, porque no había transcurrido los tres años de que trata el artículo 151 del Código Procesal Laboral";

b) "El único reclamo escrito tendiente a agotar la vía gubernativa que obra en el proceso lo encontramos desde los folios 3 a 8 del expediente y está dirigido al Gerente General y al Gerente Seccional de Barranquilla", según asienta el mismo fallo, el que hace notar que está fechado el 30 de septiembre de 1957 y fue recibido por el patrono, de acuerdo con constancia que transcribe, el 7 de octubre siguiente.

¿De dónde entonces dedujo el Tribunal la prescripción? De comparar la fecha de este reclamo con la notificación de la demanda al Gerente Seccional del Instituto en Santa Marta, el 11 de enero de 1961, a consecuencia de la nulidad de la actuación ordenada por el mismo, en vista de que la primera notificación fue hecha al Gerente General de la entidad y no a éste. El respectivo párrafo de la sentencia, dice así: "el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. El único reclamo cuyo contenido se conoce es al que se ha hecho referencia, recibido el 7 de octubre de 1957, por esto no hay lugar a pensar en que el *a quo* se equivocó en el conteo, porque si bien es cierto que tomó la fecha de septiembre 30 de 1957, (la del escrito), es evidente, ya sea ésta, o la antes expresada, *para el día 11 de enero de 1961* (subraya la Sala), fecha de la notificación al Gerente Seccional, había transcurrido un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir tres años".

De lo expuesto resulta, por tanto, lo siguiente: *existen dos notificaciones de la demanda inicial del juicio: la primera hecha al Gerente General en Bogotá el 11 de junio de 1958 y la segunda efectuada al Gerente Seccional de Santa Marta el 11 de enero de 1961, en virtud de la nulidad ordenada por el mismo Tribunal, que consideró que la primera era insuficiente, pues "tratándose de un establecimiento público no basta la notificación al Gerente General, porque el Director, Gerente, Administrador, etc., en estos casos, junto con aquél, constituyen la parte demandada: se trata de coadyuvantes adhesivos...".*

Ahora bien. Si se toma la primera notificación la prescripción se interrumpió, como el pro-

pio sentenciador lo acepta; pero si se tiene en cuenta la segunda, resulta prescrita la acción, ya que "había transcurrido un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir tres años", que es la tesis adoptada por aquel.

Para la Sala no cabe duda de que la primera notificación fue válida e interrumpió la prescripción, sin que aparezca en el fallo revisado argumento alguno en cuya virtud haya de desecharse aquella para fijarse sólo en la segunda.

Es suficiente a este respecto mirar que el Gerente General de un establecimiento público es el representante legal del mismo y que si recibió éste la notificación de la demanda, se cumplió estrictamente el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que es el aplicable al caso, y no el 489 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicado por el sentenciador, y que sólo tiene incidencia para los trabajadores del sector privado, por mandato de los artículos 3º y 4º del mismo estatuto.

Nótese, de otro lado, que el Tribunal no declaró nula la notificación al Gerente General, sino que ordenó extenderla también al Seccional, según resulta del proveído de 6 de diciembre de 1960 (folio 169, C. principal), en el que lo que se declaró nulo fue "lo actuado en este juicio desde el momento en que debió notificarse la demanda al señor Gerente del Instituto de Crédito Territorial, Seccional del Magdalena, o sea, antes de la audiencia de conciliación", con lo cual quedó fuera de la nulidad la notificación al Gerente General, que fue el citado al juicio por el actor, diciendo: "... demando por la vía ordinaria laboral del trabajo al Instituto de Crédito Territorial, persona jurídica autónoma, representada por su Gerente General, en la ciudad de Bogotá, que es actualmente el doctor Antonio Garcés Sinisterra, mayor y vecino de Bogotá, D. E.... (F. 9, C. principal), sin que ésta, al contestar la demanda, hubiese formulado objeción en cuanto a la personería.

Es clara, pues, la infracción de las normas señaladas por el recurrente, lo que llevaría a casar la sentencia de segundo grado.

Sin embargo, el cargo no prospera, porque las siguientes consideraciones, que serían las de instancia, conducen también a la absolución de la demandada, aunque por otros motivos.

Tales consideraciones, son:

La demanda inicial del juicio pretende el pago de "los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término del contrato presuntivo de trabajo" del actor; "el valor de un día de trabajo por cada día de retardo, en el cumplimiento de las obligaciones patronales"; "el auxilio de cesantía"; "se le paguen en dinero las vacaciones y primas"; "se le paguen los perjuicios morales causados a mi mandante, ya que sin justa causa, sin que hubiera cometido delito alguno, estuvo privado de su libertad... por espacio de sesenta y un (61) días... se le sindicó del delito de peculado por el señor Ramón Segrera, Auditor en aquella época de la Corporación Nacional de Servicios Públicos..."; "se le paguen los demás perjuicios materiales que se comprobaren", por causa del mismo hecho anterior y "a consecuencia del despido de que fue víctima"; "se le pague la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000), que tuvo que sufragar al abogado que lo defendió de los cargos... que se le imputaron como peculador (sic)", y, por último, "se le paguen los perjuicios derivados del incumplimiento del término de su contrato presuntivo de trabajo".

Los hechos sustentantes de la pretensión antedicha, son, en síntesis, los siguientes:

"a) El señor Carlos Clemow Lavalle, estuvo al servicio de la entidad demandada en dos (2) ocasiones distintas. Primero: con el Instituto de Crédito Territorial, desde el doce (12) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953), hasta el cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), con un sueldo promedio de ochocientos cincuenta y cinco pesos con siete centavos ($ 855.07) moneda legal colombiana, mensualmente; después y en virtud de haber desaparecido el Instituto de Crédito Territorial y fue creada la Corporación Nacional de Servicios Públicos, que reemplazó a dicho Instituto, desde el cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), hasta el diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), con un sueldo promedio de setecientos once pesos con ochenta y ocho centavos ($ 711.88) moneda legal, mensualmente;

"d) Carlos Clemow Lavalle, desempeñaba las funciones de Vigilante de Construcciones de la Corporación Nacional de Servicios Públicos-Seccional del Magdalena (hoy Instituto de Crédito Territorial, que vino a reemplazar a dicha institución);

"e) Mi mandante fue denunciado graciosamente por el delito de peculado, por el propio Auditor de la Corporación Nacional de Servicios - Seccional del Magdalena en aquel entonces, señor Ramón Segrera, ante el señor Juez Superior de Santa Marta;

"f) A raíz de este denuncio, Clemow Lavalle, estuvo privado de su libertad en la Cárcel Judicial de Santa Marta por espacio de sesenta y un (61) días, al cabo de los cuales el Juez Primero Superior de Santa Marta, ordenó su libertad incondicional, por cuanto no había cometido el delito de peculado que graciosamente se le imputó por parte del Auditor de la Corporación Nacional de Servicios Públicos —Seccional del Magdalena— en aquel entonces, señor Ramón Segrera;

"k) Carlos Clemow Lavalle, salió ileso de la burda patraña, al imputársele el delito de peculado por parte del Auditor de la Corporación Nacional de Servicios Públicos —Seccional del Magdalena—; pero como consecuencia de dicho proceso, el señor Ramiro Pacheco Céspedes, Gerente de la Seccional de aquel entonces, sin que funcionario alguno se lo hubiera pedido, procedió por su cuenta y riesgo a terminar unilateral, injusta e intempestivamente el contrato de trabajo de mi cliente".

Como consecuencia de los hechos narrados asienta el actor haber sufrido perjuicios materiales y morales y ser acreedor de la indemnización por ruptura unilateral e injusta de su contrato de trabajo, de las prestaciones sociales que no se le han cubierto y de la indemnización por mora en el pago de las mismas.

Al contestar la demanda el Instituto admitió los dos períodos de trabajo del demandante consecuenciales a la desaparición del primero para ser sustituido por la Corporación Nacional de Servicios Públicos, respecto de la cual afirma: "La designación de los empleados, así como su remoción era hecho con plena libertad, de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 2965 y 710 de 1956 y Resolución número 503 del mismo año". En cuanto al despido sostiene "que no se ha presentado la prueba a que hace referencia la parte demandante" y que además "los nombramientos y remociones de los empleados son de entera libertad por parte del Gerente General". Niega los perjuicios materiales y morales, porque "ni el Instituto ni la Corporación tienen por qué responder de las consecuencias de actos de entidades o empleados ajenos a ellas. La Contraloría es distinta, en finalidad y constitución, al Instituto o a la Corporación, y por consiguiente, los actos de uno de ellos no producen responsabilidad a la otra". Por lo que hace a las prestaciones sociales manifiesta que "hubo orden de retenerlas por la Sección de Visitadores e Investigación de la Contraloría General de la República", fuera de que "las entidades tanto de derecho público como privado, no están obligadas a cancelar las prestaciones sociales, sin que se determine previamente por la justicia, la culpabilidad o inocencia del sindicado", y agrega: "por haberse ordenado una investigación por autoridades independientes del Instituto y Corporación, no se le cancelaron en su debido tiempo las prestaciones sociales".

Planteada la litis en los términos anteriores resulta incuestionable, de acuerdo con el hecho a) de la demanda y con la respuesta correlativa, que el actor estuvo ligado primero al Instituto de Crédito Territorial entre el 12 de agosto de 1963 y el 4 de mayo de 1956. Por este período se le liquidaron y pagaron sus prestaciones sociales, según la copia auténtica del documento que obra a folios 56 y 316 del cuaderno principal y en el que consta liquidación del auxilio de cesantía por todo ese período, vacaciones correspondientes a dos años de servicio y prima de navidad proporcional al tiempo servido. En el mismo aparece que se le descuenta el saldo a deber de un Jeep Willis, adquirido por préstamo que le hizo el Instituto, de acuerdo con la autorización dada por el actor en documento glosado a folios 326 y 327 de dicho cuaderno, que obró en el juicio sin objeción del demandante y que fue llevado a él a petición del apoderado de la demanda.

El primer documento fue arrimado al proceso a petición del apoderado del actor y sobre él, lo mismo que sobre el segundo, recayó el siguiente auto: "20... También téngase como prueba el documento que obra a folio 56 del expediente y que se refiere a la copia expedida por el Juzgado del documento original que obraba a los autos en tal sitio y que fue desglosado por petición del demandante. Solicítase a la Gerencia del Instituto de Crédito Territorial en Bogotá envíe a este Juzgado, el documento de venta de un Jeep Willis, de fecha 7 de diciembre de 1955, o en su defecto, envíe copia auténtica de él".

En el documento de liquidación de prestaciones sociales aparece la siguiente: "Nota. Recibo y declaro al Instituto de Crédito Territorial a paz y salvo por concepto de salarios y prestaciones sociales. Bogotá agosto 8 de 1956 (Fdo.) C. Clemow Lavalle". La autenticidad de este documento no fue discutida en el proceso y por el contrario resulta clara desde el momento en que lo presentó el apoderado del demandante y el de la demandada al contestar las correcciones de la demanda (F. 207), lo admitió, diciendo: "Las prestaciones y demás derechos laborales que el Instituto le debía a Clemow Lavalle, al terminarse su contrato el 4 de mayo de 1956, le fueron pagadas al tiempo de dicha terminación,

como consta en el acta de liquidación y pago de prestaciones, cuyo original con firmas autógrafas fue presentado como prueba por el trabajador y que obraba a folio 56 del expediente, documento que fue desglosado por el Juzgado a petición del apoderado de Lavalle (sic) y cuya copia, expedida por el mismo Juzgado, aparece a dicho folio "...".

En esta situación hay qué admitir que al actor se le cubrieron esas prestaciones por el primer período, pues la sola afirmación de su apoderado de que no le fueron satisfechas, no desvirtúa el valor probatorio del finiquito expedido por aquel, ya que envuelve una confesión. Y es sabido que ésta ha de estimarse no sólo en lo que favorece a quien la hace, sino también en lo que le es desfavorable.

Y por lo que hace al segundo período, 4 de mayo de 1956, a 18 de agosto del mismo año, los servicios fueron prestados a la Corporación Nacional de Servicios Públicos, entidad creada por el Decreto legislativo 2956 de 10 de noviembre de 1955 (Diario Oficial número 28908), en la que fueron incorporados, como departamentos independientes, el Instituto de Crédito Territorial, el Instituto de Aguas y Fomento Eléctrico y el Instituto de Fomento Municipal.

Los estatutos de la mencionada Corporación fueron adoptados por el Decreto legislativo 0710 de 3 de abril de 1956, cuyo artículo 13, sobre atribuciones de la Junta Directiva, literal e), le confiere la de "determinar la organización y reglamentación administrativas de la Corporación, la nómina del personal subalterno con sus respectivas asignaciones, y nombrarlo directamente, o autorizar al Gerente General para hacerlo". Y en consonancia con esta facultad, el literal c) del artículo 14 otorgó al Gerente General la de "nombrar el personal subalterno de la Corporación, según autorización de la Junta Directiva, y removerlo libremente".

Estas disposiciones con fuerza de ley modificaron el régimen de vinculación del personal subalterno que trabajaba al servicio de los institutos incorporados a la Corporación, colocándolos como empleados de libre nombramiento y remoción del Gerente General. Esto, explica por qué el actor, no obstante haber seguido sin solución de continuidad laborando para la Corporación citada, en el mismo cargo que desempeñaba en el Instituto desaparecido, se le liquidaron y pagaron sus prestaciones sociales por todo el tiempo servido al mismo. Y de allí también que el Gerente General de éste, doctor Fabio Robledo Uribe, en la absolución de posiciones que le pidió el apoderado del demandante dentro del presente proceso, al responder la pregunta octava, afirma: "también aclaro lo siguiente: según oficio número 0493 de fecha quince (15) de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956), se comunicó al señor Clemow Lavalle, que las futuras relaciones de los trabajadores del Instituto no se regularían por contrato de trabajo, sino que el nombramiento se haría por resolución y que se requería acta de posesión. Igualmente informo lo siguiente: en el Oficio número 0493 citado, se daba al señor Clemow Lavalle el preaviso por el término de cuarenta y cinco días y se le anunciaba que quedaba terminado su contrato de trabajo. También, por Oficio número 341 de veintiocho (28) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), se le comunicó que el término se había prorrogado por treinta (30) días". (F. 356 C. principal).

Del análisis probatorio efectuado surge sin lugar a duda que al señor Clemow Lavalle le fueron liquidadas y pagadas sus prestaciones sociales por el primer período de servicio al Instituto demandado, 12 de agosto de 1953 hasta el 4 de mayo de 1956, y que por el segundo, 4 de mayo de 1956 a 18 de agosto del mismo año, su vinculación estuvo regida por una relación de derecho público y no por un contrato de trabajo, sin cuya existencia no puede accederse a las pretensiones de la demanda, pues se fundan en aquella.

El segundo cargo, que señala las mismas disposiciones violadas y pretende el mismo fin del que acaba de estudiarse, aunque por la vía del error de hecho, tampoco prospera, porque si por él se llegase a la posibilidad de casar la sentencia impugnada, las mismas consideraciones inmediatamente antes formuladas hacen inútil el infirmar la sentencia de segundo grado.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPETENCIA PARA DECIDIR EL RECURSO DE CASACION

La competencia para decidir el recurso cobija toda la sentencia dentro de los límites señalados por el impugnador, intocable sin que sea dable al Tribunal limitar esa competencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.).

Sección Segunda - Acta número 6.

María Lizcano de Illidge, mayor y vecina de Santa Marta, presentó por medio de apoderado demanda contra la *Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena,* entidad con personería jurídica, autónoma o establecimiento público descentralizado, patrimonio y organización propios, y con domicilio en Santa Marta, y contra el *Hospital de San Juan de Dios de Santa Marta,* para que se les condenara a pagarle los valores correspondientes a cesantía, primas de servicios, primas de navidad, vacaciones en dinero, salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término del contrato de trabajo, un día de trabajo por cada día de retardo en el cumplimiento de las obligaciones que se reclaman, indemnizaciones legales por haber sido despedida en forma injusta, perjuicios morales y materiales derivados del incumplimiento del término del contrato de trabajo, indemnizaciones legales a que tiene derecho por haber sido despedida en estado de embarazo, y a darle la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria y los exámenes complementarios a que tiene derecho por el estado de embarazo en que se encontraba.

Los hechos de la demanda, en síntesis, afirman lo siguiente: María Lizcano de Illidge trabajó en el Hospital San Juan de Dios como Jefe de Estadística desde el 1º de octubre de 1966 hasta el 30 de diciembre de 1968, fecha en que fue despedida cuando se encontraba en estado de embarazo y sin que le hubiesen pagado las prestaciones sociales e indemnizaciones legales; durante el último año de servicios devengó un sueldo de $ 1.200 mensuales. El Hospital San Juan de Dios de Santa Marta es de propiedad de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, cuyos hospitales se explotan con fines de lucro.

La demanda fue notificada al Gerente de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y el Síndico del Hospital San Juan de Dios, sin que hubiese sido contestada.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez Segundo del Circuito Laboral de Santa Marta, quien conoció del juicio, desató la litis en sentencia de veintiseis de enero de mil novecientos setenta y dos, cuya parte resolutiva dispuso: "Primero. Condénase a la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y al Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, a pagar a la señora María Lizcano de Illidge lo que a continuación se expresa: a) Por auxilio de cesantía, la suma de dos mil setecientos pesos ($ 2.700) moneda legal; b) Por vacaciones, la suma de novecientos pesos ($ 900) moneda legal; c) Por lucro cesante, la suma de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) moneda legal; d) Por salarios caídos, la suma de cuarenta pesos ($ 40) diarios desde el día primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969) hasta cuando se satisfagan las prestaciones aquí liquidadas. Segundo. Absuélvese a la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y al Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, entidades autónomas, de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda. Consúltese esta providencia con el superior en caso de no ser apelada. Sin costas".

Apeló el apoderado de la parte demandante. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta,* Sala Civil-Laboral, en sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos setenta y dos revocó la de primer grado y en su lugar adoptó la siguiente resolución: "Absuélvese a la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, de todos los cargos formulados en el libelo de demanda; declárase que la justicia laboral no ha adquirido aún competencia para desatar la controversia en relación con el Hospital San

Juan de Dios, por lo cual no queda obligada a pagar las sumas por las cuales elevó condena el a quo, declarándose por lo tanto una inhibición para fallar el fondo del asunto, en relación con esta entidad''. No hizo condena en costas.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandante. El Tribunal Superior lo concedió en los siguientes términos: ''sea lo primero advertir, que la sentencia de esta Sala, que decidió la segunda instancia, es definitiva en cuanto se refiere a la entidad demandada denominada 'Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena', porque ella fue absuelta de todos los cargos impetrados en el libelo, mas no sucede lo mismo con el otro demandado, o sea el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, ya que en relación con esta última institución se consideró que no se había agotado el trámite gubernativo o reglamentario, establecido en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, decretándose en consecuencia, una inhibición para decidir en el fondo, las pretensiones que se reclaman al citado Hospital. Bien sabe la Sala que no puede trazarle pautas a la honorable Corte Suprema de Justicia sobre el alcance del recurso, pero ha considerado conveniente sentar la anterior premisa, para los efectos legales pertinentes. Las pretensiones insertas en la demanda que tienen discutible respaldo probatorio en los autos, alcanzan a un valor de $ 55.393.14, por lo cual el interés para recurrir de la parte demandante, supera el límite establecido en el artículo 15 de la Ley 16 de 1968; además, con las observaciones anotadas, se dan los otros presupuestos exigidos por el artículo 86 Código de Procedimiento Laboral. Por lo expuesto, se resuelve: Conceder para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de la Sala, proferida a los 27 días del mes de abril de 1972, teniendo en cuenta las observaciones indicadas en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, remítanse los autos a la entidad mencionada, con citación de la contraparte''.

Admitido el recurso por esta Sala y cumplido el trámite legal se decidirá con base en la demanda de casación y la réplica del opositor, previas algunas consideraciones que se estiman necesarias en relación con la forma como fue concedido el recurso.

De la parte motiva del auto que concedió el recurso, y a la cual se refirió la resolutiva, se desprende que el Tribunal Superior considera que la Corte sólo puede estudiar el recurso de casación en lo relacionado con la absolución de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, por ser definitiva la decisión, y no en cuanto se declara inhibida para conocer de las peticiones respecto al Hospital San Juan de Dios de Santa Marta. Este criterio es equivocado, porque la sentencia no puede parcelarse para efectos del recurso y si éste es procedente, como lo dijo el Tribunal Superior y lo estimó la Corte al admitirlo, la competencia para decidir el recurso cobija toda la sentencia dentro de los límites señalados por el impugnador, intocable sin que sea dable al Tribunal limitar esa competencia.

Ya la Corte, para resolver una situación similar en que el fallador de segunda instancia concedió el recurso extraordinario únicamente en relación con una de sus decisiones y lo negó en cuanto a otra decisión, dijo lo siguiente:

''El recurso de casación en materia laboral cabe únicamente contra las providencias enumeradas en los ordinales a) y b) del artículo 86 del Código Procesal del Trabajo. Nuestras disposiciones procesales del trabajo no establecen que el recurso de casación se concede sobre ciertos aspectos o determinados puntos del fallo de segunda instancia. No, simplemente está consagrado contra las sentencias definitivas, es decir, sobre la integridad del fallo dictado. La providencia objeto del recurso de casación en el presente juicio constituye una verdadera sentencia definitiva porque todo lo que en ella se resuelve son cuestiones de fondo y principales del juicio. Es incuestionable que el Tribunal sentenciador para declararse incompetente tuvo necesidad de realizar el análisis del contrato de trabajo que vinculó a las partes. Además de lo anterior, existe otro poderoso argumento para no aceptar la solicitud del reposicionista, o sea, que el inferior no puede limitar el ámbito de conocimiento del superior en un recurso, como el de casación, que es de privativo conocimiento de este último. Más aún, no puede perderse de vista que es facultativo de esta corporación casar total o parcialmente o no casar el fallo recurrido. Si se acogiera la tesis del reposicionista, quedaría recortada la anotada facultad de casar totalmente la sentencia acusada, lo cual la Corte no puede aceptar por tratarse de una atribución revestida de la alta jerarquía del orden público. Por lo expuesto, no se accede a la reposición del auto de fecha 18 de junio de 1957 dictado por esta Sala, solicitada por la parte demandada-opositora''. (Auto de febrero veinticinco de mil novecientos cincuenta y ocho, Camilo Muñoz Delgado contra National Schools).

Hecha la anterior aclaración se examinará el recurso propuesto.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "aspiro a que la Sala Laboral de la Honorable Corte case totalmente la sentencia impugnada, en cuanto por su numeral 1º revocó los ordinales a), b), c) y d) del primero de la del *a quo*, para que, como *ad quem*, confirme este último numeral, o sea que la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y el Hospital San Juan de Dios del Magdalena se les condene por auxilio de cesantía, compensación en dinero de vacaciones, lucro cesante y los denominados 'salarios caídos'. A ello se contrae el *petitum* de la demanda de casación".

Con fundamento en la causal segunda de casación formula el siguiente:

Cargo único.

La providencia recurrida contiene la decisión que absuelve por auxilio de cesantía, compensación en dinero de vacaciones, lucro cesante y los denominados "salarios caídos" y la inhibitoria en cuanto al Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, que hizo más gravosa la situación de la única parte, mi procurada, que apeló de la de primer grado. En efecto, el fallador de primer grado condenó a la parte demandada por auxilio de cesantía definitiva, compensación en dinero de vacaciones, lucro cesante y salarios caídos, en tanto que el Tribunal sentenciador absolvió a la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena de "todos los cargos formulados en libelo de demanda" y se declaró inhibido en relación con las pretensiones formuladas contra el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta. Para sacar avante su aserto, el Tribunal parte del supuesto erróneo de que en el asunto *sub lite* era admisible el grado de jurisdicción de la consulta y que en tal virtud tenía competencia legal para revocar y enmendar la sentencia que fue objeto del recurso de apelación. Pero ello resulta desacertado por cuanto el grado de jurisdicción de la consulta está instituido en el proceso laboral, conforme al mandato expreso del artículo 69 del Código Procesal Laboral, en el caso de "las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador" y también serán consultadas "las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio". Y resulta evidente que el precepto en examen es de interpretación restrictiva y no puede aplicarse por extensión a las personas jurídicas autónomas del Hospital San Juan de Dios de Santa Marta y de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, quienes aceptaron la sentencia dictada por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta, al no interponer en tiempo oportuno el recurso de apelación expresando por este medio su falta de interés jurídico en la revocatoria de las condenas que le fueron impuestas por el sentenciador de la primera instancia. De otra parte, conviene destacar ante la honorable Corte que el Tribunal incurre en el dislate jurídico de confundir las entidades de derecho público denominadas la Nación, el Departamento y el Municipio, con otras personas que gozan de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía, que es el caso de la parte demandada en el presente juicio. Por lo demás, los señores Magistrados pueden verificar en el expediente que, como lo acepta el juzgador, el proceso subió al Tribunal en virtud del recurso de apelación. Ahora bien, la causal invocada tiene por objeto tutelar el principio de la *"reformatio in pejus"*, consagrado, como norma positiva, en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, sobre cuyos alcances la Sala de Casación Civil de esa corporación se ha pronunciado en los siguientes términos: "son condiciones de la *reformatio in pejus:* 1ª Que haya un litigante vencido parcialmente. 2ª Que una parte apele y la otra no. 3ª Que la modificación del fallo de segunda instancia envuelva un empeoramiento, esto es 'una agravación de las obligaciones impuestas al vencido' *(Gaceta Judicial,* número 2151, Págs. 811 y siguientes)". El caso *sub judice* encaja, exactamente, dentro de las condiciones que puntualiza la jurisprudencia anterior y, además corresponde; a lo resuelto en el mismo sentido que aquí se pide, por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de fecha 13 de abril de 1957 cuyos pasos pertinentes me permito transcribir: "tiene razón el recurrente, pues el juez de primer grado condenó a la suma de $ 3.872 por concepto de salarios caídos, y como solamente apeló el colegio demandado, no podía el seccional aumentar la condena por este extremo de la litis sin violar el principio de la reformatio in pejus consagrado en el artículo 494 del Código Judicial y en virtud del cual no le es dable al superior hacer más gravosa la situación del único apelante. Prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia de este aspecto de la condena por indemnización moratoria, porque respecto a él incurrió el ad quem en la causal segunda de casación laboral invocada en el cargo, al elevar su valor a la suma de $ 5.302. La Corte, en función de instancia, reducirá el valor de dicha indemnización a la suma fijada en el fallo de primer grado" (Cas. 13 de abril 1957, G. J., T. número 2181, Págs. 236).

Para el opositor no se ha producido el fenómeno de la reformatio in pejus, porque "aun cuando es cierto que el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la parte demandante, el Juzgado ordenó consultar su sentencia y el *ad quem* estimó procedente este grado de jurisdicción y, en tal virtud, consideró ampliado el ámbito de su competencia para conocer y revisar sin limitaciones, todo el proceso"; dice que aparece plenamente comprobado que el expediente subió al Tribunal en virtud de la apelación interpuesta por la actora y de la consulta ordenada en favor de la demandada, con lo dispuesto por el a quo, como también resulta debidamente establecido que conoció de todo el juicio en atención al recurso y al grado de jurisdicción aludidos, porque así lo dice expresamente en un aparte del fallo, que transcribe; agrega que frente a ese soporte de la sentencia el cargo que contra ella se ha formulado resulta absolutamente ineficaz, pues, aun en el supuesto de que tal argumentación fuese equivocada, ha debido destruirse previamente mediante la formulación de un ataque independiente y adecuado; que el impugnador no lo hizo así, y aun cuando pudiera pensarse que en la argumentación del cargo se refiera a ese soporte del fallo recurrido cuando habla del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, tal impresión es falsa, por cuanto ese alegato resulta impropio dentro de una acusación por la causal segunda, pues la destrucción del mencionado soporte de la sentencia requería la formulación de un ataque con apoyo en la causal primera de casación y jamás con invocación en la causal segunda. "Con todo, —continúa— si so pretexto de que el impugnador parece afirmar que el artículo 69 del Código Procesal Laboral fue mal interpretado por el *ad quem*, pudiese llegarse a entender que está acusando su violación por el concepto de interpretación errónea (Causal Primera), este otro cargo —en el supuesto inverosímil que se viene contemplando— también resultaría completamente ineficaz, no solamente porque apenas se estaría citando como infringida una norma meramente objetiva o procedimental, sino también porque omite el señalamiento de disposiciones de carácter sustancial y más concretamente de todas aquellas consagratorias de los derechos discutidos en el juicio, que consecuencialmente habrían resultado vulneradas por el fallo y cuya invocación era ineludible para la integración de una proposición jurídica completa. Y se califica de inverosímil esta hipótesis, porque entonces se estaría en presencia de dos cargos distintos, formulados por motivos diferentes, cuando la realidad única es que el recurrente ha presentado un único ataque y por un único motivo; el contemplado en la causal segunda de casación consagrada en el artículo 60 del Decreto 520 de 1964". Por último el opositor pide a la Corte a pesar de que estima que para la del recurso no es pertinente el examen de ese tema, que se valga de la oportunidad para exponer su criterio acerca de si los establecimientos públicos, distintos de la Nación, Departamento y Municipios gozan hoy del beneficio de la consulta por haberles sido extendido ese privilegio por el artículo 43 del Decreto extraordinario número 3130 de 26 de diciembre de 1968.

Se considera:

La causal segunda de casación laboral, o sea 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, fue establecida en el Decreto 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo, y ha sido conservada por las normas posteriores que han reglamentado el recurso de casación en materia laboral, constituyéndose así en una causal específica.

No sucedía lo mismo en el procedimiento civil, en donde bajo la vigencia de la Ley 105 de 1931 no existió este motivo de casación en forma autónoma, por lo cual la Sala de Casación Civil vaciló en algunas ocasiones sobre cuál era la causal indicada para impugnar las sentencias de los Tribunales Superiores que violaran el principio de la reformatio in pejus consagrado en el artículo 494 de la citada ley. En sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco aceptó que podía formularse por las causales 1ª, 2ª y 6ª, aun cuando señaló que la que más se avenía a la naturaleza de la reformatio in pejus es la primera, y en sentencia de marzo catorce de mil novecientos cincuenta y siete fue más enfática cuando afirmó que la reformatio in pejus se debía acusar en casación por medio de la causal primera. Bajo el nuevo Código de Procedimiento Civil, Decretos 1400 y 2019 de 1970, la discusión no tiene objeto, por cuanto se estableció como motivo específico de casación la reformatio in pejus, causal 4ª del artículo 368.

Lo anterior se ha traído a cuento para concluir que existiendo desde el Código Procesal del Trabajo de 1948 la *reformatio in pejus* como motivo de casación propio e individualizado, es a través de esa causal como debe acusarse la sentencia de segunda instancia cuando se haga más gravosa la situación del único apelante o de la

parte en cuyo favor se surtió la consulta. Por eso es equivocado el criterio del opositor cuando considera que en el caso en estudio la acusación ha debido formularse a través de la causal primera de casación, siendo así que se impugna el fallo recurrido por haberse incurrido en la reformatio in pejus, causal para cuya viabilidad no es necesario, como lo ha dicho esta corporación, señalar como violadas normas sustanciales laborales sino que basta demostrar que el fallo de segundo grado hizo más gravosa la situación del único apelante o de la parte en cuyo favor se surtió la consulta.

Cierto es, como lo anota el opositor, que el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que la consulta ordenada por el a quo en favor de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y del Hospital San Juan de Dios de Santa Marta era procedente con base en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo; bastaba al recurrente en este caso censurar ese soporte del fallo dentro de la causal 2ª de casación, sin que estuviese obligado a hacerlo dentro de la primera, porque no pretende a través de la acusación que se le reconozcan en forma concreta derechos consagrados en normas sustanciales laborales, sino que aspira al quebrantamiento del fallo de segunda instancia por haberle hecho más gravosa su situación respecto a lo proveído por el de primera instancia, siendo así que considera haber sido único apelante y que la consulta no procedía en favor de las entidades demandadas. A la Corte en consecuencia le es permitido estudiar si es procedente o no la consulta o si la apelación estuvo bien concedida, porque si en la segunda instancia el superior debe examinar en primer lugar y oficiosamente si el recurso ha sido formulado observando las prescripciones legales, o si la consulta está consagrada en favor de alguna de las partes, igual examen debe hacerse en casación cuando este aspecto se le plantea por el recurrente dentro de la causal segunda, porque lo que ha de decidirse primordialmente es el ámbito de la competencia funcional del juzgador que conoció del proceso en segunda instancia, que de ningún modo puede entenderse fijado por el a quo al conceder el recurso u ordenar la consulta.

La jurisprudencia ha sostenido que cuando se surte la consulta en favor de la parte demandada y la otra parte apela, no hay lugar a la *reformatio in pejus*, porque el ad quem en estos casos adquiere competencia para conocer de todo el proceso. La razón es obvia: en virtud del grado de jurisdicción puede revisar el fallo de primer grado en lo desfavorable a la persona amparada por la consulta, y a través de la apelación le es permisible hacer lo mismo en relación con el demandante, pudiendo en esta forma aumentar o disminuir lo proveído en primera instancia, porque ambas partes están en capacidad de que se les mejore su situación.

En el recurso que se estudia no se discute este principio. El impugnador sostiene que la consulta en favor de las entidades demandadas no era procedente y que por lo tanto el Tribunal Superior sólo debía examinar el proceso en virtud de la apelación de la parte demandante. El opositor, en cambio, argumenta que el expediente subió al Tribunal en consulta y por apelación del demandante, como así lo dispuso el fallador de primer grado y lo admitió expresamente el ad quem, por lo cual consideró ampliado el ámbito de su competencia para conocer y revisar sin limitaciones todo el proceso.

Sobre la procedencia del recurso y de la consulta dijo el Tribunal: "el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo anotado, alzada que le fue reconocida para ante esta Sala del Tribunal Superior, mediante auto debidamente notificado y ejecutoriado. Entonces, corresponde a esta Sala de la corporación, en razón del grado de jurisdicción indicado, que consagra el artículo 69 del Código Procesal Laboral, a favor de las entidades de derecho público, cuando se le impone condena, o para el trabajador cuando sus pretensiones son falladas totalmente adversas. Esta Sala de la corporación viene aceptando la consulta para todas las entidades dependientes de la administración pública, con la tesis de que lo que pretende el legislador es la defensa del patrimonio público, y fundamentándose para ello en el artículo 1º de la Ley 151 de 1959, cuyo tenor es el siguiente: 'Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución. Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa personería jurídica y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente por el Estado'. La demanda informa que la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, es una entidad con personería jurídica, capital propio, estatutos legalmente aprobados por el Gobierno Nacional y creada por ordenanza de la Asamblea del Departamento del Magdalena".

Es decir, el ad quem consideró que la consulta estaba instituida en favor de las entidades demandadas por formar ellas parte de la administración pública, conclusión que censura el casacionista, porque a su juicio el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo es de interpretación restrictiva y no puede aplicarse por extensión a las personas jurídicas distintas de la Nación, los departamentos o municipios.

Ahora bien: el Código Procesal del Trabajo en su artículo 69 establece que: "También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, el departamento o el municipio". Como puede observarse, la norma transcrita no se refiere en términos generales a las entidades de derecho público, o a las que forman parte de la administración pública, sino a las entidades territoriales, nación, departamento y municipio. Esta enumeración es taxativa, a juicio de la Corte, y no puede extenderse a otras entidades que, aun cuando forman parte de la administración, tienen personería jurídica autónoma.

En el mismo sentido se había pronunciado esta corporación en fallo de once de abril de mil novecientos cincuenta y siete, publicado en el Tomo LXXXV, número 2181-2182 de la *Gaceta Judicial,* en el cual se dijo que el grado de consulta a que se refiere el último inciso del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo fue establecido únicamente en favor de la Nación, los departamentos y los municipios, por lo cual resultaba improcedente la consulta ordenada por el a quo en favor de la parte demandada, Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que es una entidad distinta de la Nación, como lo había calificado el mismo Juez de primer grado.

En el caso en estudio el Tribunal Superior acepta que la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena es una entidad con personería jurídica, capital propio y estatutos legalmente aprobados por el Gobierno Nacional y creada por ordenanza de la Asamblea del Departamento del Magdalena y que el Hospital San Juan de Dios es una entidad de derecho social (folio 10 del cuaderno del Tribunal) o sea que reconoce que son personas jurídicas distintas al Departamento del Magdalena. Siendo ello así, y aun cuando forman parte de la administración pública, no gozan del grado de jurisdicción establecido en favor del Departamento, como ya se dijo.

Respecto al argumento final expuesto por el opositor relacionado con el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, que dispone que los establecimientos públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación, observa la Sala, sin entrar a definir si la consulta, grado de jurisdicción, es un privilegio o una prerrogativa, que el artículo 43 citado se refiere a los establecimientos públicos del orden nacional, y no a las del orden departamental, como lo son las entidades demandadas.

No estando instaurada la consulta en favor de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y del Hospital de San Juan de Dios, el Tribunal Superior no podía hacer más gravosa la situación del único apelante, que lo fue la parte demandante, y como en el fallo recurrido se revocaron las condenas que el fallador de primer grado había decretado en favor de esa parte, incurrió en la reformatio in pejus, por lo cual prospera la acusación formulada con base en la causal segunda de casación y la sentencia se casará en la parte que hizo más gravosa la situación del apelante, o sea en cuanto revocó las condenas proferidas contra las entidades demandadas, absolvió a la Asistencia y Beneficencia Pública del Magdalena y se declaró inhibido el Tribunal Superior para conocer de la controversia en relación con el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida dictada el veintiséis de abril de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en cuanto revocó el fallo de primer grado y en su lugar absolvió a la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena de las peticiones sobre auxilio de cesantía, vacaciones, lucro cesante e indemnización moratoria, y declaró la inhibición para fallar el fondo del asunto en relación con el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, y en sede de instancia *confirma* el ordinal 1º de la sentencia proferida el veintiséis de enero de mil novecientos setenta y dos por el Juzgado Segundo del Circuito Laboral de Santa Marta. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García S., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA EN EL CASO DE LOS SERVIDORES OFICIALES

El propósito del Decreto 2127 de 1945 como el del 797 de 1949, fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Radicación número 4229.

Acta número 6.

El señor *Jesús Porras Meneses,* por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra el *Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín,* con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagar a la demandante:

"1º Indemnización por el despido unilateral, hecho por la empresa al suscrito, en los términos ordenados en la Ley 6ª de 1945, en armonía con el Decreto reglamentario 2127 del mismo año, en cuantía equivalente a los días de salario que faltaban para la terminación presuntiva del contrato ficto de trabajo.

"2º Un día de salario por cada día de retardo, desde el mismo momento en que se terminaron los noventa días hábiles de gracia otorgados por el Decreto 797 hasta el día en que al suscrito se le pague la indemnización reclamada en el numeral 1º de estas peticiones, por concepto de sanción por mora en el pago de los salarios o de algunas prestaciones y de la indemnización por el despido injusto.

"3º Las costas...".

Como hechos expuso los que a continuación se sintetizan:

Que el demandante fue trabajador del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, antes denominado Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, desde el 8 de agosto de 1960 hasta el 5 de agosto de 1966, cuando fue despedido sin justa causa.

Que laboró para la entidad demandada en el cargo de topógrafo, eficientemente y con un sueldo mensual de $ 1.930.24.

Que la empresa le demoró el pago de la cesantía y de las primas de navidad y antigüedad, y que no se le ha cancelado lo correspondiente a indemnización por despido injusto.

Agrega el demandante que en verdad pide una sanción dura para la empresa demandada pero que la ley tutela los derechos sociales de los trabajadores.

La parte demandada por medio de su procurador judicial, al contestar la demanda se opuso a las solicitudes del actor por considerarlas infundadas e injurídicas.

Aceptó que el demandante trabajó desde el 8 de agosto de 1960 al 5 de agosto de 1966, como topógrafo, con sueldo mensual de $ 1.930.24, y dice que en esta última fecha el trabajador fue despedido de la empresa mediante Resolución número 68 de 29 de julio de 1966, "no sólo por vencimiento del término presuntivo de su contrato, sino por graves ultrajes a su inmediato superior, y por otra serie de faltas disciplinarias que se enumeran en dicha resolución, amén de garrafales deficiencias advertidas en sus servicios, y pésima situación financiera de la empresa".

Y considera finalmente justo el despido.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín que fue el del conocimiento, puso fin a la primera instancia con fallo de cuatro de

abril de mil novecientos setenta y dos en el que resolvió así:

"1º Condénase al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín representado por el señor Jorge Restrepo Uribe, a pagar al señor Jesús Porras Meneses la suma de ciento veintiocho pesos con sesenta y ocho centavos ($ 128.68) moneda legal, por concepto de indemnización por despido unilateral del contrato ficcionado de trabajo de acuerdo con la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"2º Absuélvese a la entidad demandada de los demás cargos formulados por la parte actora en su libelo demandatorio.

"3º Decláranse no configurados los medios exceptivos propuestos por la institución.

"4º Con costas rebajadas en un veinte por ciento (20%)".

De ese proveído apeló solamente la parte actora del juicio y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* por medio de sentencia de fecha veintiséis de abril último confirmó íntegramente el fallo del a quo.

Contra tal sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro del término fue presentada la demanda de casación y oportunamente la réplica de la parte opositora y con examen de una y otra se procede a decidir:

Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Pretendo el quebrantamiento del fallo recurrido en cuanto confirma la absolución de primera instancia relativa a la solicitud de indemnización por mora, para que, convertida esa superioridad en tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado en ese punto, y, en su lugar, condene a la indemnización por mora, en el pago del resarcimiento de perjuicios por despido injusto, desde la expiración de los noventa días de gracia que consagra el Decreto 797 de 1949 hasta que se haga el pago respectivo. Subsidiariamente, a la indemnización por mora en pago de las primas de antigüedad y navidad, desde la conclusión de dicho término hasta la fecha en que el patrono solucionó esta obligación".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula dos cargos así:

"*Primer cargo.* Acuso la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, a consecuencia de errores manifiestos de hecho por equivocada apreciación de la Resolución número 068 de 29 de julio de 1966 (Fs. 24 y 25), por medio de la cual se produjo el despido del demandante.

"Los errores de hecho son:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que la entidad demandada produjo el despido de mi mandante, por medio de la Resolución número 068 de 29 de julio de 1966, presumiendo de buena fe causas justificativas para esta medida.

"2º Considerar que el hecho de que la entidad demandada hubiera expresado en la resolución unas causas de despido basta para deducir que obró de buena fe.

"3º Dar por demostrado, sin estarlo, que desde el principio la injusticia del despido no fue un hecho claro para el patrono, pues sólo quedó bien establecido en el curso del proceso.

"4º Juzgar que lo reducido de la cuantía a que asciende la indemnización por despido injusto, no constituye fundamento para una indemnización moratoria.

"Incidencia:

"Como consecuencia de los errores señalados, el ad quem dejó de aplicar las disposiciones legales indicadas en el cargo y confirmó el fallo absolutorio de primera instancia respecto de la indemnización por mora en el pago del resarcimiento de perjuicios por despido injusto, y de no haber sido por esos errores, originados en la equivocada apreciación del documento ya puntualizado, hubiera considerado que al patrono no le basta, para establecer su buena fe en estos casos, hacerle al trabajador acusaciones gratuitas, sin posibilidad, por lo mismo, de demostrarlas en el debate. De ahí, que debe casarse el fallo recurrido y, en decisión de instancia, revocarse la absolución en esa parte y hacerse la condenación que se demanda".

Seguidamente el casacionista cita apartes de la sentencia impugnada dentro del capítulo intitulado demostración, y concluye:

"El monto de esa indemnización en verdad es reducido.

"En esto tiene razón el Tribunal. Pero yerra en la conclusión, porque de esa premisa no se

desprende lógicamente que el patrono esté libre de la sanción por mora.

"No hay en el proceso elemento de juicio alguno que permita sacar tal inferencia, ni podría existir sin ponerse en franco desacuerdo con la norma legal que consagra esa pena para el patrono moroso, máxime si se observan otras cuantías como lo son la prima de navidad y antigüedad subsumidas por la demora en el pago de la indemnización por el despido injusto, demora de entidad superior a las otras por extenderse más en el tiempo".

Se estudia el cargo.

El censor señala como mal apreciada por el ad quem la Resolución número 68 de 29 de julio de 1966 que en su parte pertinente dice:

"1º Que el señor Oscar Mejía en oficio de fecha julio 26 actual, comunica que el señor Jesús E. Porras en estado de embriaguez en horas de trabajo, lo hizo objeto de insultos altamente denigrantes y de afirmaciones en contra de Mejía, faltas de verdad;

"2º Que en repetidas ocasiones en días anteriores el señor Porras ha cometido faltas graves que llegaron a conocimiento de la Jefatura de Canalización sin que se hubieran tomado inmediatamente medidas disciplinarias en contra del señor Porras;

"3º Que los trabajos encomendados al señor Porras como Topógrafo de la Comisión, han adolecido de numerosos errores que ha sido necesario proceder a rectificarlos con valioso trabajo adicional;

"4º Que la situación financiera de Canalización es sumamente estrecha sin tener fondos suficientes para pagar los jornales del personal y en esas condiciones el trabajo del señor Porras, fuera de ser altamente deficiente, no se requiere en la actualidad,

"Resuelve:

"Artículo primero. A partir del día de hoy a la hora que se le notifique al señor Porras esta Resolución, queda eliminado como trabajador de la Canalización del Río Medellín, etc.".

Al estudiar esta prueba en lo relacionado con la indemnización moratoria dijo así el *ad quem:*

"3º Y en lo que atañe a la demora para el pago de la indemnización por despido injusto, imputada igualmente a la entidad demandada y que el actor toma como fuente u origen para el reclamo de la indemnización moratoria a que alude el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, debe expresarse por un lado que el denominado antes Instituto Colombiano de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico - Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, y hoy Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, cuando tal entidad produjo el despido del demandante por medio de la Resolución número 068 de julio 29 de 1966, lo hizo presumiendo de buena fe causas justas para esta medida, como lo prueba el hecho de que así lo hubiese expresado claramente en los considerandos de la misma resolución. Lo que significa que alrededor de la desvinculación del señor Porras Meneses se presentó controversia y que desde el principio no fue un hecho claro lo injusto de su despido, *el cual solo posteriormente ya en el curso de este proceso vino a quedar bien establecido gracias a su actividad y a su interés como demandante.* (Se subraya).

"A ello se agrega que lo reducido de la cuantía a que asciende la indemnización por despido injusto del actor, tampoco daría buen fundamento a una condena en favor de este mismo y a cargo de la entidad demandante, por concepto de indemnización moratoria".

Observa la Sala que el *ad quem* para absolver a la parte demandada del pago de la indemnización moratoria, derivada esta sanción de la mora en el pago de la indemnización por despido, tuvo en cuenta la buena fe de la entidad demandada, la que según el fallador de segundo grado tenía motivos valederos para considerar que, habida cuenta de la mala conducta del trabajador, estaba relevada del pago de la indemnización por despido.

Y del paso de la providencia antes transcrita se deduce que para llegar a esta conclusión el Tribunal se fundamentó no sólo en la Resolución número 069 de despido, sino en otras pruebas del proceso. Y ciertamente se habla dentro de esa relación probatoria del hecho de que el señor Porras ultrajó a otro trabajador quien dirigió el informe sobre el particular a la directiva de la empresa, y cuyos términos si al fin y a la postre no fueron subjetivamente considerados como demasiado graves por los protagonistas, han podido serlo para la empresa. Y si es verdad que tales apreciaciones no alcanzaron a desvirtuar la responsabilidad de la parte demandada para el pago de la indemnización por despido, sí exteriorizan la buena fe en la creencia de que no estaba obligada a cubrir esa indemnización. Por otra parte, esa referencia del fallador a las otras

pruebas del proceso para la conclusión exonerativa de la sanción por mora en el pago de la indemnización por despido, hacen que el error señalado por la censura no sea evidente.

En consecuencia el cargo no prospera.

"*Segundo cargo.* (Subsidiario del anterior)".

Este segundo cargo lo plantea el casacionista de la siguiente manera:

"La sentencia es violatoria, por interpretación errónea, del artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945.

"No ha sido tema de discusión entre las partes que el contrato de trabajo terminó el 5 de agosto de 1966, y el Tribunal admite este hecho en su sentencia. Y se conoce, además, que la prima de antigüedad fue pagada el 19 de diciembre de 1967, y el 9 de agosto de 1968, la de navidad. Dice el ad quem en este punto:

" '... 2º Mediante el acta de inspección judicial practicada por el señor Juez del conocimiento el 27 de agosto de 1971 a las oficinas y a los libros de la entidad demandada en esta ciudad (Fs. 43 y ss.) se logró acreditar que la prima de antigüedad, correspondiente a cinco (5) años de servicios, se le pagó al demandante el 19 de diciembre de 1967, y que la prima de Navidad, proporcional al tiempo trabajado por él durante el año de 1966, se le pagó el 9 de agosto de 1968'.

"No obstante, en el pasaje subsiguiente expresa:

" 'De primer momento podría pensarse que realmente hubo una demora injustificada e injustificable para el pago de estas dos primas al señor Porras Meneses. Pero si consideramos el asunto con mayor atención y de acuerdo con lo que ha dicho ya al respecto en varias ocasiones el Tribunal, especialmente por medio de esta misma Sala, tomando muy en cuenta el factor de la *buena o mala fe* del empleador o patrono, apreciado igualmente por el a quo, nos damos cuenta de lo siguiente:

" 'a) Que para el pago de estas dos primas, una de ellas o sea la de antigüedad de carácter *extralegal*, no podía existir la misma urgencia que para otros derechos sociales fundamentales derivados de impostergables *prestaciones legales*, como ocurre con la cesantía, por ejemplo;

" 'b) Que no es idéntica la situación de un patrono oficial a la de uno particular, puesto que cada uno de ellos posee características y condiciones peculiares a su personalidad jurídica o natural, en su caso. Así, no es posible olvidar que cuando un trabajador oficial se desvincula de un organismo de esta clase, al cual es factible prestarle servicios mediante contrato de trabajo, ya sea ficto o verbal, ya expreso y por escrito, por lo general necesita llenar una serie de requisitos documentales antes de que logre obtener que le sean reconocidas y cubiertas sus prestaciones sociales, requisitos que hacen relación al tiempo de servicios, último salario devengado, en muchos casos certificados de paz y salvo con la empresa por uno u otro concepto, etc. Todo lo cual configura lo que se denomina *trámites administrativos*, que pueden ser unas veces sencillos, y otras veces complejos en mayor o en menor grado, según la reglamentación que se adopte por el respectivo empleador oficial o semioficial.

" 'Todo esto explica, pues, que a veces y hasta muy comunmente ocurran algunas demoras en los organismos oficiales y semioficiales para el pago de las prestaciones sociales no sólo a su personal de obreros, peones y demás servidores catalogados como trabajadores oficiales, sino también —y con mayor frecuencia todavía— al de sus empleados o personal adscrito a ellos por una relación de orden esencialmente administrativo y reglamentado por normas de derecho público.

" 'No puede, entonces hablarse aquí de una demora negligente y temeraria por parte de la entidad demandada para pagarle al actor unas prestaciones sociales menores o de importancia secundaria, como son las que originan su reclamo a indemnización en este caso'.

"Habla el fallador aquí 'de la buena o mala fe' del patrono y con esa pauta orienta el análisis del asunto hacia la absolución. Y yo entiendo que esa deducción o presunción de buena fe que el Tribunal le concede al empleador en este caso, proviene no de una actividad probatoria o situación de facto, sino de una equivocada interpretación de la ley. En efecto: para el ad quem no hay mora sancionable, porque la prima de antigüedad es una prestación 'de carácter extralegal'. Porque para el pago de ella 'no podía existir la misma urgencia que para otros derechos sociales fundamentales derivados de impostergables prestaciones legales, como ocurre con la cesantía', y porque no es idéntica la situación de un patrono oficial a la de uno particular, ya que ante el primero es necesario 'llenar una serie de requisitos documentales' antes de obtener el reconocimiento de los derechos que se demandan, o sea, que debe cumplir el intere-

sado lo que se denomina 'trámite administrativo', que unas veces puede ser sencillo, y otras, complejo en mayor o menor grado.

"Aun suponiendo que en los autos hay evidencia sobre la situación de hecho a que alude el Tribunal en los párrafos transcritos, los juicios que hace como soportes de su decisión absolutoria respecto de la solicitud de indemnización por mora, implican una interpretación equivocada de las normas señaladas en la censura.

"Cuando el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 preceptúa que 'no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda', no distingue, como lo hace el fallador, entre prestaciones legales y extralegales para dejar que éstas sean satisfechas en el momento en que al patrono le plazca o lo juzgue más conveniente para sus intereses. Tampoco esa norma establece categorías entre los derechos de índole laboral, calificando unos como principales y otros de rango inferior, a fin de responsabilizar al patrono sólo por el pago inoportuno de los de mayor importancia económica o mayor jerarquía dentro del conjunto de sus obligaciones contractuales. Ni encuentra fundamento en el auténtico sentido y propósito de la norma, el criterio de distinción entre prestaciones cuyo pago sea más o menos urgente de acuerdo con las condiciones pecuniarias del acreedor.

"El criterio con que el Tribunal ha tratado ese aspecto del asunto debatido, conduce al inadmisible resultado de liberar al patrono de toda obligación relativa al pago oportuno de las prestaciones convencionales o de darle la extraña facultad de clasificarlas entre principales o secundarias, con el arbitrio de efectuar el pago de éstas cuando a bien lo tenga, lo que no está dentro de los propósitos de la norma que habla del pago oportuno de 'todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones' y establece una sanción para el patrono que no cumpla su mandato.

"Hace, pues, el sentenciador, una exégesis equivocada de aquella norma, porque para su aplicación basta, como lo ha dicho esa honorable Sala, consultando el verdadero entendimiento de ella, que el patrono no ponga a disposición del trabajador dentro del término de gracia de noventa días que la misma establece 'todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude'. A menos que justifique su conducta con la prueba de la existencia de un razonable motivo de duda sobre la subsistencia de la obligación. Y no ha sido tema de discusión entre las partes lo relativo a la existencia del derecho a las primas de antigüedad y navidad. Ni el Tribunal plantea duda alguna por este aspecto, dentro de las razones fundamentales de su sentencia.

"En cuanto a la natural dificultad que un organismo oficial puede tener para efectuar el pago de salarios, indemnizaciones o prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, es asunto que está previsto en la motivación del Decreto 797 de 1949, y que explica el término de gracia de los noventa días. Tal ordenamiento, entonces, no envuelve la obligación de indemnizar durante dicho término, pero sí desde que éste concluye hasta que se haga el pago de las obligaciones pendientes o la consignación, si es el caso".

Se estudia el cargo.

El Tribunal encuentra demostrado en el proceso que, la parte demandada cubrió al demandante la prima de antigüedad el 19 de diciembre de 1967 y la de Navidad el 9 de agosto de 1968, *y si bien es cierto que, según sus propias expresiones dice que "podría pensarse que realmente hubo una demora injustificada e injustificable para el pago de estas dos primas al señor Porras Meneses" seguidamente, en el paso de la providencia transcrito antes y que cita el recurrente en el cuerpo de este segundo cargo, para exonerar a la demandada del pago de la indemnización moratoria como consecuencia de ese retardo en el pago de las aludidas primas de antigüedad y de Navidad, redacta de tal forma los conceptos fundamentales de su decisión, que llevaron al casacionista a formular el ataque por interpretación errónea de las disposiciones sustanciales que considera vulneradas por ese medio.*

Ciertamente cuando el fallador de segundo grado dice:

"a) Que para el pago de estas dos primas, una de ellas o sea la de antigüedad de carácter extralegal, *no podía existir la misma urgencia que para otros derechos sociales fundamentales derivados de impostergables* prestaciones sociales, *como ocurre con la cesantía, por ejemplo". Establece* con esa interpretación *una especie de jerarquía en las prestaciones sociales debidas al trabajador, considerando de suyo unas con el carácter de urgentes e impostergables y otras desde luego como no urgentes y por lo tanto postergables, cuando es bien sabido que el patrono está obligado a pagar al trabajador los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo, so pena de incurrir en la sanción por mora,*

sin establecer ninguna escala de prelación, urgencia, o postergabilidad.

Y a continuación en el aparte b) de esa providencia dice el Tribunal:

"b) Que no es idéntica la situación de un patrono oficial a la de uno particular, puesto que cada uno de ellos posee características y condiciones peculiares a su personalidad jurídica o natural, en su caso. Así, no es posible olvidar que cuando un trabajador oficial se desvincula de un organismo de esta clase, al cual es factible prestarle sus servicios mediante contrato de trabajo, ya sea ficto o verbal, ya expreso y por escrito, por lo general necesita llenar una serie de requisitos documentales antes de que logre obtener que le sean reconocidas y cubiertas sus prestaciones sociales, requisitos que hacen relación al tiempo de servicios, último salario devengado, en muchos casos certificados de paz y salvo con la empresa por uno u otro concepto, etc. Todo lo cual configura lo que se denomina trámites administrativos, *que pueden ser unas veces sencillos, y otras veces complejos en mayor o menor grado, según la reglamentación que se adopte por el respectivo empleador oficial o semioficial".*

Esta interpretación que hace el sentenciador de segundo grado no puede conducir a la exoneración del pago de la indemnización moratoria, porque las entidades oficiales están también obligadas a pagar a sus trabajadores ligados por contrato de trabajo, la totalidad de sus salarios y prestaciones al término de la vinculación laboral, cuando ello ocurre.

Precisamente el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 dispone:

"El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 quedará así:

"Artículo 52. Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones *que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.*

"Parágrafo 1º...".

"Parágrafo 2º Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existen tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador...". *(Se subraya).*

Y comentando estas disposiciones ha dicho reiteradamente esta Sala de la Corte que: "...no debe olvidarse que el Decreto 797 de 1949 pertenece a la normación reglamentaria de la Ley 6ª de 1945 como disposición sustitutiva que es del artículo 52 del Decreto 2127 del mismo año. Este origen impone que para su interpretación se siga el mismo proceso técnico-jurídico empleado por la jurisprudencia cuando fijó el alcance a la disposición sustituida.

"Tanto el propósito del Decreto 2127 como el del 797 fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios *del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual, porque cuando el trabajador retirado o despedido se presenta a reclamar esos derechos lo hace en su carácter de extrabajador pues solamente a la desvinculación contractual la ley le reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones e indemnizaciones como cesantía, vacaciones no disfrutadas, salarios por lucro cesante, etc.".*

No cabe pues, por errada, esa interpretación que hace el juzgador para liberar a la parte demandada del pago de la indemnización moratoria, por retardo en cubrir el monto de las primas de antigüedad y de Navidad, sobre todo en lo atinente a esta última en cuya solución demoró dos años y días, porque la entidad demandada estaba en la obligación de pagar la totalidad de las prestaciones y salarios dentro de los noventa días de plazo a que se ha hecho referencia, al tenor de las disposiciones sustanciales invocadas por la censura.

El cargo por lo tanto prospera y habrá de ser casada la sentencia recurrida en cuanto absolvió por este último aspecto indicado.

Consideraciones de instancia.

Además de las argumentaciones expuestas en el cuerpo de esta providencia cabe anotar que, comoquiera que el salario mensual que percibió el señor Porras demandante fue el de: mil novecientos treinta pesos con veinticuatro centavos ($ 1.930.24), reconocido por la parte demanda-

da, el correspondiente diario es el de sesenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos ($ 64.34).

Y como la relación laboral terminó por decisión unilateral de la entidad demandada el 5 de agosto de 1966, esta parte tenía un plazo de noventa días contados desde la terminación del contrato para pagar al demandante las primas de antigüedad y de Navidad.

En consecuencia del retardo demostrado en el proceso, por parte del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica en solucionar el valor de esas primas, éste deberá pagar al actor como indemnización moratoria un salario diario desde el vencimiento de ese plazo hasta el 8 de agosto de 1968 inclusive, por cuanto la prima de Navidad fue cubierta el 9 de tales mes y año.

El monto total de esta condena asciende a la cantidad de cuarenta y un mil trescientos seis pesos con veintiocho centavos ($ 41.306.28) resultante de multiplicar el tiempo mencionado por el salario diario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y dos proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuanto absolvió a la demandada del pago de la indemnización por mora como consecuencia del no pago oportuno de las primas de antigüedad y de Navidad, y en sede de instancia revoca el numeral segundo del fallo dictado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en este juicio, con fecha cuatro de abril de mil novecientos setenta y dos, en la parte en que absolvió a la entidad demandada por tal concepto, y en su lugar *Resuelve:*

Condénase al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL), Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, a pagar al demandante señor Jesús Porras Meneses, como indemnización moratoria la cantidad de sesenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos ($ 64.34) diarios, a partir del vencimiento del plazo de noventa días mencionado en la parte motiva, hasta el ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta y ocho (1968) inclusive, o sea la cantidad total de: cuarenta y un mil trescientos seis pesos con veintiocho centavos ($ 41.306.28) moneda legal.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO POR CONSIGNACION (CONSIGNACION IRRITA)

El concepto de "írrito", aplicado a una consignación, no puede sacarse de una confrontación matemática, pues no existe un patrón o tabla que permita deducir objetivamente que a tanto debido, debe haberse depositado tanto; el concepto de simple comparación matemática resulta demasiado subjetivo, para que por sí solo sirva de fundamento a una condena por indemnización moratoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 7.

Anselmo Torres, mediante apoderado, plantó demanda contra *Luis Antonio Tovar Rodríguez,* a fin de que se le impusiesen las siguientes condenas:

"Primera. Condénese al demandado a continuar prestando al demandante la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por el tiempo que se requiera, sin exceder de dos años, contados desde el 20 de octubre de 1967, en la forma y términos de que trata el artículo 204, ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

"Segunda. Condénese al demandado a pagar al demandante todos los gastos que por concepto de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, hospitalarios, incluidos los exámenes complementarios de que trata la norma citada en la primera petición, hizo el demandante durante el lapso comprendido entre el 20 de octubre de 1967 y el 19 de octubre de 1969, y que se hubiesen requerido para el restablecimiento de las lesiones y secuelas dejadas por el accidente de trabajo.

"Tercera. Condénase al demandado a pagar al demandante a título de salarios insolutos la suma de treinta pesos ($ 30.00) diarios desde el 15 de enero de 1967 hasta el 19 de abril de 1968.

"Cuarta. Condénese a Luis Antonio Tovar Rodríguez a pagar a Anselmo Torres Velandia lo siguiente:

"a) Lo que se determine dentro del juicio y de acuerdo con la ley a cargo de Tovar y a favor de Torres por concepto de cesantías;

"b) Lo que se pruebe dentro del presente juicio a cargo del demandado y a favor del demandante, por concepto de primas de servicio;

"c) Lo que aparezca a deber el demandado al actor por concepto de vacaciones;

"d) Lo que se determine en el juicio a cargo de Tovar y a favor de Torres, por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial originada en accidente de trabajo.

"Quinta. Condénese al señor Luis Antonio Tovar Rodríguez a pagar al demandante la indemnización por despido injusto e ilegal que se determine en este juicio.

"Sexta. Condénese al demandado a pagar al señor Anselmo Torres Velandia, indemnización moratoria o salarios caídos desde el día del despido.

"Séptima. Hágase condenación en costas a cargo de la parte demandada, si afrontare el juicio".

El apoyo de las peticiones anteriores lo señaló diciendo que prestó al demandado servicios personales de albañilería, con un salario de $ 30 diarios, entre el 8 de mayo y el 20 de octubre de 1967, fecha en que sufrió un accidente de trabajo que le produjo el "aplastamiento en cuña de la columna vertebral" con lesiones sobre varias vértebras y como consecuencia "una incapacidad permanente parcial"; que "el demandado sólo pagó al trabajador salario completo durante la incapacidad, por el lapso comprendido entre el 21 de octubre de 1967 y el 14 de enero de 1968"; que no se le ha cancelado valor alguno por indemnización del accidente, ni de la incapacidad consecuencial, ni se le pagaron prestaciones so-

ciales y que "fue despedido injustamente el día en que se le hizo el último pago, o sea, el 14 de enero de 1968".

El patrono respondió la demanda aceptando "la relación laboral contractual"; pero sostiene que el trabajador tenía una lesión antigua, por otro accidente de trabajo, en la columna vertebral; que él le suministró el salario durante "13 semanas, límite de la obligación legal, pues no es un patrono cuya labor sea la de construir casas o edificios"; que "cuando se le requirió por el doctor Guillermo Hernández León para que se mandara enyesar, el trabajador rechazó este servicio, alegando que no era necesario"; que no existió despido injusto, pues el demandante "abandonó el trabajo desde cuando se sintió enfermo"; que "los valores sobre prestaciones sociales se le cubrieron así: $ 780 de mayor valor pagado en los recibos semanales que se adjuntan a esta demanda y $ 200 más que se consignaron en el Banco Popular, mediante comprobante de depósito número 841203 con cargo a prestaciones sociales".

Tramitado en legal forma el juicio, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, lo desató con sentencia de 23 de febrero de 1971, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Primero. Condénase al señor Luis Antonio Tovar Rodríguez, mayor y de esta vecindad, identificado con la cédula de ciudadanía número 17000114 de Bogotá, a pagar al señor Anselmo Torres Velandia con cédula de ciudadanía número 17019044 de Bogotá, las prestaciones consagradas en el ordinal 1º del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo y que ascienden a la cantidad a que se refiere el literal a) de esta parte resolutiva; y, además a las siguientes sumas de dinero:

"a) Nueve mil doscientos doce pesos con sesenta centavos ($ 9.212.60) moneda corriente, por asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia;

"b) Dos mil setecientos sesenta pesos ($ 2.760) moneda corriente, por concepto de salarios insolutos, en la forma expresada en la parte motiva;

"c) Un mil treinta y cinco pesos ($ 1.035) moneda corriente, por concepto de cesantía;

"d) Cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450) moneda corriente, por concepto de vacaciones;

"e) Tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) moneda corriente, por concepto de indemnización correspondiente al 14% de disminución de su capacidad laboral (Art. 209 del C. S. T.);

"f) Treinta pesos ($ 30) moneda corriente, diarios, a partir del veinte (20) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968) y hasta el día en que se satisfaga al actor los salarios y prestaciones debidos, por concepto de indemnización por falta de pago.

"Segundo. Absuélvase al demandado de las demás peticiones que le fueron formuladas en la demanda.

"Tercero. Condénase en costas a la parte demandada. Tásense en un 70%".

Por apelación del demandado conoció del proceso el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* que lo decidió en sentencia de 31 de julio de 1972, de la manera siguiente:

"1º Revócanse los literales a), b) y e) del artículo primero del fallo revisado y en su lugar absuélvese al demandado de las condenas allí formuladas en dichos literales, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"2º Modifícanse los literales c), d) y f) del mismo artículo primero del fallo recurrido, en el sentido de que las condenas allí contenidas quedarán así:

"a) Seiscientos quince pesos ($ 615) moneda corriente, por concepto de cesantía;

"b) Trescientos siete pesos con cincuenta centavos ($ 307.50) moneda corriente, por concepto de vacaciones; y

"c) Treinta pesos ($ 30) diarios, moneda corriente, a partir del día quince (15) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), inclusive, y hasta cuando se cancele el valor de las condenas hechas en el presente fallo.

"3º Confírmase el artículo segundo del mismo fallo revisado.

"4º Declárase probada de oficio la excepción de pago por la suma de doscientos pesos ($ 200) moneda corriente, que deberá descontarse de las condenas anteriores, según se dejó dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

"5º Modifícase el artículo tercero del citado fallo, en el sentido de que las costas del juicio en la primera instancia son a cargo del demandado sólo hasta el cincuenta por ciento (50%).

"6º Sin costas en esta segunda instancia".

La misma parte interpuso recurso de casación y fundó la respectiva demanda, no replicada por el demandante, en la que determina así el alcance de la impugnación:

"Aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcial-

mente la sentencia impugnada pronunciada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 31 de julio de 1962, en cuanto a las condenas contenidas en el punto 2º literales a), b) y c); el punto 4º en cuanto sólo declara probada de oficio la excepción de pago por la suma de $ 200 y el punto 5º, en cuanto condena en costas de la primera instancia al demandado; y convertida la honorable Corte en Tribunal de instancia, revoque en su totalidad las condenas por concepto de cesantía, por concepto de compensación de vacaciones, y por concepto de indemnización moratoria por falta de pago, contenidas en la sentencia del Juzgado, y en su lugar niegue las súplicas contenidas en la demanda que dio origen a este juicio, se absuelva al demandado de todos los cargos que se le formulan, y se condene al demandante al pago de las costas causadas en las instancias".

En busca de este objetivo plantea el siguiente cargo:

"Acuso la sentencia del Tribunal de violar indirectamente, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho o provenientes de falta de apreciación de unas pruebas y por apreciación errónea de otras, las siguientes normas de derecho sustancial: los artículos 65, 186, 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 7º numeral 15 del literal A) y el artículo 14 numeral 2º del Decreto legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Y por haber dejado de aplicar, siendo aplicable al caso controvertido, lo dispuesto en los artículos 15, 1625 numeral 1º, 1626, 1634 y 1649 del Código Civil, como violación de medio que condujo al Tribunal a infringir las disposiciones sustanciales de orden laboral que he señalado anteriormente.

"Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, son los siguientes:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante trabajó al servicio de Luis Antonio Tovar R., 'desde el 8 de mayo de 1967 hasta el 14 de enero de 1969, es decir por espacio de 8 meses y 6 días', como se afirma en la sentencia.

"2º No dar por establecido, estándolo, que Anselmo Torres Velandia sólo trabajó al servicio de Luis Antonio Tovar R., desde el 8 de mayo de 1967 hasta el 20 de octubre, inclusive, del mismo año, o sea durante 5 meses y 12 días.

"3º No dar por establecido, estándolo, el convenio entre el trabajador y el patrono para pagar las prestaciones debidas en la forma gradual que registran los autos.

"4º No dar por establecido, estándolo, que después de terminarse la prestación de servicios por parte del trabajador, el patrono le pagó, por concepto de prestaciones sociales, una suma no inferior a $ 2.720, de los cuales, por lo menos la suma de $ 1.040 eran imputables a cancelar las prestaciones por cesantía y vacaciones que se reconocen en la sentencia por un valor total de $ 922.50.

"Las pruebas erróneamente apreciadas, que llevaron al sentenciador a incurrir en los errores de hecho antes mencionados, son las siguientes:

"a) La confesión por apoderado judicial del demandante, contenida en el hecho 1º de la demanda que dio origen al pleito, que obra al folio 2 del cuaderno principal;

"b) La confesión por apoderado del demandante que se contiene en el punto 1º del interrogatorio en posiciones que absolvió el demandado, en la audiencia de trámite verificada el 20 de septiembre de 1968, que obra al folio 50 del cuaderno principal;

"c) La confesión hecha por el demandante Anselmo Torres Velandia, contenida en la respuesta que dio al punto 1º del interrogatorio en posiciones que absolvió en la audiencia de trámite celebrada el 12 de junio de 1969, que obra al folio 93 del cuaderno principal;

"d) Los 12 documentos o comprobantes de los pagos hechos por el demandado Luis Antonio Tovar R. al demandante Anselmo Torres Velandia, por un valor total de $ 2.520, que obran de folios 15 a 25 del cuaderno principal.

"Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal, son las siguientes:

"a) El Acta número 121 de la diligencia celebrada ante el Inspector Departamental de Asuntos Individuales de la Regional del Trabajo de Cundinamarca, el día 20 de enero de 1968, que en sendas copias debidamente autenticadas obran a folios 7 y 27 del cuaderno principal;

"b) El dictamen médico laboral número 237 de fecha 11 de septiembre de 1968 de la División de Medicina de Trabajo, que obra a folios 44 y 45 del cuaderno principal".

Se extiende luego el casacionista en un largo alegato para demostrar cada uno de los errores imputados al fallo *sub judice*, que la Sala analizará en el curso de esta sentencia, a cuyo fin considera:

Los dos primeros errores sostenidos por el recurrente, que arriba se transcribieron, dicen relación al mismo hecho: haber dado por demostrado

que el servicio del demandante se extendió "desde el 8 de mayo de 1967 y el 14 de enero de 1969 (sic), es decir, por espacio de 8 meses y 6 días", según dice el Tribunal, cuando lo establecido es que ese servicio se prestó "desde el 8 de mayo de 1967 hasta el 20 de octubre, inclusive, del mismo año, o sea, durante 5 meses y 12 días", de acuerdo con el impugnante.

El sentenciador fija el primer lapso con estos dos argumentos:

"... en primer lugar, como el trabajador fue reconocido como tal por el patrono desde el 9 de mayo de 1967 hasta el 14 de enero de 1969 (sic), es decir, por espacio de 8 meses y 6 días y, en segundo lugar, porque es una realidad jurídica que la enfermedad no pone término al contrato, entonces este tiempo es el evidente...".

El casacionista, en cambio, afianza su aserto de que fueron sólo 5 meses y 12 días, en que el demandante en el hecho 1º de la demanda manifiesta que "trabajó... desde el 8 de mayo de 1967 hasta el 20 de octubre del mismo año"; en que al formular la primera pregunta del pliego de posiciones que debía absolver el demandado, admitió también que "trabajó... desde el 8 de mayo de 1967 hasta el 20 de octubre del mismo año..."; en que el actor al responder la primera pregunta al pliego de posiciones que le pidió el demandado y en la que fija la duración del contrato "desde el 20 de mayo de 1967 hasta el 20 de octubre del mismo año", respondió: "sí, es cierto", y en que, en la reclamación formulada por el demandante ante el Inspector Regional del Trabajo de Cundinamarca el 30 de enero de 1968, manifestó: "que trabajó desde el 8 de mayo de 1967, hasta el día en que tuvo un accidente de trabajo, que fue el día 29 de octubre de 1967...". Sostiene, por último, que el demandado al contestar la demanda y la reclamación antedicha admitió esas fechas como las que encierran la duración de los servicios prestados por aquel a éste, y concluye:

"De los anteriores documentos auténticos y de las actas de las audiencias de trámite en las cuales consta la confesión judicial hecha por el demandante, resulta demostrado en forma incontrovertible, clara y precisa, el hecho de que el demandante trabajó al servicio del demandado en el lapso comprendido entre el 8 de mayo de 1967 y el 20 de octubre, inclusive, del mismo año, o sea durante 5 meses y 12 días. Al propio tiempo, de esos documentos resulta comprobado plenamente el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al afirmar y dar por demostrado en el juicio que Anselmo Torres trabajó durante 8 meses y 6 días.

"Quedan, pues, plenamente demostrados los errores primero y segundo que atribuyó a la sentencia del Tribunal".

Observa la Sala que del planteo anterior se desprende, de un lado, que son claras las manifestaciones del demandante en el sentido de que trabajó entre el 8 de mayo de 1967 y el 20 de octubre del mismo año, cuando padeció un accidente; pero, de otro, parece que hace una diferencia entre la cesación física de labores por el infortunio sufrido y la terminación del contrato, por despido unilateral. Surge así de la comparación del hecho primero con el 14 de la demanda inicial, según pasa a mostrarse: aquel, dice: "1º El señor Anselmo Torres Velandia trabajó al servicio del señor Luis Antonio Tovar Rodríguez, mediante contrato verbal de trabajo, desde el ocho (8) de mayo de 1967, hasta el 20 de octubre del mismo año" y el 14 reza: "el actor fue despedido injustamente, el día en que se le hizo el último pago, o sea, el 14 de enero de 1968". Vese, pues, que determina una diferencia entre las fechas en que trabajó, 8 de mayo a 20 de octubre de 1967, y la en que "fue despedido injustamente", 14 de enero de 1968.

Lo propio ocurre con la contestación a tales hechos, pues respecto del primero dice el demandado que "es cierto" y en cuanto al 14, afirma: "no es cierto, tal como se ha dicho a lo largo de esta respuesta, el trabajador no fue despedido ni justa, ni injustamente. El abandonó el trabajo desde cuando se sintió enfermo, pues el patrono tenía que mandarle las cuotas semanales de dinero a casa del trabajador. Además, con el percance alegado por el trabajador en la obra, ésta se suspendió por unos meses mientras se conseguía un reemplazo, o se mejoraba el demandante de la enfermedad presentada y lesión antiguas". Nótese que esta respuesta permite entender que el patrono estuvo a la espera de si se mejoraba el trabajador, quien "abandonó el trabajo desde cuando se sintió enfermo", o sea, que admite más bien una suspensión del contrato, que su extinción por la causa dicha. El punto ofrece, en consecuencia, serios motivos de duda.

Y la sentencia acusada fija la duración del contrato entre el 8 de mayo de 1967 y el 14 de enero de 1968, por considerar que durante ese lapso "el trabajador fue reconocido como tal" y "la enfermedad no pone término al contrato". Es decir, interpretó la demanda y su contestación para desatar la duda en favor de la mayor duración del contrato, sin contrariarlas de manera ostensible o evidente. De aquí que no puedan tenerse como probados estos dos errores de hecho que se estudian, dado el carácter objetivo

que se requiere para que sean manifiestos, pues en situaciones dudosas prima el criterio del juzgador, aún en el caso de que el de la Corte fuese diferente. Invariable es la jurisprudencia de la Sala y la doctrina de los autores en el sentido de que el error de hecho sólo ocurre en casación cuando a las pruebas se les hizo decir lo que en modo alguno expresan o cuando no se vio en ellas lo que con claridad manifiestan. Pero si ellas de alguna manera lógica presentan lo que el sentenciador dio por establecido, debe desecharse la existencia de error "que aparezca de manifiesto en los autos". De otro modo, este recurso extraordinario se convertiría en una tercera instancia.

El tercer error consiste en no haber dado por probado "el convenio entre el trabajador y el patrono para pagar las prestaciones debidas en la forma gradual que registran los autos". Para demostrarlo sostiene:

"En efecto los documentos auténticos suscritos por el demandante Anselmo Torres V., (folios 15 a 26) consistentes en 12 recibos de pago, cada uno por la suma de $ 210, en los cuales, con fechas 23 y 30 de octubre; 10, 21 y 25 de noviembre; 2, 13, 16, 24 y 31 de diciembre de 1967; 8 y 13 de enero de 1968, se expresa que el trabajador recibió de Luis Antonio Tovar R. las citadas cantidades de dinero por concepto de pago de jornales correspondientes a la semana en que cada uno de dichos recibos expresa, y por concepto de 'prestaciones sociales', permiten inferir de manera cierta y evidente la existencia de un convenio entre el patrono y el trabajador, celebrado al finalizar el contrato de trabajo, en virtud del cual las prestaciones del trabajador se pagarían en cuotas periódicas, que atenderían también otros conceptos, como el pago de salarios, de resultar establecido que el infortunio sufrido por el trabajador el día 20 de octubre de 1967, pudiese calificarse como un accidente de trabajo, en cuyo caso, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 2º, literal a), el patrono estaría obligado a pagar como prestación y mientras dure la incapacidad temporal del trabajador, el salario ordinario completo, hasta por 6 meses.

"Este acuerdo o convenio, verificado en la oportunidad indicada, es decir una vez terminado el contrato de trabajo, está previsto por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y ese convenio permitió al demandado retener lo correspondiente a prestaciones del trabajador, para ser cancelados gradualmente esos valores, en la forma como consta que lo fue, según aparece de los recibos de pago que obran a folios 15 a 26, inclusive, del cuaderno principal".

Un convenio de la naturaleza del expresado debe resaltar con claridad para que pueda admitirse, ya que es una excepción al principio general del mismo artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual a la terminación del contrato el patrono debe pagar al trabajador "los salarios y prestaciones debidos", "*salvo,* dice, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes".

Pero lo que el impugnante pretende es que los recibos glosados a los autos, resulta un indicio de la existencia de ese convenio; sabido es, sin embargo, que este medio probatorio exige, a menos de ser necesario, pluralidad, precisión y convergencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y los citados recibos, escritos con tinta en hojas de alguno de los diferentes talonarios impresos que existen al respecto, constituyen un solo indicio de lo que se quiere probar. Tienen idéntico texto, con excepción de su fecha y la semana de pago, de dónde, transcrito el primero, se conocen los otros. Dice así: "$ 210. Recibí de Luis A. Tovar la suma de doscientos diez pesos moneda corriente, por concepto de pago jornal semana del 23 al 29 de octubre y prestaciones sociales. Att. y S. S. (Fdo.) Anselmo Torres V.". Del mismo modo, rezan los otros hasta la semana del 8 al 14 de enero de 1968.

¿De ese tenor literal si surge o aparece o resalta, según lo afirma el impugnante, "de manera cierta o evidente", que existió un convenio celebrado "al finalizar el contrato de trabajo", en el que consta que "las prestaciones del trabajador se pagarían en cuotas periódicas" y que, además, "se atenderían otros conceptos, como el pago de salarios"? De ninguna manera. Es posible que el convenio se hubiese realizado; pero esos solos recibos no permiten deducir su existencia y menos con las estipulaciones indicadas. Su laconismo, su indeterminación en cuanto a lo pagado por jornal y lo cubierto por prestaciones sociales y la clase de éstas, la falta de otras pruebas indiciarias que concurran a mostrar el pretendido pacto, indican que el sentenciador no incurrió en manifiesto error de hecho al no haber sacado de tales cartas de pago las conclusiones a que el recurrente llega.

Trae éste en su apoyo la sentencia dictada por esta Sala el 30 de mayo de 1969 en evento semejante al que se estudia. Pero en ella se afirma que el convenio realizado al terminar el contrato resulta de "pruebas plurales singularizadas por el acusador", o sea, que hubo entonces una

situación probatoria distinta de la que aquí se contempla.

Por estas razones no resulta establecido el error examinado.

El cuarto error consiste en no haber admitido el Tribunal que el patrono pagó "por concepto de prestaciones sociales una suma no inferior a $ 2.700, de los cuales, por lo menos la suma de $ 1.040, era imputable a cancelar las prestaciones por cesantía y vacaciones, que se reconocen en la sentencia por un valor total de $ 922.50". Lo sustenta con los siguientes argumentos:

Sienta, ante todo, que los recibos de pago arriba analizados prueban que el demandado satisfizo al actor una suma total de $ 2.520 "por concepto de salarios y prestaciones sociales". Esta suma no es imputable al pago de prestaciones e indemnizaciones provenientes del accidente de trabajo afirmado por el segundo, puesto que el Tribunal absolvió al primero de "la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, lo mismo que de los salarios insolutos y de la indemnización correspondiente a la disminución de la capacidad laboral", por cuanto no resultó establecido en autos el mencionado accidente. Luego es imputable a las otras prestaciones.

Hace luego varios cómputos para mostrar que sea que se tome el 20 de octubre de 1967 (fecha del pretendido accidente) o el 14 de enero de 1968 (fecha del último recibo de pago "por jornal y prestaciones sociales"), como la de terminación del contrato de trabajo, esos $ 2.520 más los $ 200 consignados por el demandado, es decir, un total de $ 2.720, cubren con exceso las prestaciones y salarios debidos al trabajador. Dice así, al respecto:

"Pero es más: aún en el supuesto extremo de que fuese cierto, que no lo es (según lo he demostrado antes), que el contrato de trabajo hubiese terminado en la fecha del 14 de enero de 1968, como se afirma en la sentencia, y que desde el 20 de octubre de 1967 hasta el 14 de enero de 1968 el trabajador hubiese tenido derecho al pago del auxilio de enfermedad conforme al precepto del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea a las dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días, aún en este caso supuesto, resulta también que el demandado pagó al demandante la totalidad de las prestaciones que le corresponderían, como se demuestra, así: valor pagado directamente al trabajador, en 12 cuotas de $ 210 cada una la suma de $ 2.520 (documentos de folios 15 a 26); pagado por consignación en el Juzgado $ 200. Total pagado $ 2.720. Valor de las prestaciones por auxilio de cesantía y vacaciones según la sentencia del Tribunal $ 922.50; valor de las dos terceras partes del salario de $ 30 diarios en 83 días de incapacidad (del 21 de octubre de 1967 al 14 de enero de 1968), $ 1.660; sumadas estas dos últimas cantidades, arrojan un total de $ 2.582.50, cifra que comparada con la cantidad de $ 2.720 pagados por el demandado, resulta un pago de más por la suma de $ 137.50.

"De lo anterior resulta que la conclusión lógica a que debió llegar el Tribunal no pudo ser otra que declarar probada la excepción de pago total de las obligaciones que en la sentencia dedujo a cargo del demandado, por concepto de las prestaciones sociales que reconoció en favor del demandante. No lo hizo así, por causa de los errores de hecho a que me estoy refiriendo".

Para terminar, sostiene que es inequitativa la sanción moratoria impuesta "por no atender en su aplicación a los supuestos que exige la jurisprudencia constante de esa honorable Sala de la Corte, ni a los hechos probados en el juicio" y trae a cuento la sentencia de 30 de julio de 1970 en el proceso seguido por Jairo Almanza Latorre contra el Departamento de Cundinamarca, y concluye su alegación sobre este punto, diciendo: "...violó también el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicar la sanción moratoria que dicha norma establece, no siendo el caso de aplicarla en razón de que el demandado ha acreditado plenamente el pago de las prestaciones debidas al trabajador y de que, en último caso, no puede imputarse mala fe a su proceder y a la conducta asumida a todo lo largo del proceso, al desconocer con fundamentos plausibles, no la existencia misma del contrato, sino la existencia de las obligaciones que el demandante pretende deducirle en el juicio".

Para decidir este ataque observa la Sala:

Para que los cómputos efectuados por el casacionista fueran atendibles hubiera sido necesario que prosperaran los errores de hecho desechados, pues la aceptación de que con los valores pagados en total entre el 20 de octubre de 1967 y el 14 de enero de 1968, se cancelaron no sólo jornales, sino también auxilio de cesantía y vacaciones, implica admitir, en primer término, el convenio para el pago gradual de estas prestaciones y, en segundo, que ese convenio se efectuó una vez terminado el contrato de trabajo.

Pero ya se vio que no hubo error ostensible de hecho en el fallo *sub lite* al fijar la terminación del contrato el 14 de enero de 1968, luego los pagos efectuados entre aquellas dos fechas no podían cubrir dicho auxilio, pues resultaría efectuado antes de tal finalización, caso en el cual el patrono pierde lo pagado, y mal podía haber

incluido en esos pagos compensación por vacaciones, siendo así que su tesis es la de que el contrato duró únicamente 5 meses, 12 días, lapso por el cual no habría derecho a ella.

En estas condiciones, lo que resulta pagado en exceso, de acuerdo con los cálculos del impugnante, no puede jurídicamente imputarse al valor de dichas prestaciones. Y no es el caso tampoco de hacer una compensación por no haberla planteado el recurrente, ni indicado como violadas las normas legales que permitieran efectuarla.

Diferente es la situación relacionada con la indemnización moratoria, que el sentenciador impone sobre la base de que es ilegal el convenio sostenido por el demandado y fue "írrita" la suma consignada para pagarlas. Pero no tuvo en cuenta si el patrono procedió de buena fe en su actuación, que es el soporte en que la jurisprudencia reiterada de esta Sala ha templado el rigor del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Estudiada la conducta del demandado frente al análisis probatorio antecedente, resulta que el término de duración del contrato es dudoso: tan aceptable es la tesis de aquel de que sólo comprendió 5 meses, 12 días, como la del Tribunal de que se prolongó a 8 meses, 6 días, según se mostró al resolver sobre los dos primeros errores impugnados a la sentencia. En estas condiciones, el patrono de buena fe pudo creer que no debía compensación por vacaciones y por eso no consignó suma alguna al respecto.

Y en cuanto al auxilio de cesantía, al contestar el hecho 11 de la demanda: "los valores por prestaciones sociales se le cubrieron así: $ 780 de mayor valor pagado en los recibos semanales que se adjuntan a esta demanda y $ 200 más que se consignaron en el Banco Popular, mediante comprobante de depósito número 841203 con cargo a prestaciones sociales". Es decir, el patrono estaba en el convencimiento de que juntamente con el jornal semanal iba pagando auxilio de cesantía, según un convenio, cuya prueba resultó muy deficiente, y por eso no la admitió la Sala; pero que tiene visos de probabilidad en el texto de los recibos y en que realmente era menos lo que debía satisfacerse por auxilio de enfermedad no profesional. Es, pues, punto claramente dudoso.

Resulta así equivocado el concepto del sentenciador de que la suma consignada fue "írrita", ya que ascendió a sólo $ 200 sin mirarla como complemento de los $ 780 que el patrono creía haber ido abonando semanalmente por prestaciones sociales. El concepto de "írrito", aplicado a una consignación de esta índole, no puede sacarse de una mera confrontación matemática, pues no existe un patrón o tabla que permita deducir objetivamente que a tanto debido, debe haberse depositado tanto; el criterio de simple comparación matemática resulta demasiado subjetivo, para que por sí solo sirva de fundamento a una condena por indemnización moratoria. Por eso, es necesario relacionarlo también con los otros elementos del proceso, a fin de saber si al consignarse una suma pequeña se pretendió hacer un fraude a la ley, tratando de evitar, mediante un depósito que no guarda relación con lo debido, la pena por mora, todo lo cual incide en la buena o mala fe con que haya procedido sobre el particular el patrono.

Y en el evento contemplado no surge mala fe en la consignación de los $ 200, si se tiene en cuenta que se efectuó para completar los $ 780 que el demandado creía haber ido satisfaciendo semanalmente al trabajador con apoyo en hechos discutibles; pero no ilógicos o claramente contrarios a la realidad procesal o que desconocieran derechos ciertos e inequívocos.

En consecuencia, es manifiesto el error de hecho en que incurrió el sentenciador al no haber tenido en cuenta la buena fe que los hechos analizados muestran en la conducta del demandado.

Por lo cual, habrá de casarse la sentencia recurrida en cuanto le impuso sanción moratoria y en función de instancia, se lo absolverá por el mismo concepto, a cuyo fin son suficiente motivación las consideraciones que anteceden.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida en el literal c) del punto 2º de su parte resolutiva y, obrando como tribunal de instancia, revoca el literal f) del punto primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absuelve al demandado de la indemnización por mora. No se casa en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Las mismas razones que movieron a la Sala a dar aplicación analógica al Código Judicial anterior en esta materia, la obligan a hacerlo respecto del nuevo régimen, con la salvedad de que como el artículo 32 invocado del C. P. del T., señala dos oportunidades procesales para presentar excepciones de fondo, la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, en cualquiera de ellas pueden alegarse o proponerse; pero ya no son admisibles fuera de las mismas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo primero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 8.

Dentro del juicio promovido por *Emiliano García Garzón* contra la *Empresa de Licores de Cundinamarca,* el Juzgado Primero Laboral del Circuito de *Bogotá,* en sentencia de 20 de marzo de 1972, impuso a ésta las siguientes condenas: $ 25.334 por concepto de lucro cesante, y "$ 263.34 pesos diarios, a partir del 20 de julio de 1967 y hasta cuando se pague la condena anterior por concepto de indemnización moratoria". Este fallo, al resolver el recurso de alzada, fue modificado por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial* del mismo nombre el 2 de septiembre del mismo año; pero sólo en cuanto a que la indemnización moratoria corre a partir del 12 de agosto de 1967.

Contra éste, interpuso recurso de casación la empresa demandada y plantó su procurador judicial la respectiva demanda, oportunamente replicada por el apoderado del actor, demanda que es del tenor siguiente:

"*Alcance de la impugnación.*

"Se pretende con el recurso extraordinario de casación que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia y convertida en Tribunal de instancia revoque en todas sus partes la sentencia de primer grado y en su lugar se declare probada la excepción de prescripción de la acción o pretensión de la parte demandante y se la absuelva de todas las pretensiones del libelo original.

"Quinto. *Los motivos de casación.*

"Invoco la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, pues estimo que la sentencia grabada es violadora de ley sustantiva.

"*Cargo único.* Acuso la sentencia grabada de haber infringido indirectamente por falta de aplicación, los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente, por aplicación indebida, los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, (2º de la Ley 64 de 1946), 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949. Estas violaciones fueron el producto del error evidente de hecho en que incurrió el ad quem al no dar por demostrado, estándolo, que cuando el actor incoó la demanda inicial del juicio ya las acciones reclamadas estaban prescritas y la prescripción de las mismas no había sido interrumpida en oportunidad legal. Este error evidente de hecho se debió a la falta de apreciación por el Tribunal de los siguientes documentos auténticos:

"1º El representante de la entidad demandada alega la excepción de prescripción en el acta que recoge la audiencia pública celebrada en la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de abril de 1972 (Fs. 79 y 80),

fundado en que la reclamación del trabajador no se hizo dentro del término señalado en la ley.

"2º La demanda inicial fue presentada el 28 de octubre de 1971 y repartida al Juzgado Primero de Trabajo de Bogotá, el 30 de octubre del mismo año de 1971 (F. 5). El auto admisorio de la demanda y traslado de la misma fue notificado al representante legal de la Empresa demandada, el 12 de noviembre de 1971 (F. 22). De esto se desprende que entre la fecha del despido al establecimiento de la demanda transcurrió un tiempo mayor de 4 años y 6 meses.

"3º La nota de despido o terminación del contrato de trabajo operó el día 20 de abril de 1967 (F. 11). La fecha de presentación del reclamo del trabajador debe colegirse de la confrontación de los folios 12, 13 y 14. El oficio de la Empresa que obra al folio 14, que contesta negativamente el reclamo, expresa como fecha de aducción de dicho reclamo el día 23 de junio de 1971. La constancia que obra al folio 13 que hace parte del memorial de reclamo, tiene sello de la portería de la Empresa, y una firma ilegible, pero carece de una fecha expresa puesta por el representante de la entidad empleadora. Por lo tanto la aducción del reclamo se hizo por el trabajador seis meses después del término de tres años concedido por la ley, fue extemporáneo.

"4º En consecuencia, las acciones invocadas por el actor se encontraban prescritas en la forma prevista por la ley, dado que el reclamo no tuvo el alcance de interrumpir esa prescripción, ya que fue interpuesto luego de haberse cumplido el término de la misma.

"5º El Tribunal al no declarar la prescripción alegada aplicó indebidamente las normas legales contenidas en los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 2ª de la Ley 64 de 1946, 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, que reglamentan el contrato presuntivo de trabajo, el lucro cesante y la indemnización moratoria, violando por error evidente de hecho por falta de apreciación, dejando de aplicar las normas sobre prescripción precisadas en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

"6º El artículo 488 estatuye que las acciones que se derivan de los derechos regulados por el Código Sustantivo del Trabajo prescriben en tres años como norma general; el 489 afirma que el fenómeno prescriptivo se interrumpe con reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado, por un término igual a la prescripción de tres años. El artículo 32 del Código Procesal del Trabajo, regula la proposición y la decisión de las excepciones dilatorias y perentorias, indicando que éstas deben ser decididas en la sentencia; el 151 de la misma obra establece, como el 488 de la ley sustancial, la prescripción en tres años para las acciones que emanen de las leyes sociales.

"La honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo de abril 2 de 1971, de que fue Magistrado ponente Juan Benavides Patrón, en el proceso ordinario de Enrique Peralta contra la Universidad de Cartagena, reafirma la tesis respecto a que la prescripción si no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado en cualquier instancia de juicio".

El opositor hace ver que los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, no son aplicables al evento *sub lite*, pues se trata de un trabajador oficial y no del sector privado; que la falta de aplicación de tales preceptos no puede alegarse por la vía del error de hecho, y que, en último término, el nuevo Código de Procedimiento Civil, bajo cuya vigencia se inició y decidió este proceso, "le veda al juzgador considerar la prescripción, que sólo puede alegarse en la contestación de la demanda por virtud de su artículo 306".

Para resolver la Sala considera:

Es evidente que los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo no pueden ser aplicados a procesos en que son parte la administración pública y sus servidores, de acuerdo con los artículos 3º y 4º del mismo estatuto, que restringen su imperio a "las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular", salvo en cuanto al derecho colectivo, y que ordena que las de los que sirven al Estado se rigen por los estatutos especiales correspondientes.

La norma que regula la prescripción de las acciones laborales de estos últimos es el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que no hace distinción entre unos y otros.

Por consiguiente, el sentenciador no pudo infringir los artículos 488 y 489 invocados, por falta de aplicación, pues no podía darla al asunto en estudio.

En lo que hace a la improcedencia de acusar por la vía indirecta del error de hecho la falta de aplicación de normas, la Sala observa que en el cargo aparece esa falta de aplicación como violación medio, que produjo la aplicación inde-

bida de las disposiciones sustanciales citadas en él, consagratorias de los derechos reclamados por el trabajador. Desde el punto de vista estrictamente técnico, el ataque resulta así bien planteado; pero si los preceptos cuyo quebranto por falta de aplicación dieron lugar a infringir los otros, no son aplicables al caso, según se demostró arriba, es obvio que el cargo resulta desprovisto de uno de sus soportes fundamentales.

Sin embargo, el casacionista sí invocó en la parte final de su demanda, como aplicable también a este negocio, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, según puede verse de la transcripción de la misma, motivo por el cual la Sala estudiará la censura:

El Código Procesal del Trabajo sólo trae en punto a excepciones lo que dispone su artículo 32, según el cual "el demandado deberá proponer, en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, todas las excepciones que crea tener en su favor".

Establece luego que las dilatorias serán de previo pronunciamiento en la misma audiencia o una posterior, dentro de los cinco días siguientes, si fuere necesaria para que el demandante pueda contraprobar, y que las perentorias serán decididas en la sentencia definitiva.

La jurisprudencia uniforme de la Sala, recogida en la sentencia de 2 de abril de 1971 que recayó sobre un proceso iniciado y decidido en instancias antes de regir el actual Código de Procedimiento Civil, y que el casacionista invoca, admitió que era aplicable al caso lo dispuesto por el Código Judicial, Ley 105 de 1931, por analogía, y que, en consecuencia, podía alegarse la excepción de prescripción (que no puede declararse de oficio) fuera de aquellas dos oportunidades procesales, en cualquiera de las instancias del juicio.

Pero el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) modificó sustancialmente el régimen de las excepciones y el artículo 306 estableció: "cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda".

En consecuencia, la regulación procesal anterior, que según el artículo 341 del Código Judicial, permitía la proposición de las excepciones llamadas "perentorias" en la contestación de la demanda o el que pudieran "alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antés de la citación para sentencia", dejó de existir para los procesos iniciados bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, que entró a regir el 1º de julio de 1971. De acuerdo con el precepto de éste arriba transcrito, sólo pueden alegarse ahora las de prescripción, compensación y nulidad relativa en la contestación de la demanda.

Las mismas razones que movieron a la Sala a dar aplicación analógica al Código Judicial anterior en esta materia, la obligan a hacerlo respecto del nuevo régimen, con la salvedad de que como el artículo 32 invocado del Código Procesal del Trabajo, señala dos oportunidades procesales para presentar excepciones de fondo, la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, en cualquiera de ellas pueden alegarse o proponerse; pero ya no son admisibles fuera de las mismas.

Aplicando estos principios al evento sub judice *resulta que el proceso fue iniciado el 28 de octubre de 1971, o sea, bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, y en la contestación de la demanda sólo se propusieron las excepciones de "carencia de acción" y de "inexistencia de las obligaciones que se demandan"; pero no la de prescripción. Esta, fue alegada, según lo admite el propio recurrente, en la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá, es decir, fuera de las dos únicas oportunidades procesales anotadas que hacían posible su consideración por el sentenciador.*

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Conviene agregar que el hecho de que el fallador no hubiese encontrado establecido el motivo que justificara la terminación del contrato por el trabajador y el de que la Sala no hubiese podido verificar este punto por técnica del recurso extraordinario, constituyen cuestión diferente en sí misma y en sus consecuencias legales de la de la buena fe patronal, vale decir de sus razones atendibles para no cancelar los salarios y las prestaciones sociales ni a la terminación del contrato ni con posterioridad, en forma directa o mediante consignación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección Primera - Acta número 8.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por *Néstor Ramírez Nieto* contra la sentencia que dictó, el 7 de julio de 1972, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena,* en el ordinario de trabajo del mencionado recurrente contra la *Sociedad Ganem & Compañía,* litigantes de las condiciones que, junto con las de sus apoderados, se hallan en el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4275.

En el juicio, el demandante afirmó haber servido para la demandada en virtud de contrato de trabajo que se suscribió el 10 de agosto de 1956, cuyas obligaciones venía cumpliendo en forma ordinaria, hasta que el 5 de febrero de 1972 lo dió por terminado con justa causa debido a que la firma prenombrada, desde el 20 de diciembre del año anterior y hasta la fecha de febrero que se indicó, no le pagó los salarios correspondientes, que se habían pactado para cubrirse por décadas. Devengaba $ 5.000 en dinero y $ 2.600 en especie, correspondientes al valor del arrendamiento de la casa que habitaba y que pertenece a la Compañía, que no le ha cancelado ni los referidos salarios ni las prestaciones que se causaron. Con base en los hechos anteriores solicitó se declarara, en sentencia definitiva, la ruptura unilateral del contrato por el trabajador, por haber violado el patrono sus obligaciones contractuales, específicamente la del no pago oportuno, en forma reiterada y sistemática, de los salarios pactados; y que se condenara a Ganem & Compañía al pago de las indemnizaciones a que hubiere dado lugar dicho incumplimiento y al de las prestaciones sociales, singularizando, separadamente, la de jubilación restringida por más de quince años de servicio, al de las costas del proceso y al de toda suma que resultara *extra o ultra petita.*

Se opuso la demandada a las pretensiones del actor manifestando su apoderado en el juicio, que no le constaban los hechos del libelo relativos a la firma del contrato en la fecha que allí se expresó; a que se adeudasen las vacaciones correspondientes a los últimos años de servicio; a que Ramírez hubiese laborado hasta el 5 de febrero de 1972, y a que le hubiese manifestado a la firma, en carta de esa misma fecha, que daba por terminado el contrato con justa causa. Agregó que no era cierto el motivo que se alegaba para esto último, pues lo que le correspondía al trabajador como salario ha estado y estaba a su disposición en poder del secuestre auxiliar designado por el Juzgado que conoce de los juicios ejecutivos que cursan contra la firma, para que le fuesen entregados inmediatamente se presentara aquél a reclamarlo, como se le ha estado exigiendo reiteradamente. En cuanto a prestaciones sociales se expresó que el contrato no había terminado, y del salario en especie, que debía probársele, advirtiéndose que si lo que se denominaba tal es el hecho de que el demandante ha-

bitara un apartamento de propiedad de la demandada, ese derecho no puede estimarse en la suma de $ 2.600, pues los del mismo edificio están arrendados en $ 200 y $ 300 mensuales.

Tramitada la controversia, el Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena, que fue el del conocimiento la desató en fallo del 12 de junio de 1972, por el que, acogiendo los planteamientos del actor, resolvió:

"Primero. Declárase, como en efecto se declara la ruptura unilateral del contrato de trabajo, con justa causa, por parte del señor Néstor Ramírez Nieto, celebrado entre éste y la empresa colectiva de comercio de esta plaza Ganem & Compañía y por culpa de ésta.

"Segundo. Condénase a la empresa Ganem & Compañía, al pago de los salarios pendientes de su trabajador Néstor Ramírez Nieto, comprendidos desde el 21 de diciembre de 1971 y hasta el 5 de febrero de 1972, a razón de cinco mil pesos ($ 5.000) mensuales.

"Tercero. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar al señor Néstor Ramírez Nieto los salarios caídos a partir del seis (6) de febrero de 1972 y hasta cuando el pago se verifique a razón de ciento sesenta y seis pesos con 66/100 ($ 166.66) diarios.

"Cuarto. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar al señor Néstor Ramírez Nieto, las vacaciones correspondientes a los dos últimos años de servicios a razón de dos mil quinientos ($ 2.500) pesos por cada año, o sea la suma de cinco mil ($ 5.000) pesos moneda legal.

"Quinto. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar a Néstor Ramírez Nieto, la indemnización por ruptura unilateral del contrato con justa causa por parte del trabajador y por culpa de la empresa en cuantía de ciento veinte mil pesos, con arreglo al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, literal d) del numeral 4º.

"Sexto. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar al señor Néstor Ramírez Nieto por concepto de cesantía definitiva la suma de ocho mil ciento veinticinco pesos por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción de año, de conformidad con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Séptimo. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar al señor Néstor Ramírez Nieto, una vez cumpla los cincuenta años de edad, una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $ 4.355.46.

"Octavo. Condénase a Ganem & Compañía, a pagar las costas y gastos del juicio, incluyendo los honorarios profesionales".

Apelada esta decisión por el apoderado de Ganem & Compañía subió el negocio al Tribunal mencionado de Cartagena, entidad que, con estimaciones distintas de las del *a quo* acerca del motivo de la terminación del contrato, de la cuantía del salario de Ramírez Nieto y de las razones para que el patrono no hubiese cancelado los salarios y las prestaciones, decidió la alzada reformando aquella providencia así:

"Condénase a la sociedad Ganem & Compañía a pagarle al demandante Néstor Ramírez Nieto, las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

"Auxilio de cesantía, 15 años, 5 meses, 25 días $ 96.100. Vacaciones compensadas 2 años $ 5.000. Salarios pendientes, 45 días, $ 7.500. Son: ciento ocho mil seiscientos pesos en total.

"Se declara el derecho que le asiste a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de la fecha en que cumpla 60 años, por valor de tres mil seiscientos tres pesos ($ 3.603) mensuales, a lo cual queda obligada la demandada.

"Se la absuelve del resto de los cargos.

"Confírmase la condena en costas de primera instancia, pero únicamente en un 60% de las que se hayan causado.

"Sin costas en la alzada".

Contra la sentencia anterior, dictada el 7 de julio de 1972, como ya se expresó, recurrió en casación el apoderado del trabajador. Y habiendo concedido el recurso el ad quem, se le ha recibido, por la Corte, en legal forma.

El recurso extraordinario.

Persigue la casación parcial de la sentencia del *ad quem*, "en cuanto reforma el ordinal sexto, sobre cesantía definitiva, y el séptimo, sobre pensión de jubilación, y revoca los ordinales primero (justa causa), tercero (indemnización moratoria) y quinto (indemnización por ruptura del contrato) del fallo de primer grado, para que, en sede de instancia, la honorable Corte confirme los dichos ordinales primero, tercero, quinto y séptimo de tal fallo y reforme el sexto en el sentido de precisar la cifra resultante de la operación aritmética allí indicada como cesantía". "Consecuencialmente —agrega el recurrente— aspiro también a que se confirme el ordinal octavo, sobre costas de primera instancia, y se condene a la sociedad demandada en las costas de la segunda".

Para estos efectos formula dos ataques que se sintetizan y resuelven en su orden. No hubo escrito oposición.

Primer cargo.

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los artículos 6º, literal h), 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968; 57, ordinal 4º, del Código Sustantivo del Trabajo, y 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 22, 23, 27, 132, 133, 134, 129, 149 y 55 del dicho estatuto, violaciones que cometió el fallador por haber incurrido en errores evidentes de hecho en la apreciación de las probanzas que se singularizarán y que consistieron: a) En no dar por demostrado, estándolo, que el sueldo fijo del actor se estipuló y se pagaba por décadas y la sociedad demandada incurrió en grave violación de la obligación de pagarlo, en forma sistemática y sin razones válidas, y b) En dar por probado, sin estarlo, que la demandada invocó alguna vez, como razón para el referido incumplimiento, un embargo judicial, y que éste fuera de tal magnitud que constituyó fuerza mayor para no pagar oportunamente el salario del trabajador de autos.

Las pruebas mal apreciadas fueron la confesión judicial constituida por la contestación de la demanda (Fs. 8 a 10 del cuaderno primero), las posiciones absueltas por el gerente de la demandada (Fs. 37 a 38), la nota de ruptura (F. 5), la certificación de folio 16 y las actas de inspección ocular en el Juzgado 1º del Circuito Civil de Cartagena de folios 22 y vuelto y 34.

Para sustentar este cargo el recurrente transcribe el pasaje de la decisión del *ad quem* en que éste no aceptó como justa causa de la ruptura unilateral del contrato por el trabajador la del incumplimiento de su patrono, durante cuatro décadas, del pago del salario fijo estipulado, y comenta que las razones allí expresadas por el Tribunal, para estimar que si bien hubo incumplimiento patronal de la referida obligación él fue forzado, no tuvo carácter sistemático ni careció de motivos válidos, esas razones, se repite, no se le ocurrieron ni al gerente de la empresa ni a su abogado en la litis, quienes nunca hablaron de la tal imposibilidad de pagar, por tener todos sus bienes embargados, por no disponer de más fondos que los arriendos cobrados por el secuestre o por hallarse el Juzgado en vacaciones o por motivos de fuerza mayor; sino que en las respectivas posiciones y contestación de la demanda, uno y otro se limitaron a decir que los dineros de Ramírez han estado y están a su disposición, que si se presentaba a reclamarlos le serían entregados de inmediato y que reiteradamente se le ha estado exigiendo el retiro del dinero, agregando, el dicho gerente, en mayo de 1972, que Ramírez no ha ido a retirar el dinero por motivos que desconoce, "porque hasta el presente no se ha vuelto a presentar a reclamar su sueldo". Agrega el acusador que de las inspecciones oculares al Juzgado Civil no resultó nada que indique lo que el sentenciador afirma gratuitamente, esto es, que todos los bienes de Ganem & Compañía estuvieran embargados; que no hubiera más ingresos que los cánones de arrendamiento; que eso constituyera el objeto social; que careciera de fondos distintos de los recaudos del secuestre, ni que no hubiera habido otros pagos durante las vacaciones judiciales, apreciaciones todas de la pura imaginación del sentenciador, que se equivocó al estudiar las probanzas primeramente enunciadas, así como el recibo sin firma del folio 24, el poder de folio 1 y la nota del actor al Juzgado Civil de folio 18. Censura igualmente el impugnador la apreciación del fallo acerca de que el empleado no hubiese querido recibir los sueldos que le ofreció el secuestre el 1º de febrero de 1972, para poder armar el tinglado de la farsa contra Ganem, pese a que admitió, el mismo juzgador, que el salario mensual en dinero era de $ 5.000 y no de $ 4.500 que el secuestre quería pagar, en forma incompleta, y sin que posteriormente, ni todavía hoy, se lo hayan consignado, a favor de Ramírez, como tampoco lo han hecho con las prestaciones, sin temor siquiera a la indemnización moratoria.

Por todo lo cual concluye: "tan evidentes errores de hecho y protuberantes contradicciones, llevaron al sentenciador a violar las normas sustanciales citadas en el cargo, por aplicación indebida. El artículo 57, ordinal 4º del Código, que manda pagar el salario en la cuantía y los períodos convenidos, se relaciona con los que definen el salario y lo destacan como elemento sustancial del contrato (Arts. 22, 23 y 27 ibídem), y los que distinguen la 'unidad de tiempo' (sueldo o jornal, por ejemplo) para medir el salario, de los períodos para su pago (Arts. 132, 133 y 134 ibídem). Porque cuando se pacta el pago por décadas, como en el caso sub lite, no se puede hablar de la simple demora de un mes. Ya que quien recibe la mesada completa, puede esperar otro mes; pero quien recibe el pago decadal, no alcanza con ello a esperar cuatro décadas más, y menos en época de vacaciones, aguinaldos, matrículas, etc. De ahí la notoria gravedad de la infracción de la principal obligación de Ganem

& Compañía. Al no reputarla como justa causa para que el empleado rompiera el contrato, se aplicaron indebidamente los artículos 6º, literal h), 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, que instituyen esa justa causa y obligan a la consiguiente indemnización. Y al aplazar la pensión-sanción hasta los 60 años de edad, como si hubiera habido renuncia voluntaria, se violó por el mismo concepto el artículo 8º de la Ley 171 de 1965, tanto por la cuantía de la pensión debida (que no toma en cuenta el salario en especie, de $ 2.500) cuanto por el aplazamiento de su goce hasta los 60 y no desde los 50 años".

Se observa:

En el capítulo destinado al alcance de la impugnación el recurrente anuncia que sus ataques perseguirán también una decisión sobre el extremo de cesantía, pese a lo cual este cargo se contrae al motivo de la terminación del contrato de autos y el segundo, que se estudiará en su sitio, al de indemnización moratoria, sin que los hechos relativos a ellos permitan la revisión de cuestiones distintas o que incidan en la definición aludida sobre cesantía. Como tampoco se podrá penetrar a la cuantía de la jubilación debida, aunque el ataque incidentalmente la menciona, porque ni este cargo ni el siguiente se ocupan de las probanzas que determinaron este punto de la sentencia recurrida, cuya apreciación en $ 6.200 mensuales ($ 5.000 en dinero y $ 1.200 como valor del alojamiento) es base inatacada en el recurso.

Para resolver, pues, sobre el asunto propio de este cargo, que atañe a la indemnización por ruptura del contrato y a la jubilación a partir de los 50 años de edad sobre la base del motivo justo en el trabajador para aquella terminación, se considera:

Néstor Ramírez Nieto fundó su decisión de dar por terminado el contrato que lo vinculaba a Ganem & Compañía, en el incumplimiento de la obligación patronal de pagarle el salario convenido, durante cuatro décadas. La estimación legal de este hecho es la de justa causa de terminación del contrato de trabajo, indemnizable por el patrono a términos de los artículos 7º, literal b) numerales 7 y 8, y 8º, numeral 2 y regulación conforme al tiempo servido, del Decreto 2351 de 1965. Además, y en razón del tiempo servido, a la jubilación restringida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Pero el sentenciador apreció que no se había establecido el incumplimiento sistemático y sin razones válidas de aquella obligación del patrono —acerca de las cuatro décadas debidas, con salario en dinero de $ 5.000 mensuales— pues si bien la Compañía fue "válidamente notificada" de la determinación del trabajador y de su motivo (F. 28 del cuaderno 2º), en el plenario resultó que contra la demandada cursaban "varias ejecuciones en el Juzgado Primero Civil del Circuito" de Cartagena en razón de las cuales "ha venido actuando un secuestre que es el encargado de recaudar las ventas de los inmuebles que constituyen el objeto comercial de aquella" y que "con ellas" paga "los gastos (salarios) que demande la administración de los mismos, entre los que se incluye el del actor, de todo lo cual tenía y tiene conocimiento éste, como se desprende de su comunicación al Juzgado (F. 18) y de *las declaraciones del secuestre anterior y del actual (Fs. 29 y 39)*" (subraya la Sala), por lo que no es "razón inválida que la cesación de pagos o la simple demora de un mes, se puedan imputar a la voluntad del patrono". Agregó el Tribunal, en respaldo de su apreciación, que el último secuestre se había posesionado el 22 de enero de 1972, conforme a *certificación del Juzgado,* (se subraya) pocos días después de las vacaciones judiciales, y ofrecido pagar según los recibos de folio 29 a una semana escasa de dicha fecha, al trabajador que en la fecha en que comunicó su determinación confirió poder para la demanda de autos, la cual introdujo ese mismo día, sin que, por último, aquella comunicación expresara el motivo concreto de las diferencias de sueldo que el secuestre se negaba a cubrir, circunstancias todas que relacionó con la lealtad y la buena fe "que deben presidir tanto la ejecución de la relación de trabajo como las incidencias que surjan a su conclusión".

Prescindiendo de estas últimas inferencias, algunas de las cuales podrían no compartirse en valoración de instancia, pero que no pueden examinarse en primer término por las restricciones del error de hecho en la casación laboral y porque, además, el acusador no señala la prueba en que se apoya la primera de ellas, conservando, por lo tanto, su condición sustentatoria de la apreciación impugnada, acerca de lo principal de ésta precisa decir que en las piezas que destaca el acusador no aparecen las razones válidas por las que el Tribunal absolvió de los extremos en que se ocupa este cargo. Concretamente, no están allí los motivos que justifiquen el incumplimiento de la obligación del patrono de pagar las cuatro décadas del salario debido. Como lo recalca el impugnante, tanto en la contestación de la demanda inicial como en las posiciones absueltas por el gerente de la empresa se reitera

que al trabajador se le adeudaban salarios, advirtiéndose que los dineros correspondientes estaban a disposición suya, aunque sin expresar que en la cuantía en que Ramírez los reclamaba. Pero de todos modos, esas probanzas no contienen la validez del incumplimiento. En donde se encuentra explicación a que el secuestre no hubiese pagado el sueldo de $ 5.000 sino tan solo ofrecido pagar, por las décadas transcurridas, los $ 4.500 mensuales que Ramírez no aceptó, es en la declaración de dicho auxiliar de la justicia, en punto a que tal disposición de pago obedeció a que esa era la suma debida conforme a su conocimiento y a las instrucciones que tenía sobre el particular. Así es como debe entenderse su declaración del folio 29. Y en ella también apoyó el *ad quem* —como se ha subrayado— su conclusión de que no se estableció que el patrono careciera de razones válidas para no pagar la cantidad reclamada por el trabajador. Ese testimonio, que es soporte probatorio de la sentencia, no ha sido objeto de acusación. Ni en primer término, por las restricciones del recurso extraordinario, ni en examen a que dé lugar el error de hecho que se configure en las probanzas calificadas del mismo recurso, conforme a las exigencias de la Ley 16 de 1969. Y no pudiéndosele revisar, se mantiene la apreciación que hizo de esa prueba el fallador, y con ella su conclusión de que el incumplimiento de autos no fue sin razones válidas. No alcanza la Corte, pues, a estudiar el juicio del *ad quem* sobre este punto, que se opone al error acusado y sustenta la decisión del Tribunal.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Se expresa así:

"Violación por vía indirecta y por aplicación indebida, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de los errores de hechos consistentes en dar por demostrada, sin estarlo, la imposibilidad del pago por el patrono y la buena fe del mismo, y no dar por probada, estándolo, la renuencia patronal a hacer la consignación judicial ordenada por la ley, sin dar ningún motivo o argumento para no hacerlo. En tales errores incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la contestación de la demanda (Fs. 8 a 10), las posiciones absueltas por el Gerente a folios 37 y 38, el certificado de folio 16, las inspecciones oculares de folios 22 y vuelto y 34, el recibo sin firma de folio 24 y la nota del actor al Juzgado Civil (Folio 18)".

Y en la sustentación dice el recurrente:

"La absolución de la condena de primer grado a la sanción moratoria, en un caso en que el empresario y su representante judicial no alegan ningún pretexto para no consignar siquiera las cuatro décadas incompletas a que se refiere el recibo de folio 24, es apenas consecuente con la posición, asumida ab initio por el sentenciador a favor de Ganem & Compañía. En la contestación de la demanda, el demandado apenas dice: 'El dinero está a la orden; puede venir a retirarlo cuando quiera el empleado'. El gerente en posiciones, repite: 'El dinero está a disposición del empleado, pero no lo quiere retirar'. Ni la menor disculpa para desconocer la orden legal de hacer la consignación en ese evento. Pero el acucioso sentenciador afirma (F. 34, Cuad. II): 'En el proceso y en los antecedentes que dieron lugar a él... no surge la intención dañosa de abstenerse de pagar, pudiendo hacerlo... De allí no aflora que *la imposibilidad material y legal de pagarlos en el acto,* por razón del decreto de embargo y secuestro de los distintos inmuebles y sus producidos (¿dónde vería el honorable Tribunal ese 'decreto de embargo', que no figura en autos ni fue visto en las inspecciones oculares al Juzgado 1º Civil del Circuito?), lo haga reo (al patrono) de temeridad y mala fe".

Por lo cual concluye que esos errores evidentes condujeron a la aplicación indebida del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, sobre indemnización moratoria por no pago o por no consignación.

Se considera:

El Tribunal absolvió de la súplica sobre "salarios caídos" porque no encontró "intención dañosa de abstenerse de pagar, pudiendo hacerlo", no sólo en cuanto a los salarios debidos "sino también de la falta de cancelación de las prestaciones deprecadas en el juicio".

Sin embargo, desde la contestación de la demanda la Compañía de autos admitió deber salarios y no haber cancelado las prestaciones, sin que en ningún momento se preocupara por expresar alguna razón para no haberlos satisfecho a la terminación del contrato. Pues como tal no pueden tenerse sus manifestaciones de que los dineros correspondientes a aquellos —en la cantidad que decía deber— se encontraban a disposición del trabajador o, respecto de las otras, "que el contrato de trabajo aún no ha terminado". (Contestación de la demanda, a folio 8). Mas sin consignar suma alguna y sin que, notificada del pleito, pudiera continuar ignorando que el tra-

bajador había terminado el contrato por el motivo que expresó, hecho que, por otra parte, fue reconocido por el fallador. Como tampoco se encuentran esos motivos razonables en ninguna de las piezas que señala el acusador, ni en otra cualquiera del proceso, apreciables para efectos de la materia del cargo anterior, como lo fueron, pero inexistente de modo absoluto para explicar que los salarios y las prestaciones claramente debidos no se hubiesen pagado ni a la terminación del contrato ni posteriormente. La ausencia de prueba sobre este particular, más aún, la de toda referencia, por el patrono, a esta falta de cancelación exhiben infundada la apreciación de que hubiese habido algún motivo justificador. Con lo cual se configura inequívocamente el error de hecho acusado. Que tampoco puede olvidarse, en esta materia, que la mala fe sancionable simplemente consiste en la falta de razones atendibles para no pagar a la terminación del contrato.

Conviene agregar que el hecho de que el fallador no hubiese encontrado establecido el motivo que justificara la terminación del contrato por el trabajador y el de que la Sala no hubiese podido verificar este punto por técnica del recurso extraordinario constituyen cuestión diferente, en sí misma y en sus consecuencias legales, de la buena fe patronal, vale decir de sus razones atendibles para no cancelar los salarios y las prestaciones sociales ni a la terminación del contrato ni con posterioridad, en forma directa o mediante consignación.

Prospera, en consecuencia, el ataque y para la decisión subsiguiente de instancia, que estimará la súplica sobre indemnización moratoria conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se atenderá, en punto al salario base para la condena, a que si bien el Tribunal apreció en $ 6.200 mensuales lo devengado por el trabajador y tal apreciación no se ha revisado en el recurso extraordinario, la decisión del a quo sobre este extremo de la litis se produjo con un jornal de sólo $ 166.66, su sentencia no fue apelada por la parte demandante sino únicamente por la demandada, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, y el propio recurrente en casación —seguramente por ello— limita el alcance de la impugnación, respecto de este extremo, a que se confirme la decisión de primer grado. Así se resolverá.

Respecto de costas, se mantiene la decisión para el primer grado y las de segundo gravarán a la demandada en un 40%, por las resultas de la alzada.

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 que dictó el 7 de julio de 1972 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el ordinario de trabajo de Néstor Ramírez Nieto contra Ganem & Compañía, de las condiciones que registran los autos, en cuanto revocó la condena del Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena, en el mismo proceso, sobre indemnización moratoria, contenida en el ordenamiento tercero de dicha providencia del *a quo*, absolviendo de ese extremo de la litis y en cuanto absolvió de las costas de la alzada, y, en su lugar, en decisión de instancia, *confirma* dicha condena de primer grado, dictada el 12 de junio de 1972, e impone las costas de la segunda instancia a la sociedad demandada en un 40%.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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.

BIBLIOTECA

INDICIO

Lo que el casacionista efectúa es una inferencia, según la cual, como el trabajador al presentar la fotocopia de la citada carta no hizo salvedad alguna, hay que admitir que la recibió con la anticipación debida. — Pero de una parte, no existe error manifiesto en el juzgador cuando deja de tener en cuenta un indicio no necesario, pues es sabido que conforme a las reglas de la sana crítica, este medio probatorio sólo es fehaciente, a menos de tener el carácter dicho, cuando es plural, o sea constituido por varios indicios; cuando es preciso, es decir, con clara relación de causa a efecto, y cuando es convergente, lo que expresa que los varios indicios deben concurrir a establecer el hecho que pretende probarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo ocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 9.

Saúl Mera Santos, mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Segundo del Circuito Laboral de Bogotá, con el fin de que se hiciesen contra *Cementos Diamante S. A.* las siguientes declaraciones:

"1. Declarar que no hace cosa juzgada la transacción o transigencia presidida por el Alcalde de Apulo.

"2. Que se reajusten las prestaciones y la pensión de jubilación en sus cuantías, teniendo en cuenta los mayores salarios o sueldos que tuvo el trabajador, según el anuncio de los hechos de la presente demanda.

"3. Que se paguen así los salarios por trabajos extra los sábados, los días de descanso remunerado, los nocturnos, y las labores o reemplazos de jefes de gran posición dentro de la empresa; el salario para estos trabajos de suplente debe ser el mismo que ganaban los principales, de acuerdo con la tesis de a trabajo igual salario igual.

"4. Que determinados los verdaderos salarios que mereció y merece el trabajador, se reajusten y se paguen todas las prestaciones sociales que debieron liquidarse con su verdadera base, especialmente la pensión de jubilación, la cesantía, las vacaciones, las primas, sin excluir las de antigüedad y las otras.

"5. Que se pague al trabajador la indemnización que contempla la ley de 45 días más 20 por cada año de trabajo, con motivo del quebrantamiento unilateral del contrato de trabajo, radicado en haber considerado que la jubilación reemplaza los dos meses y medio faltantes para que precluya el término del contrato de trabajo, de acuerdo, con las explicaciones de los hechos de la presente demanda.

"6. Que se condene en costas, costos, y agencias en derecho a la empresa por el juicio que se inicia con esta demanda".

Apoya los pedimentos anteriores en 16 hechos, que pueden resumirse así: que el trabajador entró al servicio de la demandada el 1º de octubre de 1948 y fue retirado de la misma el 16 de julio de 1970 por reconocimiento de la pensión plena de jubilación, cuando le faltaban dos meses y medio para el cumplimiento de su contrato de trabajo; que se efectuó ante el Alcalde Municipal de Apulo una "transacción o transigencia" que no tiene valor legal; que ni en la pensión de jubilación, ni en el pago de las prestaciones sociales del actor se incluyeron los valores correspondientes al trabajo de "los sábados en la tarde", ni "el efectuado en horas nocturnas" después de cerrada la jornada ordinaria, que no baja de "dos horas y media cada día", ni las la-

bores realizadas "en los días de fiesta o de descanso remunerado... de no menos de tres horas y media diarias extras trabajadas por mi cliente", todo lo cual conduce a un reajuste de las prestaciones pagadas y de la mesada pensional correspondiente.

La empresa descorrió el traslado de la demanda, admitiendo el tiempo de servicio entre el 1º de octubre de 1948 y el 15 de julio de 1970, en que lo retiró por reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de acuerdo con el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues tenía a esa fecha 21 años y 285 días de servicio y 63 años, 5 meses y 2 días de edad. "Cumplidos, dice, los requisitos de tiempo de servicio y la edad del trabajador, el patrono puede cancelar legalmente el contrato al trabajador y comenzar a pagar la pensión de jubilación. Esto fue lo que hizo la empresa y no otra cosa". "La empresa Cementos Diamante S. A. contesta, no ha hecho ninguna transacción con el señor Mera Santos sobre derechos laborales". Y en cuanto al trabajo en los sábados por la tarde, en horas extraordinarias y en domingos y festivos, lo niega rotundamente. Propuso las excepciones de pago y de prescripción.

Trabada así la litis y tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado del conocimiento lo desató con sentencia de 7 de marzo de 1972, de esta manera:

"Primero. Declárase que no hace tránsito a cosa juzgada la denominada 'conciliación' presidida y dirigida por el señor Alcalde de Apulo.

"Segundo. Condénase a la sociedad denominada 'Cementos Diamantes S. A.', representada por el señor Eduardo Silva C., a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, señor Saúl Mera Santos con cédula de ciudadanía número 364375 de Rafael Reyes, la suma de ($ 107.000) ciento ciete mil pesos moneda corriente, por concepto de indemnización por terminación ilegal del contrato, conforme la parte motiva de esta sentencia.

"Tercero. Absuélvese a la demandada de las demás peticiones impetradas por el actor.

"Cuarto. Declárase no probadas las excepciones propuestas por la demandada".

Por apelación de la demandada subieron los autos al *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* el que, previa la práctica de un interrogatorio libre a las partes, decidió el recurso con sentencia de 30 de septiembre de 1972, confirmatoria de la de primer grado.

La empresa recurrió en casación y plantó la correspondiente demanda, oportunamente replicada por la parte actora, en la que fija de manera general el alcance de la impugnación diciendo: "con el recurso que sustento, la entidad demandada, Cementos Samper S. A. persigue obtener que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia en cuanto hace condena por terminación del contrato", petición que complementa al finalizar cada uno de los cargos formulados, con la de que se revoque la de primera instancia y se absuelva a la sociedad del pago de la indemnización mencionada.

Para conseguir este fin formula tres cargos que se estudiarán en su orden:

"*Primer cargo.* Acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 30 de septiembre de 1972, de ser violatorio por aplicación indebida del literal d), numeral 4), del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en relación con los numerales 14, y 15 inciso 2º, del artículo 7º del mismo decreto y los artículos 38, 47, 61 literal h) y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, este último en concordancia con el artículo 3º numeral 6, de la Ley 48 de 1968, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos a los cuales llegó el sentenciador por apreciación errónea de los documentos auténticos que obran a folios 108 y 171, en sendas copias presentadas por las partes y el de folios 1 a 6 que contiene la demanda.

"*Demostración del cargo.*

"El documento del folio 108 fue aportado al juicio por el propio demandante en la cuarta audiencia de trámite en abril 1º de 1971 y posteriormente también fue incorporado a los autos por la demandada en la audiencia de segunda instancia efectuada el 31 de agosto de 1972. Este documento que aparece por partida doble en el expediente, contiene la notificación o aviso dado por la demandada a su trabajador, con 19 días de antelación (junio 27 de 1970) de que a partir del próximo 16 de julio la empresa habría de reconocerle su pensión de jubilación.

"La demanda, que es el otro documento auténtico, no contiene afirmación alguna de que el trabajador no hubiera recibido el aviso. Tan cierto fue el hecho de su expedición y recibo, que el mismo demandante como único destinatario lo trajo al proceso. Y no fue tema de discusión ni desacuerdo entre las partes la fecha de elaboración y entrega.

"Sin embargo el fallador de segundo grado especula así: 'sin embargo, el inciso final del artículo 7º que se menciona, y en el que se apo-

yó la empresa, dispone que 'en los casos de los numerales 9 a 15, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días', y procesalmente en los autos no existe ninguna constancia, por parte de la demandada, que evidencie tal preaviso de quince días por lo menos'.

" 'No podrá afirmarse que la copia de la nota número 01398, de junio 27 de 1970, dirigida por la demandada al trabajador, y que fue aceptada por la Sala como documento de interés probatorio, dado que se recibió en la diligencia de interrogatorio libre decretado por el Tribunal, tiene todo este mérito. Como se puede apreciar por la observación de tal documento, aunque ese se dató el 27 de junio de 1970, no aparece recibido por el demandante en esa fecha ni en ninguna posterior. En otras palabras, no existe en el documento constancia alguna de haberse recibido por éste, o cuando menos haberse recibido en el término que indica el inciso en comentario. A la empresa no le bastaba con suscribir tal comunicación, y suscribirla en la fecha señalada en él, sino que le era necesario entregarla en el término indicado por el artículo 7º ya citado. Desde luego, para demostrar en autos este proceso de realidad temporal, le era indispensable traer el documento suscrito por el propio demandante, siendo así que ella es la única prueba, no sólo de la entrega, sino de la notificación del preaviso en el tiempo. Faltando como falta esta demostración literal, necesariamente para la Sala el preaviso no se demostró, y no existiendo ninguna constancia de él, en forma evidente e inequívoca, el procedimiento de cancelación del contrato de trabajo adoptado por la empresa es sencillamente ilegal, y por tal razón deberán confirmarse la decisión del juez de conocimiento en todas sus partes'.

"Craso e involuntario error del sentenciador. Que 'no existe en el documento constancia alguna de haberse recibido por éste, o cuando menos haberse recibido en el término que indica el inciso en comentario', si precisamente fue el extrabajador quien lo incorporó por primera vez al expediente (folio 108). Y lo allegó a los autos —repito— sin una sola salvedad. A él le correspondía demostrar su inoportunidad en la expedición o en el recibo como destinatario, mas en forma alguna al remitente cuando no fue tema de discrepancia este hecho.

"En tal error de apreciación estriba la equivocada conducta del ad quem cuando confirma la decisión de su inferior sobre el presupuesto falso de no existir el preaviso ordenado por el numeral 15), inciso 2º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965".

La Sala considera:

El aporte a los autos de la carta de preaviso, en fotocopia por el trabajador y en la copia respectiva por el patrono, es prueba evidente de este hecho: el segundo la envió al primero, quien la recibió; de no ser así, éste hubiera podido presentar fotocopia de la misma. Pero no resulta del mismo hecho igualmente evidente o manifiesto que el recibo de ella lo fue con los quince días de anticipación exigidos por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965: este supuesto, que por sí solo no ostenta la entrega del documento al juez, debió acreditarse de alguna otra manera, bien por testigos, ya en el interrogatorio bajo juramento a que fue sometido el trabajador, ora por haberle tomado recibo, en fecha determinada, de la carta en examen, que es lo que expone el sentenciador sin evidente error de hecho.

Lo que el casacionista efectúa es una inferencia según la cual, como el trabajador al presentar la fotocopia de la citada carta no hizo salvedad alguna, hay que admitir que la recibió con la anticipación debida. Pero, de una parte, no existe error manifiesto en el juzgador cuando deja de tener en cuenta un indicio no necesario, pues es sabido que conforme a las reglas de la sana crítica, este medio probatorio sólo es fehaciente, a menos de tener el carácter dicho, cuando es plural, o sea, constituido por varios indicios; cuando es preciso, es decir, con clara relación de causa a efecto, y cuando es convergente, lo que expresa que los varios indicios deben concurrir a establecer el hecho que pretende probarse. Y ninguna de estas condiciones resulta de la inferencia analizada.

De otra parte, es significativo que la empresa no hubiese arrimado al proceso ese documento desde un principio, siendo, como es, prueba fundamental en su favor, y únicamente lo hubiera presentado al contestar el interrogatorio libre que le formuló el Tribunal a su representante legal en la audiencia de trámite que precedió a la sentencia y cuando ya el trabajador había entregado una fotocopia de aquel, que, con las otras dos que aportó en el mismo acto, carecen de valor probatorio por no estar autenticadas, ni haber sido presentadas como pruebas, ni admitidas como tales por el Juez del conocimiento.

En efecto: lo que aparece al folio 108 de los autos, cuarta audiencia de trámite, es lo siguiente: el apoderado del actor, al iniciarse dicha audiencia, solicitó la recepción, mediante juez co-

misionado, de los testimonios que había pedido en la demanda, y agregó: "así mismo entrego para que figuren en el expediente tres fotocopias de documentos provenientes de la empresa", petición sobre la que recayó el siguiente auto: "incorpórense al expediente las fotocopias a que se refiere el señor apoderado de la parte actora". Vese, pues, que ni por parte del mandatario del trabajador, ni por el acto del juez esas fotocopias se glosaron al proceso para que se tuvieran como pruebas en favor o en contra de alguna de las partes.

Arguye, por último, el recurrente que al trabajador "le correspondía demostrar la inoportunidad en la expedición o en el recibo como destinatario (de la carta), mas en forma alguna al remitente, cuando no fue tema de discrepancia este hecho". Cabe observar contra este argumento que el patrono ni en la contestación de la demanda, ni en ninguna de las audiencias de trámite de la primera instancia afirmó haber enviado la carta de preaviso, ni menos dentro del término debido. Es obvio, entonces, que no pudiera haber discrepancia sobre el particular. Y la entrega de la citada nota en la audiencia ante el Tribunal al surtirse el interrogatorio libre del Gerente de la compañía, no daba oportunidad al demandante para contradecirla.

Conclúyese de lo expresado, que no aparece error con carácter de manifiesto en la sentencia *sub lite* al no haber dado por establecido que el patrono envió con la antelación debida a su trabajador la aludida carta de preaviso para terminar el contrato de trabajo.

El cargo no prospera.

El segundo cargo está presentado así: "acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 30 de septiembre de 1972 por infracción directa, en la modalidad de errónea interpretación, del literal d), numeral 4) del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 6º, literal h), y 7º, numerales 14 y 15, inciso 2º del mismo Decreto, y los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 3º numeral 6º de la Ley 48 de 1968".

Para sustentarlo sostiene que no hay discrepancia entre recurrente y sentenciador en el hecho de que "Saúl Mera Santos se despidió después de 21 años de servicios con una edad superior a los 61 años, para que entrara a disfrutar de su pensión plena de jubilación, como en efecto lo hizo", y que, para los fines de la formulación técnica del cargo, "da por aceptado que la sociedad no acreditó haber dado al trabajador el aviso previo exigido por el artículo 7º numeral 15, inciso 2º del Decreto 2351 de 1965".

Transcribe luego el aparte de la sentencia acusada en que se expresa que por la falta de dicho preaviso "el procedimiento de cancelación de dicho contrato adoptado por la empresa es sencillamente ilegal y por tal razón deberán confirmarse la decisión del Juez del conocimiento en todas sus partes", para argumentar del modo siguiente:

"Ha confundido o refundido en uno solo la terminación unilateral de un contrato de trabajo por justa causa, con la decisión, también unilateral de darle fin, pero sin existir la justa causa. Asimila erróneamente el fallador las 'causas' y los 'modos', ambos legales pero de etiología jurídica bien diferente.

"La justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo que vinculó a Saúl Mera con Cementos Diamante S. A., es un hecho aceptado por las partes y el juzgador. Tiene amparo como causa justa en el numeral 14, artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en armonía con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y el numeral 6º artículo 3º de la Ley 48 de 1968, textos que he señalado como infringidos, siendo además una forma legal de terminación del contrato por mandato del artículo 6º literal h) del varias veces citado Decreto 2351. Si faltó el preaviso, la inobservancia del requisito (Art. 15 inciso 2º Decreto 2351/65) no transmuta la justa causa en un modo y menos en terminación con ausencia de aquella.

"El artículo 8º del Decreto 2351/65 en su numeral 2º, texto erróneamente interpretado, es muy claro al referirse al régimen indemnizatorio, así: 'en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo *sin justa causa comprobada...*' (subrayo). En autos está demostrada la existencia de una justa causa consistente en el reconocimiento de la jubilación y no desaparece como entidad jurídica porque en el mecanismo de su aplicación se haya omitido el aviso con antelación de 15 días. Luego el Tribunal al dar aplicación a esta disposición entendió equivocadamente su contenido. Interpretó mal el mandato subsumido y aplicó sus regulaciones a situaciones distintas de las acreditadas en juicio.

"..... .....

"De haber entendido correctamente la norma habría llegado a una conclusión distinta: que por estar probada la justa causa para la terminación del contrato no era aplicable la disposición cuyo simple título es: 'terminación unila-

teral del contrato sin justa causa', que considero directamente infringida''.

Invoca, además, en favor de su tesis la sentencia de casación dictada por esta Sala el 21 de abril de 1972, sin indicar entre qué partes, de la que transcribe algunos apartes.

Para resolver la Sala considera:

Planteado el cargo en la modalidad de interpretación errónea de las normas señaladas en él, es inadmisible, pues el sentenciador no llevó a efecto análisis de ninguna de ellas para fijar su sentido, desentrañar su alcance o precisar su entendimiento. Se limitó a dar aplicación al literal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, confirmando la condena al pago de la indemnización allí prevista, por considerar que hubo terminación unilateral del contrato sin justa causa. Si esta apreciación no es exacta, lo sucedido fue que aplicó esa norma a un caso no regulado por ella, o sea, que hubo aplicación indebida de la misma.

Confirma este aserto el propio demandante cuando en el penúltimo párrafo, arriba trasladado, de la sustención del cargo, dice:

''De haber entendido correctamente la norma habría llegado a conclusión distinta: que por estar probada la justa causa para la terminación del contrato *no era aplicable la disposición* (subraya la Sala), cuyo simple título es: 'terminación unilateral del contrato sin justa causa', que considero directamente infringida''.

De otro lado, la sentencia del Tribunal ni siquiera cita el literal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como era obvio que lo hiciera si tenía qué interpretarlo: con respecto a esta norma se limita a confirmar la decisión del Juez del conocimiento, que condenó a pagar la indemnización en ella prevista, dándola por aplicable al evento en estudio.

Si la falta del preaviso establecido en el inciso 2 del numeral 15 del artículo 7º en relación con el numeral 14 del mismo estatuto, no genera la indemnización del artículo 8º, numeral 4 ibídem, sino otra, no obstante lo cual el juzgador la impuso, es claro que aplicó esta última norma a una situación no prevista en ella y dejó de dar incidencia al precepto regulador de la indemnización que correspondía, lo que muestra sin lugar a dudas que el cargo está incorrectamente formulado por la vía de la interpretación errónea. En consecuencia, no prospera.

El tercer cargo ataca el fallo por ''ser violatorio por aplicación indebida del literal d) numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en relación con los numerales 14 y 15 inciso 2º del artículo 7º del mismo Decreto y los artículos 38, 47, 61 literal b) y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, este último aclarado por la Ley 48 de 1968 en su artículo 3º numeral 6º, a consecuencia de error de hecho evidente y manifiesto en los autos, al cual llegó el sentenciador por apreciación errónea del documento auténtico que como acta de conciliación obra a folios 13 a 16''.

Para sustentarlo hace un análisis del mencionado documento y él deduce que, aún no aceptándolo como conciliación, ni como transacción, prueba que hubo un acuerdo entre el trabajador y el patrono para dar por terminado mediante mutuo consentimiento el contrato de trabajo. Al respecto afirma:

''La valoración errónea del documento auténtico finalmente hecho por el Tribunal pese a entenderlo en su justo alcance, dio pie a deducir una terminación del contrato por un modo distinto a como sucedió en la realidad. El ad quem dedujo despido donde había mutuo acuerdo. Violó la ley sustancial contenida en el artículo 8º, numeral 14, literal d) del Decreto 2351 de 1965 que reglamenta la indemnización en el evento de un despido sin justa causa, pero que no se aplica al caso de terminación del contrato por mutuo acuerdo. Relaciona sin ser del caso hacerlo el numeral 15 inciso 2º del mismo decreto y las disposiciones sobre jubilación del artículo 14 ibídem, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 6º de la Ley 48 de 1968. Finalmente infringe las dos disposiciones del Código sobre contratos a término indefinido como al de autos (artículos 38 y 47) y el artículo 61 literal b) que establece un modo de terminación de los contratos originado en el 'mutuo consentimiento' ''.

La Sala observa:

El pretendido error de hecho al no mirar que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, es insostenible, desde el momento mismo en que el patrono al contestar los hechos segundo y tercero de la demanda sostuvo sin la menor vacilación que lo había cancelado unilateralmente para conceder la jubilación a su trabajador. En la primera de tales respuestas se afirma: ''... El tiempo trabajado y la edad que acusa el trabajador fue lo que motivó a la empresa para decretarle y pagarle su pensión de jubilación. Otro sí. El Decreto 2351 de 1965, artículo 7º, entre las facultades que da al patrono, para terminar por justa causa unilateral el contrato de traba-

jo, está precisamente el hecho de la jubilación, y por ello la norma citada en su numeral 14 dice textualmente: 'EL RECONOCIMIENTO AL TRABAJADOR DE LA PENSION DE JUBILACION O INVALIDEZ ESTANDO AL SERVICIO DE LA EMPRESA' " (las mayúsculas son del texto).

Y la otra respuesta es aún más enfática, así: "*Al tercero.* No es cierto que el contrato de trabajo establecido entre Saúl Mera Santos y Cementos Diamante S. A., se cumpliera el 1º de octubre del año de 1970. El Decreto 2351 de 1965 en su artículo 7º es muy claro en la facultad que da al patrono para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por motivos de jubilación. *Cumplidos los requisitos de tiempo de servicio y la edad del trabajador, el patrono puede legalmente cancelar el contrato al trabajador y comenzar a pagar la pensión de jubilación.* Esto fue lo que hizo la empresa y no otra cosa". (Subraya la Sala).

Hay más aún: la llamada acta de la "audiencia especial de conciliación" celebrada ante el Alcalde de Rafael Reyes (Apulo), trae lo que se copia: "en uso de la palabra el representante de la empresa manifiesta: el señor Saúl Mera Santos se retiró del servicio de la empresa, Fábrica de Cementos Diamante S. A., de Apulo, a partir del día 16 de julio de 1970, para empezar a disfrutar de su PENSION DE JUBILACION" (Mayúsculas del texto), lo que concuerda con las contestaciones transcritas y muestra que fue el otorgamiento de dicha pensión la causa del retiro del trabajador, que es distinta de la del consentimiento mutuo.

No existe, por tanto, el error de hecho imputado a la sentencia por este aspecto. El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

LA COSA JUZGADA

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. — Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo doce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4282.

Acta número 9.

William Pino Ayala, mayor de edad, vecino de Barranquilla, portador de la cédula de ciudadanía número 801407 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a *Esso Colombiana S. A.* para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la sociedad Esso Colombiana S. A., sucursal de esta ciudad, terminó en forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo por término indeterminado o indefinido que tenía celebrado con el señor William Pino Ayala.

"Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, la sociedad Esso Colombiana S. A. está obligada a pagar al señor William Pino Ayala una indemnización de perjuicios equivalente a cuarenta y cinco (45) días de salarios por el primer año de servicio y treinta (30) días adicionales de salarios por cada año de servicio, cuyo salario base será el promedio de lo devengado durante el último año de servicio.

"Tercera. Que igualmente se condene a la sociedad Esso Colombiana S. A. a pagar a mi mandante, señor William Pino Ayala, el valor del auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicios; las vacaciones no disfrutadas; las primas de servicios; subsidio de transportes; salarios caídos desde el día en que se dio por terminado el contrato de trabajo hasta cuando sean satisfechas la cesantía y demás prestaciones sociales y se ordene practicarle el examen médico de retiro y se le expida el certificado de salud correspondiente y, además, al pago de los descansos dominicales y festivos.

"Cuarta. Que la sociedad demandada Esso Colombiana S. A. está obligada a reconocer y pagar a mi mandante, señor William Pino Ayala, la pensión de jubilación a partir del día 13 de febrero de 1971, fecha en que cumple 50 años de edad.

"Quinta. Que se condene en costas y en la labor en derecho a la demandada".

Como apoyo de las pretensiones, fueron indicados los siguientes hechos:

"1º) El día 1º de febrero de 1942 la sociedad Esso Colombiana S. A., domiciliada en Bogotá, con sucursal en esta ciudad, celebró un contrato de trabajo con el señor William Pino Ayala en esta ciudad, para que le prestara sus servicios personales en el mantenimiento de los tanques de almacenamiento, tales como lavada y desgasificada, quitada de válvulas de entrada y salida, drenajes, quitada de las válvulas de presión y vacío, sacada de remanentes, enterrada de borra, hechura de zanjas, secada de tubería, cargue y descargue de productos, limpieza de los patios de la empresa y, en general, oficios varios, etc., con término de duración indeterminado o indefinido y con un salario a producción o a destajo.

"2º) La sociedad demandada suministraba al demandante herramientas y, en general, todos los elementos que se requerían para ejecutar la labor encomendada, la cual constituía el mantenimiento de parte del establecimiento industrial y otras que son actividades normales del negocio y en la misma ejecución de su trabajo recibía órdenes e instrucciones de la empresa.

"3º) Durante todo el tiempo que mi mandante estuvo al servicio de la demandada, no le fueron pagados los descansos dominicales ni festivos, ni el subsidio de transportes, ni el familiar.

"4º) El día 1º de febrero de 1970 la empresa demandada dio por terminado sin justa causa y en forma unilateral el contrato de trabajo celebrado en esta ciudad con mi mandante, cuyo despido, además, es colectivo, por cuanto en el mismo día fueron despedidos varios trabajadores, sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo.

"5º) La empresa demandada no ha pagado a mi mandante el valor de las primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía, indemnización de perjuicios por ruptura unilateral y sin justa causa comprobada del contrato de trabajo, salarios caídos, etc.

"6º) El señor William Pino Ayala, por haber trabajado por más de veinte (20) años continuos al servicio de la Esso Colombiana S. A. en actividades normales del negocio u objeto social de la empresa, al llegar a la edad de 50 años, la empresa debe pagarle la pensión de jubilación a partir del día 13 de febrero del año de 1971".

La demandada no admitió ninguno de los hechos presentados en el libelo inicial, negó los derechos pretendidos y propuso las excepciones de cosa juzgada y compensación, y en la primera audiencia presentó la de prescripción.

El Juez de primera instancia, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de 17 de marzo de 1972, absolvió a Esso Colombiana S. A. de todos los cargos de la demanda, declaró probadas las excepciones propuestas en ella y se abstuvo de condenar en costas. Apeló de dicha providencia el apoderado de Pino Ayala.

En fallo de 13 de julio de 1972 el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla* revocó la providencia apelada, condenó a Esso Colombiana S. A. a pagar a William Pino Ayala $ 10.380 por cesantía, $ 5.190 por vacaciones, $ 10.380 por primas y $ 5.449.50 como indemnización por ruptura unilateral; declaró compensación por $ 10.000 y encontró probada excepción de petición antes de tiempo en cuanto a la jubilación. El apoderado de la demandada interpuso oportunamente el recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

Con base en la primera causal de casación laboral, consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, el impugnante presenta tres cargos y pretende la casación de la sentencia de segundo grado en cuanto revocó la de primera instancia e impuso condenas a Esso Colombiana S. A., para que como Tribunal de Instancia se confirme el fallo de primer grado.

Primer cargo.

Dicho ataque está concebido así:

"*Primer cargo.*

Violación, por vía directa, de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo frente a los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, por interpretación errónea, en relación con los artículos 473 y 474 del Código Judicial. Y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 34, 20, 186, 189, 190, 192, 249, 253, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 6º, 7º, 8º y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, 4º de la Ley 187 de 1959 y Decreto 1233 de 1969.

"Independientemente de las cuestiones de hecho, porque el sentenciador acepta que se presentó el acta de conciliación, la que cita por su fecha y folio y transcribe en parte, en su argumentación confunde el fenómeno de la transacción, regido por los artículos 13, 14 y 15 del Código, con el de la conciliación, regulado por los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral y 473 y 474 del Código Judicial. Por eso exige que en las actas de conciliación haga constar el funcionario todo el proceso investigativo y mental que le haya producido la convicción de que el acuerdo conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, cuando esa exigencia no aparece en la ley.

"En la transacción entre particulares, a espaldas del Estado, el artículo 15 del Código Laboral hace la reserva de su eventual invalidez en

cuanto implique renuncia a derechos del trabajador; precisamente porque el funcionario del Estado sólo podrá intervenir *a posteriori*, cuando en el juicio laboral se proponga la excepción de transacción, y es entonces cuando podrá apreciar si hubo o no renuncia a las garantías o los derechos claros e indiscutibles. Por eso en ninguna parte del Código Laboral se declara que la transacción haga tránsito a cosa juzgada.

"En la conciliación, por el contrario, el Estado interviene por medio de su funcionario (Juez o Inspector del Trabajo) para impedir el abuso contra el trabajador, desde el principio hasta el fin de la diligencia. Y cuando el funcionario le imparte la aprobación oficial a lo acordado por las partes, ese acuerdo sí hace tránsito a cosa juzgada (Arts. 20 y 78 del C. P. L. y 473 y 474 del C. J.).

"De prosperar la teoría del sentenciador de Barranquilla, perderá toda eficacia la conciliación prejudicial o judicial, pues al demandado no le bastará excepcionar de cosa juzgada, presentando el acta en que consta la conciliación aprobada debidamente, sino que deberá presentar además todas las pruebas del juicio ordinario que quiso precaver o concluir con la conciliación.

"Pero si la conciliación laboral aprobada por el funcionario competente tiene la misma fuerza que la sentencia ejecutoriada ('cosa juzgada'), tendrá que recibir idéntico tratamiento. La sentencia absolutoria firme debe ser probada por el excepcionante al juez del nuevo intento con su copia auténtica, y nada más. No es siquiera concebible que este nuevo juez exigiera la repetición del acervo probatorio que produjo en el anterior juzgador la convicción (razonable, o incluso errónea) expresada en su fallo ejecutoriado, para analizar de nuevo esas probanzas y decidir, según su criterio, la excepción propuesta. Sin embargo, no otra es la conducta del Tribunal de Cartagena (sic) ante la copia auténtica del acta de conciliación aprobada por funcionario competente.

"Como consecuencia de esa errónea interpretación de las normas sobre conciliación, transacción y cosa juzgada, vino la aplicación indebida de los preceptos que rigen las vacaciones (Arts. 186 a 192), la cesantía (Arts. 249 y 253 del C. S. T. y 17 del D. 2361 de 1965), la jubilación (Art. 260), las primas de servicio (Art. 306), el despido sin justa causa y su indemnización (Decreto 2351 de 1965, Arts. 6º, 7º y 8º). Pues si el sentenciador hubiera aceptado que el acta demostrativa de la conciliación aprobada por el Inspector de Trabajo de Barranquilla, hacía tránsito a cosa juzgada, no habría impuesto a mi mandante las condenas a que tales preceptos se refieren sino que hubiera confirmado el fallo de primera instancia".

Se considera:

En la sentencia recurrida se dice:

"La afirmación transcrita está incomprobada, pues en esa acta nada se concretó como para que el funcionario hubiese podido *determinar* con la mayor precisión posible los derechos y obligaciones de los interesados como lo requiere el artículo 20 del Procedimiento Laboral".

Y más adelante en el mismo fallo se lee:

"Son pues, contestes y uniformes los testigos en cuanto al hecho del servicio personal dependiente prestado por el demandante en la empresa, lo cual da asidero a la presunción de la existencia del contrato de trabajo, y en consecuencia hay fundamento para tener por causadas las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, como la cesantía, vacaciones, primas y jubilación, que son derechos ciertos e indiscutibles, y por imperativo legal exentos de transacción, a tenor del artículo 15 del Código del Trabajo. Así que la transacción respecto a éllas carece de validez, y es la razón que asiste a la Sala para considerar sin valor ni efecto el arreglo transaccional de que dan cuenta el documento al folio 34, 35 y la conciliación al folio 36 y 37, en cuanto a las prestaciones debidas en este caso, porque mal podría tener efecto de cosa juzgada un arreglo conciliatorio sobre objeto prohibido y, en consecuencia, nulo. Por ello la Sala no comparte las apreciaciones y consideraciones del a quo sobre tales documentos, a base de los cuales da por existente la excepción de cosa juzgada y compensación propuesta por el apoderado de la demandada".

Conforme a lo primeramente transcrito, el sentenciador interpreta erróneamente el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo, porque le introduce un elemento no contenido en él, la prueba; y en la segunda transcripción, el fallador también viola esa norma en concordancia con el artículo 78 del mismo Código, al interpretar equivocadamente el contenido del efecto de la cosa juzgada.

El fallador afirma que el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo exige la prueba de lo manifestado por las partes para poder determi-

nar los derechos y obligaciones de los interesados, pero la norma solamente habla de que el funcionario interrogará a los interesados acerca de los hechos que originan la diferencia, sin ordenar que exija prueba alguna.

Cuando el sentenciador introduce al contenido de la norma un elemento que no existe en ella, hace interpretación errónea del precepto.

Además el Tribunal en la segunda parte transcrita, desconoce claramente el efecto de cosa juzgada consagrada en el artículo 20 citado, en concordancia con el 78 del mismo Código, porque declara la invalidez de la conciliación en razón de un juicio que reemplaza la aprobación del funcionario en la conciliación.

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.

La conciliación realizada ante el funcionario competente, inspector del trabajo o juez laboral, produce por virtud de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, el efecto de cosa juzgada.

La conciliación como la sentencia no sólo son obligatorias, sino que por virtud de ese efecto, son definitivas e inmutables.

Dice Hernando Devis Echandía:

"e) Cómo operan los efectos de la cosa juzgada. Los dos efectos de la cosa juzgada (el procesal y el material, su inmutabilidad y su definitividad), operan de manera análoga, ya que éste es consecuencia de aquél.

"El primero impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva como a los demás, la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga el derecho de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ella, si se les alega y prueba como excepción previa, o de inhibirse a resolver en el fondo, si deben hacerlo en la sentencia; por otro lado, otorga a las partes el derecho de impetrar la suspensión definitiva del juicio (o sólo de parte de las pretensiones incoadas cuando existe cosa juzgada parcial y no total), mediante la excepción previa o la inhibición de la decisión de fondo, si la alegan como excepción perentoria para su estudio en la sentencia, y les impone la obligación de abstenerse de revivir esa pretensión resuelta positiva o negativamente, en procesos posteriores.

"El segundo otorga la definitividad de la declaración de certeza contenida en la sentencia (entendida en un sentido amplio y con inclusión de las declaraciones constitutivas), haciéndola indiscutible en procesos posteriores, y por esto les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación, que el efecto procesal.

"Tiene la cosa juzgada una función o eficacia negativa; la prohibición a los jueces para decidir sobre lo ya resuelto (inmutabilidad); y una función o eficacia positiva: la seguridad o definitividad que le otorga a las relaciones jurídicas materiales sobre que versa la decisión.

"La cosa juzgada no es, pues, un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestada en la ley que la regula". (Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General —Tomo III— De los Actos Procesales. Parte Primera. Editorial Temis, 1963).

La Corte ha dicho:

"La conciliación, pues, como se desprende de lo anterior, puede intentarse antes del juicio, y debe practicarse dentro del mismo. El artículo 20 del Código Procesal del Trabajo reglamenta la conciliación antes del juicio y señala que la persona que tenga interés en dirimir una diferencia, antes de presentar la correspondiente demanda, podrá solicitar verbalmente, que el juez competente o el inspector del trabajo haga la respectiva citación, y con tal fin señale el día y la hora. Ocurrido lo anterior, al iniciarse la audiencia, el funcionario, —juez o inspector—, 'sin avanzar ningún concepto', interrogará a los interesados acerca de los hechos que han dado origen a las diferencias, para determinar con la mayor precisión posible los derechos y obligaciones de ellos y los invitará a un acuerdo amigable, 'pudiendo proponer fórmulas al respecto'.

"Si el juez o el inspector ante quien se presentan las partes debe proceder, como lo prescribe la disposición arriba citada y como ya se anotó, en la forma más prudente y satisfactoria para obtener un acuerdo amistoso y justo, para lograr el cual puede proponer fórmulas de arreglo, lo lógico es que previamente interrogue a las personas interesadas para conocer las causas de sus diferencias y determinar con la mayor precisión los derechos y obligaciones de ellas, sin cuyo conocimiento no podría tener una intervención acertada y exitosa y menos proponer fórmulas de solución que requieren obviamente que el fun-

cionario cuente con una información más o menos completa del problema.

"Al funcionario se le pueden presentar en el evento que se analiza, dos situaciones bien distintas. Una, cuando las partes no están dispuestas a reconocimientos y concesiones mutuas, y otra, cuando sí lo están, es decir, cuando tienen ánimo conciliatorio. En el primer caso tienen amplia vigencia las normas reguladoras del artículo 20 del Código Procesal del Trabajo y al funcionario le corresponde una labor activa consistente en reducir los puntos de diferencia sin menoscabo de los derechos y sin desconocimiento, por consiguiente, de las obligaciones, mediante la proposición de fórmulas de arreglo. En el segundo, la labor del funcionario es bien distinta, sobre todo cuando las partes se presentan ante él con una fórmula de solución ya acordada, previamente convenida, más que todo con el propósito de rodear el acto de las garantías legales. Aquí no hay lugar a presentación de fórmulas por parte del juez o del inspector, porque como bien lo dice el recurrente, 'resultaría ridículo en la práctica, que el funcionario se empeñara en procurar un acuerdo amigable que ya las partes tienen logrado', o en cambiar sus términos con lo que se llegaría a entrabar, cuando no a ponerlo en peligro, el arreglo convenido por las partes. Otra cosa es que no lo prohije si considera que es inconveniente por cuanto que burla los derechos de una parte mediante el desconocimiento de las obligaciones de la otra. Pero cuando la solución que los interesados le presentan es justa y equitativa, deberá acogerla y consiguientemente consignará en el acta correspondiente sus términos.

"El artículo 78 del Código Procesal del Trabajo dice que si se llegare a un acuerdo entre las partes se dejará en el acta correspondiente constancia de sus términos, y ella, el acta, 'tendrá fuerza de cosa juzgada', es decir, la misma fuerza y obligatoriedad de una sentencia judicial. De suerte que, si el arreglo se logra por acción directa del funcionario, por ser aceptadas sus recomendaciones o las fórmulas que haya presentado, o porque el mismo acoja las que le hayan sido presentadas por las partes, el acta en donde consten los términos del arreglo tendrá fuerza de cosa juzgada, porque en ninguna parte la ley ha dispuesto, como se desprende de la sentencia acusada, que solamente tal carácter tienen las actas que consignan el arreglo producto de la intervención activa del funcionario actuante. De suerte que la regla general es la de que todo arreglo conciliatorio consignado en acta levantada conforme a las exigencias del Código de Procedimiento Laboral con la intervención de un funcionario competente, presta mérito de cosa juzgada con todas las consecuencias que la ley asigna a este fenómeno". *(Gaceta Judicial* - Tomo CXXIX - número 2306, 2307 y 2308 - enero, febrero y marzo - 1969. Págs. 540 a 41).

Como el fallador de segundo grado desconoció el efecto de cosa juzgada a la conciliación presentada en el juicio, por considerar que los derechos conciliados eran ciertos e indiscutibles, interpretó erradamente el efecto de cosa juzgada consagrado en el artículo 78 y en concordancia con él en el 20, ambos del Código Procesal del Trabajo, porque pensó que la cosa juzgada permitía hacer nuevo juicio sobre la misma materia, a pesar de la inmutabilidad que el efecto de cosa juzgada produce en relación con lo decidido o acordado.

Como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, fueron indebidamente aplicadas las normas sobre cesantía, vacaciones, primas, pensión de jubilación, despido injusto y su indemnización, las cuales fueron indicadas como de derecho sustancial en la demanda de casación. Si se hubiera admitido el efecto de la cosa juzgada no se habría podido dar aplicación a las mencionadas normas, por lo cual al producir decisiones con base en ellas, fueron indebidamente aplicadas.

Procede, pues, a casar la sentencia acusada en cuanto revocó la declaración de la excepción de cosa juzgada y resolvió sobre lo demandado.

Consideraciones de instancia.

Las peticiones de la demanda con que se inició el juicio son de índole laboral, como son los derechos que se conciliaron, ya que en el acta de folios 36 y 37 del primer cuaderno, se previó que con lo pagado se cubrían los derechos que pudieran emanar de cualquier contrato de trabajo entre las partes. La razón de las pretensiones es la misma de que trata la conciliación, pues se refiere precisamente a los servicios prestados por William Pino Ayala a Esso Colombiana S. A., y las partes son las mismas que intervinieron en la conciliación.

Por tal motivo, el acta de conciliación establece que los derechos reclamados en este juicio ya fueron materia de conciliación, y que en virtud del efecto de la cosa juzgada, no puede revisarse lo dispuesto por el funcionario que aprobó el arreglo conciliatorio, y debe confirmarse la declaratoria de cosa juzgada que produjo el sentenciador de primera instancia. También es pre-

ciso condenar en costas de la segunda instancia al apelante vencido.

Habiendo prosperado el primer cargo no es necesario el estudio de los restantes, que no buscan mayor efecto que el del ataque inicial. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia dictada el trece de julio de mil novecientos setenta y dos, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio de William Pino Ayala contra Esso Colombiana S. A., en cuanto revocó el fallo de primera instancia y en toda la parte dispositiva, excepto en el numeral tercero, que es absolutorio; y en sede de instancia *confirma* la sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla en el mismo juicio. Costas de la segunda instancia a cargo del apelante. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 12 de marzo de 1973, homologa y en consecuencia declara exequible el laudo de fecha 20 de diciembre de mil novecientos setenta y dos que dirimió el diferendo laboral colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN" y la Flota Mercante Grancolombiana S. A., con excepción del inciso primero del artículo quinto, y el artículo noveno que se declaran inexequibles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Radicación número 4390.

Acta número 9.

En virtud del recurso de homologación interpuesto por la *Flota Mercante Grancolombiana S. A.*, corresponde a esta Sala de la Corte revisar el laudo de fecha veinte de diciembre de mil novecientos setenta y dos, proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el diferendo laboral existente entre la *Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN"* y la mencionada empresa, ambas con domicilio en la ciudad de Bogotá.

I

Antecedentes:

La Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN", con fecha 2 de junio de 1972 denunció la convención colectiva de trabajo suscrita entre las partes el 26 de noviembre de 1970 y el laudo arbitral complementario de 13 de abril de 1972, ambos con vigencia hasta el 7 de julio de 1972.

Tal Asociación presentó el pliego de peticiones que aparece a los folios 1 a 4 del cuaderno número 3, el cual fue aprobado por la asamblea general el 12 de junio de 1972 (Fs. 8 a 24 del Cd. 2).

Catorce puntos contiene el aludido pliego de los cuales ninguno fue aceptado en la etapa de arreglo directo, empero en la de conciliación se logró acuerdo sólo en lo referente a los puntos 1, 2, 3 y 4 que comprenden el Capítulo Primero del Petitum, por lo que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por medio de Resolución número 02238 de 8 de septiembre de 1972, convocó "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 colectivo existente entre la empresa Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana 'ANEGRAN', ambas domiciliadas en la ciudad de Bogotá". (Fs. 1 y 2 del Cd. número 1).

En la misma resolución el Ministerio reconoció como árbitros designados por las partes a los doctores: José María Bustos por la empresa y al doctor Belisario Betancour Cuartas por la Asociación, e indicó que los árbitros principales deberían nombrar el tercero dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su posesión.

Como no aceptó el doctor Belisario Betancour, la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana designó en su reemplazo al doctor Luis Fernando Paredes Arboleda. El Ministerio del Trabajo por Resolución número 2467 de 4 de octubre de 1972, aceptó la renuncia del doctor Belisario Betancour y aprobó la designación del doctor Luis Fernando Paredes.

Los árbitros principales acordaron como tercero al doctor Germán Escobar Ballestas con quien quedó integrado el Tribunal de Arbitramento según Resolución número 2641 de 23 de octubre último del Ministerio del Trabajo.

Instalado el Tribunal el tres de noviembre postrero, nombró como secretario al doctor Ulises Acero Rivera, y verificó 23 sesiones dentro de las cuales oyó a las partes, estudió la documentación que le fue presentada, requirió la que consideró conveniente, en el curso del término señalado por el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo y 135 del Código Procesal del Trabajo, prorrogado por el Ministerio a petición de los árbitros, con la aquiescencia de las partes, y con fecha 20 de diciembre último, en tiempo oportuno pronunció el siguiente laudo:

"Artículo primero. Fondo de Seguridad Social. Auméntanse los aportes con destino al Fondo de Seguridad Social, creado por el laudo arbitral del 13 de abril de 1971, así: por parte de la empresa, en la cantidad de cincuenta pesos ($ 50) mensuales por cada uno de sus trabajadores, y por parte de cada uno de éstos en la cantidad de quince pesos ($ 15) mensuales.

"En consecuencia, a partir de la fecha del presente laudo, la empresa aportará la cantidad de ciento treinta pesos ($ 130) mensuales, por cada uno de sus trabajadores, y cada uno de éstos, la cantidad de cuarenta y cinco pesos ($ 45) mensuales, con destino a incrementar el referido Fondo de Seguridad Social.

"Dentro del término de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de este laudo, las partes (Flota Mercante Grancolombiana S. A. y Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana 'Anegran'), conjuntamente, elaborarán y expedirán el estatuto del Fondo de Seguridad Social, creado por el laudo arbitral de fecha 13 de abril de 1971, Fondo que deberá asumir la cobertura de los riesgos de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y de drogas para los familiares directos de los trabajadores, como objetivos básicos e inmediatos.

"Dicho estatuto deberá contener, entre otras cosas la reglamentación necesaria para determinar la cuantía y limitaciones relativas a los riesgos que el Fondo debe asumir de inmediato, conforme a lo ordenado en el citado laudo, y lo referente a los demás riesgos y prestaciones o beneficios extralegales, tales como el pago del seguro de vida, el de pensiones de jubilación contemplados en los literales a) y d) del artículo 2º del mencionado laudo arbitral de 1971, y además, un auxilio especial por muerte de familiares de los trabajadores.

"En la elaboración y expedición del estatuto del Fondo de Seguridad Social se tomarán en consideración los estudios actuariales de capitalización, financiación, evaluación, factibilidad, etc., para establecer las cuantías y limitaciones de los riesgos que deba asumir el Fondo.

"El Fondo de Seguridad Social asumirá los riesgos relativos a asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y de drogas para los familiares directos de los trabajadores, a más tardar dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la fecha de expedición de este laudo.

"Respecto a la cobertura de los demás riesgos y prestaciones extralegales a que está obligado el Fondo, la Junta Administradora del mismo determinará la fecha y cuantía en que deban asumirse.

"Artículo segundo. Plan Pro-vivienda. La empresa, de común acuerdo con ANEGRAN, y por medio del comité encargado de desarrollar el plan pro-vivienda del empleado de Grancolombiana, procederá a revisar los estatutos de dicho plan con la finalidad de dictar una reglamentación actualizada y técnica que facilite el desarrollo e incremento de una política social de vivienda para sus trabajadores.

"El fondo pro-vivienda tendrá una organización administrativa y contable propias y sus recursos financieros estarán integrados con los aportes hechos por la empresa en forma espontánea y a través de los pactos, convenciones colectivas y laudos arbitrales originados en pliegos de peticiones presentados por ANEGRAN y UNIMAR en los años de 1963, 1965, 1966, 1970 y 1972 y por los nuevos aportes que por los mismos motivos o con la misma causa se decreten en el futuro, y además, se alimentará ese fondo con el valor de los intereses que se recauden y con las cuotas de amortización periódicas de los préstamos efectuados por el fondo.

"El fondo pro-vivienda tendrá un sistema contable que demuestre, entre otros, los siguientes conceptos:

"1) Capital.

"2) Depósitos en bancos.

"3) Incrementos por intereses.

"4) Gastos.

"5) Préstamos vigentes, y

"6) Amortizaciones.

"*Préstamos.* Los créditos que otorgue la empresa por intermedio del fondo pro-vivienda a

trabajadores con más de dos años de servicio en la misma, con destino a adquisición de casa ya construida, o para construcción de casa, en lote o solar de propiedad del empleado o del cónyuge, se otorgarán hasta por una cuantía equivalente a cuarenta salarios, sin exceder, en ningún caso, de doscientos mil pesos ($ 200.000).

"La empresa, a través del fondo pro-vivienda, otorgará nuevos préstamos a los trabajadores a quienes antes se les haya concedido crédito para la adquisición de vivienda y que ya lo hayan cancelado, pero que tengan saldos pendientes con entidades cofinanciadoras, y también en el caso de que tengan saldos pendientes con la propia empresa y con entidades cofinanciadoras, en la siguiente forma y condiciones:

"a) A quienes estén a paz y salvo con la empresa y aún tienen pendientes obligaciones hipotecarias con entidades cofinanciadoras, el monto del nuevo préstamo será igual al de la obligación pendiente de pago, sin exceder de la suma de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000), si así lo permite su promedio salarial y el reglamento del fondo;

"b) Quienes tengan deudas pendientes con la empresa y con alguna entidad cofinanciadora, el monto del nuevo préstamo será igual al de la obligación de primer grado, pero sin exceder de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000), si así lo permite su promedio de salario con base en la tabla de esta reglamentación, incluyendo en dicho monto el saldo de la deuda vigente con la empresa; y

"c) También tendrán derecho a préstamo los trabajadores con vivienda, que estén a paz y salvo con la empresa por dicho concepto, para reparaciones, ampliaciones o mejoras, pero la cuantía del préstamo no excederá de sesenta mil pesos ($ 60.000), teniendo en cuenta también su salario y la reglamentación que se adopte.

"*Amortización.* Los créditos que se otorguen a los trabajadores por los conceptos anteriores se amortizarán así:

"1º Con la liquidación anual de cesantía.

"2º Con el 50% de las primas de servicios legales y extralegales.

"3º Con abonos mensuales del salario cuya cuantía no será en ningún caso superior al 15%, cuando se trate de nuevos préstamos para consolidar o unificar deudas anteriores, y

"4º Con abonos extraordinarios a juicio y cuantía fijados por el trabajador.

"Para efectos de la amortización de los préstamos contemplados en el literal c) se aplicarán solamente las liquidaciones de cesantías anual y el 50% de la prima de servicios que se paga en junio de cada año.

"*Intereses.* Serán tasados al 6% anual sobre saldos.

"*Garantía hipotecaria.* Todos los préstamos en virtud de estas condiciones y reglamentación serán garantizados con hipoteca de inmueble en primer grado a favor de la empresa, salvo los contemplados en el literal c) sobre reparaciones, ampliaciones o mejoras, para los cuales se acepta ese requisito en segundo grado.

"*Plazo de amortización.* El plazo máximo de amortización para las obligaciones de vivienda es de diez (10) años contados a partir de la fecha en que se hace efectivo el préstamo.

"*Cláusula de retiro del trabajador.* Cuando el trabajador se retire voluntariamente de la empresa o ésta termine el contrato de trabajo, se aplicará la misma tasa de interés del 6% anual sobre saldos y el plazo máximo para cancelar la obligación será de sesenta (60) meses.

"Artículo tercero. Auxilios educativos. La empresa Flota Mercante Grancolombiana S. A., reconocerá y pagará los siguientes auxilios educativos:

"a) Para estudios primarios la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400) anuales, para cada uno de los beneficiados;

"b) Para estudios secundarios la cantidad de seiscientos pesos ($ 600) anuales, para cada uno de los favorecidos, y

"c) Para estudios universitarios o de especialización la cantidad de mil pesos ($ 1.000) anuales, para cada uno de los que tengan derecho a este auxilio.

"Así mismo la empresa creará y costeará, a partir del mes de enero de 1973, veinticinco (25) becas anuales, a razón de tres mil pesos ($ 3.000) cada una, para estudios secundarios y técnicos, y cinco (5) becas anuales, a razón de cinco mil pesos ($ 5.000) cada una, para estudios universitarios o de especialización.

"Tanto en los auxilios como en las becas se incluirá a los mismos trabajadores.

"Artículo cuarto. Supresión de límites prestacionales. Suprímase el límite del veinticinco por ciento (25%) en la prima de antigüedad. El tope de la prima de vacaciones será de veinticin-

co (25) días de salario. La prima de vacaciones no excederá de diez mil pesos ($ 10.000) por anualidad, cualquiera que sea la antigüedad del trabajador.

"Artículo quinto. Régimen especial. Mientras entra a funcionar el Instituto de Seguro Social en la ciudad de Barranquilla, la empresa reconocerá y pagará a sus trabajadores en dicha ciudad, el salario completo mientras dure la incapacidad.

"Cuando el trabajador por prescripción médica deba salir de su ciudad sede, entratamiento médico o quirúrgico y no permanezca hospitalizado sino en tratamiento ambulatorio, la empresa le reconocerá y pagará viáticos a razón de ciento cincuenta pesos ($ 150) diarios.

"Artículo sexto. Régimen anterior. Las convenciones colectivas y los laudos arbitrales anteriores que no se hayan modificado, en todo o en parte, por la presente convención colectiva de trabajo, continuarán vigentes.

"Artículo séptimo. Aplicación del presente laudo. El presente laudo rige las relaciones laborales de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., su filial la Transportadora Grancolombiana Limitada y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana 'ANEGRAN'.

"Artículo octavo. Vigencia. El presente laudo arbitral regirá las relaciones laborales de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN", por el término de dos (2) años contados a partir del ocho (8) de julio de mil novecientos setenta y dos (1972), inclusive, y hará parte de los respectivos contratos individuales de trabajo.

"Artículo noveno. Bonificación. La empresa reconocerá y pagará, como bonificación especial y por una sola vez, la suma de mil pesos ($ 1.000) a cada uno de sus trabajadores, pago que debe efectuarse a más tardar el 31 de diciembre del presente año.

"En la forma anterior queda resuelto el pedimento contenido en el punto 5º del capítulo segundo, del pliego de peticiones.

"Artículo décimo. Niéganse las peticiones contenidas en los puntos 6, 8 y literales a), b), e) y f) del artículo 12 del pliego de peticiones".

Contra este proferimiento de los árbitros interpuso la Flota Mercante Grancolombiana S. A. el recurso de homologación que se procede a decidir:

II

El apoderado de la empresa en escrito sustentatorio del recurso concreta los puntos de su inconformidad y fija el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

Alcance del recurso:

"Se persigue con la sustentación del presente recurso que sean declarados inexequibles los siguientes artículos de la parte resolutiva del laudo del 20 de diciembre de 1972:

a) Plan pro-vivienda, inciso segundo (2º) del artículo segundo (2º); b) Auxilios educativos, artículo tercero (3º); c) Régimen especial, incisos primero y segundo (1º y 2º) del artículo quinto (5º); d) Vigencia artículo octavo, y e) Bonificación, artículo noveno (9º); proferido por el tribunal especial de arbitramento obligatorio, convocado e integrado por las Resoluciones números 02238 de septiembre 8 de 1972 y 02467 de octubre 4 del mismo año, para dirimir el conflicto colectivo laboral existente entre Flota Mercante Grancolombiana, S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de Grancolombiana, 'ANEGRAN', por cuanto que los señores árbitros excedieron el límite que a sus poderes impone la parte final del artículo 458 del Código Sustantivo del trabajo".

III

Consideraciones:

Ha establecido la doctrina que: "El recurso de homologación que se otorga contra los laudos que dirimen conflictos colectivos de trabajo se dirige a procurar el examen de la regularidad de éstos, teniendo en cuenta las condiciones mínimas de trabajo que consagra la ley y las estipuladas en normas convencionales vigentes, y el ámbito que al poder decisorio de los árbitros señala la denuncia de la convención (C. P. L. Arts. 142 y 143). Es así como la función del Tribunal que conoce del recurso se concreta a examinar la competencia del arbitramento para resolver las cuestiones que son materia de la decisión, cuidando de que ésta no se extienda a otras que no han sido motivo de diferencia o que han sido objeto de acuerdo entre las partes, y a tutelar los derechos que a éstas reconocen la Constitución, las leyes, los laudos y los pactos y convenciones colectivas; en suma, a cautelar los derechos o facultades de las partes de las extralimitaciones y excesos en que el tribunal pudo incurrir".

En el caso sub judice, al comenzar las consideraciones del fallo, expresaron los árbitros que siendo en su concepto el conflicto a decidir de índole indudablemente económica, la resolución a adoptar sólo tendría por límite la equidad.

Para decidir, pues, este recurso de homologación, la Sala examina la impugnación en el mismo orden en que ha sido presentada.

"Desarrollo de las impugnaciones:

"A *Plan provivienda.*

"1. El párrafo 2º del punto 9º del Capítulo 3º del pliego de peticiones, 'Plan Pro-vivienda', dice textualmente:

" '... El Fondo Pro-Vivienda tendrá una organización administrativa y contable propia y estará integrado y financiado con los aportes hechos por la empresa desde el año de 1964, y los aportes hechos por ANEGRAN y UNIMAR en los años 1963, 1965, 1966 y 1970'.

"El referido laudo, en el inciso 2º del artículo 2º, Plan Pro-Vivienda, estableció:

" '... El Fondo Pro-Vivienda tendrá una organización administrativa y contable propia y sus recursos financieros estarán integrados por los aportes hechos por la empresa en forma espontánea y a través de los pactos, convenciones colectivas y laudos arbitrales originados en pliegos de peticiones, presentados por ANEGRAN y UNIMAR en los años 1963, 1965, 1966 y 1972 (sic) y por los nuevos aportes que, por los mismos motivos o con las mismas causas se decreten en el futuro y, además, se alimentará ese Fondo con el valor de los intereses que se recauden y con las cuotas de amortización periódicas de los préstamos efectuados por el Fondo'.

"En primer término lo dispuesto por el honorable tribunal de arbitramento, en esta parte resolutiva del laudo, es inexequible por cuanto que toma una decisión a cargo de las empresas no incluida en el petitum, al ordenar el aumento del capital del Fondo Pro-Vivienda como efecto de alimentar dicho Fondo con las sumas provenientes del pago de intereses causados por los préstamos hechos a los trabajadores afiliados a ANEGRAN.

"En otros términos, se ordena la capitalización de tales intereses para que incrementen el Fondo Pro-Vivienda. Esta petición, como ya se dijo y se repite, no la comprende el pliego de peticiones en forma alguna.

"Por lo tanto, es abiertamente violatorio el laudo en esta parte que se acusa.

"La reiterada jurisprudencia de esa honorable Sala ha establecido que debe existir correlación perfecta entre el pliego de peticiones y la decisión arbitral; en otros términos, el tribunal de arbitramento no puede abarcar en su ámbito decisorio aspectos y puntos que no estén en el petitum.

"2. Igualmente ocurre en este mismo inciso 2º del artículo 2º, Plan Pro-Vivienda, la violación del artículo 458, por exceder el tribunal de arbitramento sus atribuciones legales, al no haber correlación entre el petitum y lo decidido por el tribunal, en cuanto que dispone: '... Se alimentará ese Fondo con el valor de los intereses que se recauden y con las cuotas de amortización periódica de los préstamos efectuados por el Fondo'.

"En ninguna parte del petitum se solicita que los intereses que paguen los trabajadores a este Fondo Pro-Vivienda y los reembolsos que los mismos hagan por concepto de amortización del préstamo, se capitalicen con destino a dicho Fondo.

"Estos dos aspectos no los solicitó en forma alguna ANEGRAN y por consiguiente no podían ni pueden ser materia de decisión por parte del honorable tribunal de arbitramento obligatorio. De tal suerte que aparece en forma objetiva que el honorable tribunal de arbitramento, también rebasó su campo de acción legal, disponiendo sobre algo que no fue solicitado".

La síntesis de la acusación señala que, en ninguna parte del petitum se solicita que, los intereses que paguen los trabajadores y los reembolsos que los mismos hagan por concepto de amortización del préstamo se capitalicen con destino a dicho Fondo.

La Corte observa que la parte impugnante no transcribió en la cita que hace del petitum todo lo relacionado con la constitución del Fondo Pro-Vivienda.

En efecto, en el pliego de peticiones se lee al respecto lo que a continuación se traslada:

"... El Fondo Pro-Vivienda tendrá una organización administrativa y contable propias y estará integrado y financiado con los aportes hechos por la empresa desde el año de 1964 y las aportaciones pactadas con Anegran y Unimar en los años de 1963, 1965, 1966 y 1970.

"El Fondo Pro-Vivienda tendrá un sistema contable que demuestre los siguientes conceptos:

"1) Capital.

"2) Depósitos de bancos.

"3) Incrementos por intereses.

"4) Gastos.

"5) Préstamos vigentes.

"6) Préstamos en estudio.

"La reglamentación actualizada a que se refiere este punto deberá incluir las condiciones de topes, plazos y tipos de préstamos, etc., que a continuación se exponen...".

Si pues en esta parte del laudo los árbitros puntualizaron que, "...y además se alimentará ese Fondo con el valor de los intereses que se recauden y con las cuotas de amortización periódicas de los préstamos efectuados por el Fondo", se ciñó al petitum, puesto que si es evidente que dentro del sistema contable deben tenerse en cuenta los préstamos vigentes, que de ese Fondo se hagan a los trabajadores, es apenas natural y perfectamente lógico que, cuando los trabajadores favorecidos con préstamos de ese mencionado Fondo, restituyen el monto de lo recibido en mutuo, totalmente o por cuotas periódicas, esas devoluciones necesariamente deben volver al Fondo de donde salieron y no a parte o destinación distinta, porque esto sí sería no solamente irregular sino absurdo, por cuanto a medida que aumentara el volumen de préstamos, sin retorno a la misma fuente, se extinguiría a la larga el Fondo mismo en su integridad.

Y en lo atinente a los intereses cabe advertir que también en el pliego, en la parte transcrita atrás se dice que ese mencionado Fondo Pro-Vivienda tendrá un sistema contable *"que demuestre los siguientes conceptos"*, dentro de los cuales en el ordinal tercero de este punto se dice "incremento por intereses", y desde el punto de vista semántico incremento significa precisamente aumento o acrecentamiento, de donde no puede negarse que ese petitum lleva específicamente la idea de que el Fondo Pro-Vivienda *se acreciente* con los intereses percibidos por concepto de los préstamos que de él se hagan a los trabajadores.

No aparece pues que, en la determinación que tomaron los árbitros al respecto hayan obrado con inequidad, por cuanto no excedieron el petitum y por lo tanto es exequible esta parte acusada del proferimiento arbitral;

"B. *Auxilios educativos. Artículo 3º*".

Dice sobre este particular el recurrente:

"Esta disposición de la parte resolutiva del laudo debe ser, igualmente, declarada inexequible, por cuanto que rebasó las atribuciones que tenía, de conformidad con el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo. No solamente aumentó la cuantía de los auxilios en las diversas clases, sino que, además, creó veinticinco (25) becas anuales a razón de tres mil pesos ($ 3.000) cada una, para estudios secundarios o técnicos y cinco (5) becas anuales por cinco mil pesos ($ 5.000) cada una, para estudios universitarios o de especialización.

"Estos aspectos son marcadamente ilegales, ya que originan derechos a favor de terceras personas ajenas al conflicto colectivo, como son los hijos de los trabajadores. Un tribunal de arbitramento no puede, en un conflicto de esta naturaleza, crear derechos a favor de terceros, afectando los intereses de una de las partes.

"El tribunal no puede en ningún caso, tampoco, involucrar dentro de su fallo a terceros.

"La ilegalidad de este punto está confirmada con la aclaración que hiciera el tribunal a solicitud de Grancolombiana, el 28 de diciembre de 1972, cuando dice textualmente: '... pues comprende tanto a los trabajadores como a los hijos de éstos que cursen estudios en cualquiera de las etapas o grados de educación...' para argumentar más adelante en forma rotunda: '... El tribunal reitera lo expresado en el artículo 3º del laudo, en cuanto a la prestación extralegal denominada 'auxilio educativo', favorece no solamente a los trabajadores de Grancolombiana, sino también a los hijos de éstos...'.

"Se constituye en esta forma en titulares directos de los derechos de los trabajadores a los hijos de éstos que no son parte en el conflicto, cuando ningún tribunal de arbitramento puede consagrar derechos a favor de terceras personas distintas de las comprendidas en las controversias colectivas.

"Las empresas sólo pueden conceder u otorgar derechos por medio de una convención colectiva; pero no se pueden consagrar obligaciones adicionales por medio de un fallo arbitral, ya que el aspecto del consentimiento de las partes es esencial. Dentro de las etapas de arreglo directo y conciliación, no obra constancia alguna de que las empresas mencionadas hubieren aceptado el establecimiento de nuevas cargas extralegales consistentes en la creación de 25 becas para estudios secundarios y 5 becas para estudios universitarios o de especialización.

"Es ahí donde está la razón objetivamente analizada, de la ilegalidad de este fallo en el punto tercero de la parte resolutiva, y en consecuencia, reitero a esa honorable Sala que declare su inexequibilidad en todos los puntos decididos en el citado artículo".

Considera pues el impugnante que, este aparte de la decisión de los árbitros es inexequible

por cuanto aumentó algunos auxilios y creó algunas becas para hijos de los trabajadores así como para estos mismos según la explicación o aclaración dada al laudo.

Dice éste en la parte acusada de inexequibilidad:

"Artículo tercero. Auxilios educativos.

"La empresa Flota Mercante Grancolombiana S. A. reconocerá y pagará los siguientes auxilios educativos:

"a) Para estudios primarios la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400) anuales, para cada uno de los beneficiarios;

"b) Para estudios secundarios la cantidad de seiscientos pesos anuales, para cada uno de los favorecidos, y

"c) Para estudios universitarios o de especialización la cantidad de mil pesos ($ 1.000) anuales, para cada uno de los que tengan derecho a este auxilio.

"Así mismo la empresa creará y costeará, a partir del mes de enero de 1973, veinticinco (25) becas anuales, a razón de tres mil pesos ($ 3.000) cada una, para estudios secundarios o técnicos, y cinco (5) becas anuales, a razón de cinco mil pesos ($ 5.000) cada una, para estudios universitarios o de especialización.

"Tanto en los auxilios como en las becas se incluirá a los mismos trabajadores".

Observa la Corte que, como en el presente caso se trata de un diferendo meramente económico, como así lo señalaron los árbitros al pronunciar su laudo, con la advertencia de que habían tenido en cuenta fundamentalmente el factor equidad, ellos a quienes compete determinar claramente las cláusulas convencionales que deben regular las relaciones entre las partes en conflicto, sustituyendo en esta forma a éstas en cuanto no pudieron acordar en las etapas de arreglo directo y de conciliación debieron examinar para la solución del conflicto económico todos los incidentes del proceso, vale decir los planteamientos de las partes, las propuestas de los conciliadores, y en general todas aquellas ocurrencias de donde debieron derivar con lógica su juicio.

Y en efecto, en el petitum los trabajadores impetraron tales aumentos de los auxilios y becas en cantidad de cincuenta para estudios secundarios o técnicos y diez para universitarios o de especialización.

El tribunal concedió los aumentos de que da razón el laudo y determinó la creación de becas en número de 25 y 5 en el orden antecitado y para esos fines.

Es evidente que los auxilios educativos quedaron comprendidos dentro de la convención de 26 de noviembre de 1970, para estudios primarios, secundarios y universitarios, en la proporción allí indicada y con vinculación específica para los hijos de los trabajadores de la empresa Flota Mercante Grancolombiana, extensivos a los trabajadores mismos. En consecuencia en lo relacionado con esta materia se trata ahora sólo del aumento de aquellos auxilios ya reconocidos antes.

En lo atañedero a las becas, es conveniente anotar que, en el Acta número 10, dentro de las intervenciones de los representantes de la empresa se encuentra la manifestación del doctor Julio César Uribe Acosta, quien según lo relacionado allí éste expresó que: "...en la actualidad se le están brindando estos auxilios a 283 niños en primaria, a 189 en secundaria y 26 adultos que reciben en distintas especializaciones. Que además la empresa suministra en sus propias dependencias cursos de contabilidad, de sistemas, etc., a algunos de sus empleados. Que si a estas consideraciones se suma que los salarios y prestaciones de los trabajadores son inmejorables, bien pueden ellos hacer un esfuerzo para la educación de sus hijos. El doctor Gutiérrez añade que los aportes que hace la empresa a algunas universidades no pueden convertirse en becas para los mismos trabajadores, porque la filosofía de la empresa en este sentido, persigue miras más universales, más nacionales".

De lo expuesto se deduce que, la Flota Mercante Grancolombiana venía cumpliendo la convención anterior con respecto a los auxilios educativos *tanto para los trabajadores como para los hijos de éstos* favorecidos con ellos.

Los árbitros aumentaron el valor de tales auxilios específicamente y en forma de becas (la beca es un auxilio educativo) y en consecuencia no excedieron sus facultades pues no impusieron nuevas obligaciones a la empresa sino que aumentaron las existentes.

Este punto es pues también exequible.

"C. *Régimen especial. Incisos 1º y 2º del artículo 5º.*

"El inciso 1º del artículo 5º del laudo dice:

" '... Mientras entra a funcionar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales en la ciudad de Barranquilla, la empresa reconocerá y pagará a sus trabajadores en dicha ciudad, el salario completo mientras dure la incapacidad...'.

"Lo resuelto por el honorable tribunal de arbitramento es violatorio de los artículos 227 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Del pri-

mero porque deroga esta disposición, y del segundo porque la corporación que dictó el fallo se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

"Tanto la organización sindical como el Tribunal de arbitramento, aceptan que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales de la ciudad de Barranquilla aún no funciona, pero, sin embargo, se consagra a cargo de Grancolombiana una obligación que deroga el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Es evidente que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales aún no está prestando este servicio en la ciudad de Barranquilla. Por estas circunstancias las dos empresas nombradas están pagando la incapacidad en la cuantía y términos que manda el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, en ausencia de una estipulación convencional aceptada por Grancolombiana.

"Ni en la etapa de arreglo directo, ni en la etapa de conciliación hubo acuerdo alguno sobre este punto ni aceptación por parte de Flota Mercante Grancolombiana, S. A. y Transportadora Grancolombiana, Limitada.

"Lo resuelto por el honorable tribunal equivale, pues, a una derogatoria del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente, es igualmente violatoria del artículo 458 del mismo, por haberse extralimitado el tribunal de arbitramento.

"No cabe, dentro de los términos legales, que el honorable tribunal derogue disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, como lo es el artículo 227 de la citada obra; por tanto, en esta parte, es inexequible el laudo arbitral y así debe ser declarado por esa honorable Sala".

Los árbitros en el ordinal primero del artículo quinto de su sentencia bajo el título "régimen especial" dijeron:

"Mientras entra a funcionar el Instituto de Seguro Social en la ciudad de Barranquilla, la empresa reconocerá y pagará a sus trabajadores en dicha ciudad, el salario completo mientras dure la incapacidad".

En el Capítulo IV del pliego de peticiones aparte b) se dice: "teniendo en cuenta que en Barranquilla no funciona el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la empresa acepta que se establezca el mismo régimen de Bogotá, para el pago completo del salario durante los primeros tres días de incapacidad".

Sobre este tópico las partes estuvieron en franco desacuerdo y la empresa se opuso enfáticamente indicando que en Barranquilla estaban aplicando el régimen del Código para esos efectos.

Como puede verse, en el pliego se incorpora la aspiración de los trabajadores sobre el particular, que se limita al *salario completo durante los tres primeros días de incapacidad,* y los árbitros conceden en el laudo el salario completo mientras dure esa incapacidad.

En estas condiciones el tribunal de arbitramento no solamente *fue más allá de lo pedido,* sino que no tuvo en cuenta que el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo regula específicamente los casos de incapacidad de que allí se trata, y al cual está sometida la empresa en ese lugar, como queda advertido, por lo que esa decisión que pasa de los límites del pedimento y aumenta la obligación impuesta por el Código al patrono, en esa materia, resulta inexequible.

El segundo inciso del citado artículo, también impugnado dice que:

"Cuando el trabajador por prescripción médica deba salir de su ciudad sede, en tratamiento médico o quirúrgico, y no permanezca hospitalizado sino en tratamiento ambulatorio, la empresa le reconocerá y pagará viáticos a razón de ciento cincuenta pesos ($ 150) diarios".

En la parte pertinente del pliego de peticiones los trabajadores solicitaron que, para esa finalidad la empresa les reconociera "como auxilio por enfermedad viáticos de trescientos pesos diarios".

La empresa solicitó a los árbitros ampliación o aclaración sobre este punto del laudo y éstos indicaron que tal señalamiento de ciento cincuenta pesos diarios estaba destinado a cubrir el monto de la manutención y alojamiento del trabajador que por prescripción médica se viere necesitado de movilizarse de su sede a otra ciudad para recibir atención médica o quirúrgica.

Es apenas natural que quien en tales condiciones de quebrantos de salud deba trasladarse de un lugar a otro en busca de la atención médica o quirúrgica necesaria y apropiada, y además no por voluntad propia sino mediante *determinación facultativa,* tenga con qué proveer a la manutención y alojamiento, sin cuya provisión sería inútil esa movilización o traslado. Esta disposición arbitral, pues, no aumenta la carga impuesta por el Código al patrono, porque en el fondo apenas cambia la obligación de cubrir los gastos de hospitalización por los de manutención y alojamiento durante el tiempo en que el trabajador se encuentre en tratamiento ambulatorio, mediante la aludida prescripción médica.

En consecuencia esa decisión de los árbitros no es inexequible.

"D. *Vigencia. Artículo 8º.*

Dice el recurrente:

"Esta disposición del fallo debe ser declarada inexequible por cuanto que es violatoria del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y del inciso segundo del artículo 14 del Decreto 616 de 1954 con el cual se derogó el artículo 479 ibídem.

"Efectivamente, el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo estableció en la Gaceta de Trabajo, Tomo IV, página 312 y siguientes, en el fallo publicado de 25 de julio de 1949:

"'... La casación del trabajo ha tenido oportunidad de estudiar lo referente a la modificación a los fallos arbitrales, llegando a la conclusión de que sus ordenamientos rigen hacia el futuro, no hacia el pasado, según quedó dispuesto en el fallo aludido'.

"Al disponer el inciso 2º del artículo 14 del Decreto 616 de 1954: 'formulada así la denuncia de la convención colectiva ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención', la convención se entiende prorrogada por mandato de la ley y está consagrando derechos subjetivos de ambas partes (patronos y trabajadores). El laudo arbitral no puede entrar a desconocer los derechos subjetivos que dieron lugar a situaciones jurídicas consumadas, pues estaría en contra de la ley misma.

"Si un tribunal de arbitramento, atendiendo una denuncia de la empresa, dispusiera algo en contra de los intereses económicos de los trabajadores, nos preguntamos, ¿estarían ellos obligados a reintegrar o reembolsar lo que hubieren devengado en exceso durante el período de la prórroga de la convención y habida cuenta del efecto retrospectivo dispuesto por el tribunal?

"Las normas citadas —artículo 458 e inciso 2º del artículo 14 del Decreto 616 de 1954— son de orden público.

"Posteriormente a dicho fallo, esa honorable Sala varió su propia jurisprudencia, sobre este mismo aspecto de la vigencia de los laudos arbitrales, para lo cual adujo como argumento esencial el del cumplimiento de la ley que dispone que no pueden suscribirse convenciones colectivas por un término superior a dos años.

"Esta jurisprudencia establecida por esa honorable Sala, debe ser revisada por la misma, ya que hay argumentos de orden jurídico que conviene plantear con toda claridad ante esa corporación, para llevársele al convencimiento de que sus fundamentos hacen que se vuelva a la jurisprudencia inicial reiteradamente sustentada por el honorable Tribunal Supremo del Trabajo.

"Efectivamente, hay dos aspectos que merecen plantearse con claridad: la prórroga no solamente puede operar por un fenómeno como el de estar en trámite el conflicto colectivo o de demorarse éste en su solución, como lo dispone el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, sino también por voluntad expresa de las partes. Además, cuando el inciso 2º del artículo 14 del Decreto 616 de 1954 establece la vigencia de la convención colectiva hasta tanto se firme una nueva convención, está consagrando derechos para el sector empresarial y para los trabajadores, y les está dando, igualmente, una seguridad jurídica en sus relaciones colectivas.

"Esta parte del artículo citado, igualmente está indicando qué disposiciones y normas deben aplicarse, pues, el tribunal no puede dictar un fallo retrospectivo porque está desconociendo la norma que establece qué artículo debe cumplirse.

"Si el tribunal dice que su sentencia rige retrospectivamente, está dejando sin efecto dicha norma, lo que es violatorio de la ley vigente, en el caso concreto que se estudia, porque no solamente la ley se dicta por el legislador para que tenga un efecto, es decir que se cumpla su voluntad y su imperio, sino que al tribunal de arbitramento le es de forzoso cumplimiento, por ser una norma de orden público y además que hace relación al procedimiento que deben seguir esta clase de corporaciones transitorias.

"En otros términos, las situaciones jurídicas concretas que se den a partir del vencimiento de la última convención o laudo y hasta cuando se firme o se dicte uno nuevo, no pueden ser desconocidas por nadie.

"Por las razones expuestas, reitero a la honorable Sala se declare inexequible este artículo 8º, en cuanto a que dicha providencia no debe tener efectos a partir del 8 de julio de 1972, sino a partir del 20 de diciembre de dicho año".

El artículo acusado del laudo dispone:

"El presente laudo arbitral regirá las relaciones laborales de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana 'ANEGRAN', por el término de dos (2) años contados a partir del ocho (8) de julio de mil novecientos setenta y dos (1972), inclusive, y hará parte de los respectivos contratos individuales de trabajo".

Es evidente que la convención anterior y el laudo adicional, denunciados oportunamente tie-

nen señalado como término de la vigencia el 7 de julio de 1972 y que la decisión arbitral que ahora se revisa especifica que para ésta la vigencia por dos años corre desde el 8 de julio de ese mismo año, por lo que la parte impugnante considera inexequible esa determinación habida cuenta de las razones que expone en la impugnación. Empero, la Corte sobre este particular reiteradamente ha expresado:

"Tiene recibido la jurisprudencia que en las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar 'situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores' (C. S. T. Art. 16); pero entendiéndose por retroactivo solamente lo que invade el tiempo anterior a la presentación del pliego de peticiones que promueva la primera convención colectiva de condiciones de trabajo (o el primer laudo que haya de hacer sus veces), *o anterior a la expiración del plazo fijo o presuntivo de la convención o laudo oportunamente denunciados* y hasta entonces vigente. Pues tanto la presentación del primer pliego de peticiones *como la denuncia de la convención preexistente,* constituyen la notificación de una inconformidad colectiva con las condiciones de trabajo imperantes y del propósito de modificarlas por los medios que la ley señala. Y a partir de ese momento, la estabilidad jurídica de aquellas condiciones, inviolables por la sentencia arbitral, se convierte en vigencia apenas provisoria mientras se adelanta y culmina el proceso de las negociaciones colectivas encaminadas a crear las nuevas normas.

"La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante (el plazo fijo o presuntivo) no puede ser desconocida por ninguna de las partes, y su reforma sólo sería viable por la concurrencia de ambas voluntades. La ineptitud de la ley o de la sentencia arbitral para invadir el pretérito contractual y producir efectos sobre situaciones lícitamente definidas en aquel plazo, sigue siendo incuestionable. La inviolabilidad de los derechos adquiridos con justo título (y es justo título la convención o el laudo, por el término previsto) continúa tutelando el comercio jurídico.

" 'Pero respecto del interregno, de ese vago período que se extiende entre el vencimiento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de 'derechos adquiridos' o de 'situaciones consolidadas'. En virtud de la denuncia, quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá; por eso pide un cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y, si, por tratarse de conflictos colectivos de intereses, y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el status económico provisorio, tampoco resultaría apropiado hablar de que se afecte el 'derecho adquirido' a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o el laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el petitum sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar, desde luego, el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o el laudo que fuere objeto de la oportuna denuncia'. (Homologación de diciembre 16 de 1964. Sindicato vs. Municipio de Sonsón y otra de 15 de diciembre de 1966, Tomo CXVIII-Bis número 2283 Bis, Pág. 325).

En el caso sub judice, la convención anterior tiene señalada como fecha del término de su vigencia la del 7 de julio de 1972, empero como esta convención y el laudo adicional fueron denunciados oportunamente, quiere ello decir que, los trabajadores significaron su inconformidad con los mismos y en consecuencia se entiende que las aspiraciones contenidas en el pliego de peticiones tendientes a mejorar algunos aspectos de sus condiciones económicas y modificar las normas convencionales existentes, deben comprenderse naturalmente desde el vencimiento del término de vigencia de la convención anterior en adelante. En consecuencia la vigencia para el laudo de que aquí se trata desde el 8 de julio de 1972 está bien determinada por los árbitros y por lo tanto la decisión es exequible.

"E. *Bonificación. Artículo 9º.*

"En esta parte resolutiva del laudo, se establece para la Flota Mercante Grancolombiana, S. A. y para Transportadora Grancolombiana, Limitada la obligación de pagar una 'bonificación especial' y por una sola vez, por la suma de un mil pesos ($ 1.000) a cada uno de sus traba-

jadores, pago que debe efectuarse a más tardar el 31 de diciembre del presente año.

"En ninguna parte del pliego de peticiones que dio origen al mencionado conflicto colectivo, aparece que la Asociación Nacional de Empleados de Grancolombiana, ANEGRAN, hubiere hecho tal solicitud, es decir, en el petitum no está incluido este punto.

"En la parte motiva de dicho laudo, en el punto 5º, sueldo básico, el tribunal dijo lo siguiente:".

Y más adelante agrega:

"El honorable tribunal de arbitramento reconoce así, en forma rotunda, que no se justifica un alza de salarios cuando, en las empresas nombradas, hay un sistema de alzas automáticas de salarios que obran en forma regular y permanente, cuya base es, precisamente, el alza del costo de vida registrada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 'Dane', cuando se trata de la llamada en las empresas prima móvil. Cuando se trata de la prima de antigüedad, la causa del aumento automático en el salario ya no es la carestía de la vida, sino un factor distinto, cual es el transcurso del tiempo y a manera de incentivo para que el trabajador persista en mantenerse al servicio de Grancolombiana. El honorable tribunal acepta expresamente que no pueden legítimamente tener los trabajadores este tipo automático de alzas y a la vez aspirar a tener aumentos por laudos, máxime cuando los salarios individuales superan en muy alto porcentaje los mejores promedios del país.

"Si por las razones dichas y reconocidas por el tribunal, no cabe un alza de salarios, tampoco cabe —como es obvio— una medida sustitutiva, como podría alguien pensar. Además, como ya lo apuntamos, en el pliego de peticiones no aparece ninguna solicitud de bonificación para gastos de navidad.

Entonces, en este orden de cosas, se llega a la conclusión fácilmente de que el honorable tribunal de arbitramento incurrió en contradicción y, además, en violación de normas superiores".

Ciertamente como lo anota la censura el tribunal de arbitramento en capítulo sobre "sueldo básico" estimó que no era el caso de decretar un aumento dada la organización de la Flota Mercante sobre el particular, en donde se contempla un sistema automático de aumentos. Dice así en lo pertinente:

"... Pero este no es el caso de los trabajadores de tierra al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana, S. A., en donde existe una estructura salarial que los protege contra las galopantes alzas del costo de la vida, mediante el establecimiento de una prima móvil que, como se ha observado en el examen de la nómina de sueldos correspondiente al mes de septiembre de 1972, prima que actualmente es del 31% sobre el salario básico, registra por ese concepto remuneraciones altamente satisfactorias, las que se incrementan además, con la prima de antigüedad, todo lo cual no justifica que el tribunal decrete un aumento salarial que está garantizado por mecanismos que funcionan automáticamente".

En estas condiciones, frente a esta consideración, el señalamiento de una bonificación especial de un mil pesos ($ 1.000), por una sola vez, no impetrada por los trabajadores en el pliego, resulta una carga nueva impuesta a la empresa lo que es ilegal y por tanto inexequible.

En cuanto a los demás ordenamientos del laudo no atacados por el recurrente, se observa que ellos tocan sólo intereses económicos, ámbito dentro del cual podía resolver el tribunal de arbitramento como lo dispuso, y sus decisiones no afectan el orden público ni el convencional ni el legal, y por lo tanto son exequibles.

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, *homologa* y en consecuencia declara *exequible* el laudo de fecha veinte (20) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972) que dirimió el diferendo laboral colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN" y la Flota Mercante Grancolombiana S. A., con excepción del inciso primero (1º) del artículo quinto (5º), y el artículo noveno (9º) que se declaran *inexequibles*.

Publíquese, notifíquese, cópiese, remítase con el expediente respectivo al Ministerio del Trabajo para los fines legales a que hubiere lugar e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CONCILIACION Y LA COSA JUZGADA

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. — Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Radicación número 4256.

Acta número 10.

El señor *José María Pino Linero* por medio de apoderado presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la *Empresa Esso Colombiana S. A.*, con la finalidad de obtener el pago de: cesantía, vacaciones no disfrutadas, primas de servicio, subsidio de transporte, salarios caídos e indemnización de perjuicios equivalente a 45 días de salarios por el primer año de servicio y treinta adicionales por cada año, más las costas del juicio.

Como hechos manifestó que: el 1º de febrero de 1942 la sociedad demandada celebró con el demandante contrato de trabajo mediante el cual el trabajador se obligó para con la empresa a prestar sus servicios de: "... Mantenimiento de los tanques de almacenamiento, tales como lavada y desgasificación, quitada de válvulas de entrada y salida, drenajes, quitada de las válvulas de presión y vacío, secada de tubería, cargue y descargue de productos, limpieza de los patios de la empresa y, en general, oficios varios, etc., con término de duración indeterminado o indefinido y con un salario a producción o a destajo".

Que la sociedad suministraba al trabajador las herramientas necesarias, y recibía órdenes e instrucciones de la empresa.

Que no le fueron pagados durante el tiempo del trabajo: los dominicales ni festivos, subsidio de transporte, primas de servicio, vacaciones, auxilio de cesantía, ni indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Que trabajó durante más de veinte años y que la parte demandada en forma unilateral y sin justa causa dio por terminado el contrato de trabajo el 1º de febrero de 1970.

La Empresa Esso Colombiana por medio de su procurador judicial manifestó en la contestación de la demanda que, el actor del juicio nunca estuvo vinculado por contrato de trabajo, sino que en forma discontinua celebró contratos específicos cuyos precios fueron pagados, pero que, con todo, este demandante y otros parientes presentaron una reclamación a la compañía por lo que celebraron una conciliación por Acta número 0244 de 5 de febrero de 1970, y que como resultado de la misma el demandante recibió la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda legal.

Negó los hechos mencionados por el actor y presentó las excepciones de: cosa juzgada con fundamento en la aludida conciliación y la de compensación, resultante del mismo convenio.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, que fue el del conocimiento desató la litis en primera instancia mediante fallo de veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y uno por el que declaró probadas las excepciones de cosa juzgada y compensación, propuestas por el apoderado de la demandada.

Apeló el actor del juicio y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla* resolvió la alzada por medio de sentencia de fecha dos de junio de mil novecientos setenta y dos en la que decidió lo que a continuación se transcribe:

"Revócase el fallo apelado, y en su lugar condénase a la demandada 'Esso Colombiana S. A.', a pagar al demandante señor José María Pino Linero, lo siguiente:

"Por cesantía	$ 10.380.00
"Por vacaciones	5.190.00
"Por primas	10.380.00
"Indemnización por ruptura unilateral del contrato	5.449.50
Total	$ 31.399.50
"Menos los $ 10.000.00 que recibió por la transacción y que la empresa tiene derecho a compensar según está previsto en el documento	$ 10.000.00
"Queda a favor del demandante la suma de	$ 21.399.50

"2º En cuanto a jubilación declárase probada la excepción de petición antes de tiempo.

"3º Absuélvese a la demandada de los demás cargos.

"Sin costas".

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro de tiempo oportuno fue presentada la demanda de casación, sin réplica de la parte opositora, por tanto se procede a decidir:

Fija el recurrente el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Aspiro con este recurso extraordinario a que dicha sentencia sea casada parcialmente en cuanto, por su ordinal 1º revocó el fallo de primer grado, que declaró probadas las excepciones de cosa juzgada y compensación, profiriendo en su lugar las condenas allí determinadas, con el fin de que la honorable Corte, en función de instancia, confirme dicho fallo de primer grado".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

"Primer cargo. Violación por vía directa, de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo frente a los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, por interpretación errónea, en relación con los artículos 473 y 474 del Código Judicial. Y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 22, 23, 34, 20, 186, 189, 190, 192, 253, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 6º, 7º, 8º y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, 4º de la Ley 187 de 1959 y Decreto 1233 de 1969.

"Independientemente de las cuestiones de hecho porque el sentenciador acepta que se presentó el acta de conciliación, la cita por su fecha y folio y la transcribe en parte, en su argumentación confunde el fenómeno de la transacción, regido por los artículos 13, 14 y 15 del Código, con el de la conciliación, regulado por los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral y 473 y 474 del Código Judicial. Por eso exige que en las actas de conciliación haga constar el funcionario todo el proceso investigativo y mental que le haya producido la convicción de que el acuerdo conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, cuando esa exigencia no aparece en la ley.

"En la transacción entre particulares, a espaldas del Estado, el artículo 15 del Código Laboral hace la reserva de su eventual invalidez en cuanto implique renuncia a derechos del trabajador; precisamente porque el funcionario del Estado sólo podrá intervenir *a posteriori,* cuando en el juicio laboral se proponga la excepción de transacción y es entonces cuando podrá apreciar si hubo o no renuncia a las garantías o los derechos claros e indiscutibles. Por eso en ninguna parte se declara que la transacción haga tránsito a cosa juzgada.

"En la conciliación, por el contrario, el Estado interviene por medio del funcionario (juez o inspector del trabajo) para impedir el abuso contra el trabajador, desde el principio hasta el fin de la diligencia. Y cuando el funcionario le imparte la aprobación oficial a lo acordado por las partes, ese acuerdo sí hace tránsito a cosa juzgada (Arts. 20 y 78 del C. P. L. y 473 y 474 del C. J.).

"De prosperar la teoría del sentenciador de Barranquilla, perderá toda eficacia la conciliación prejudicial o judicial, pues al demandado no le bastará excepcionar de cosa juzgada, presentando el acta de conciliación aprobada debidamente, sino todas las pruebas del juicio ordinario que quiso precaver la conciliación.

"Como consecuencia de esa errónea interpretación de las normas sobre conciliación, transacción y cosa juzgada, vino la aplicación indebida de los preceptos que rigen las vacaciones (Arts. 186 a 192), la cesantía (Arts. 249 y 253 del C. S. T. y 17 del D. 2351 de 1965), la jubilación (Art. 260), las primas de servicio (Art. 306), el despido sin justa causa y su indemnización (Decreto 2351 de 1965, Arts. 6º, 7º y 8º). Pues si el sentenciador hubiera aceptado que el acta de conciliación, aprobada por el Inspector del Trabajo de Barranquilla, hacía tránsito a cosa juzgada, no habría impuesto a mi mandante las condenas a que tales preceptos se refieren, sino que hubiera confirmado el fallo de primera instancia".

Se estudia el cargo:

En el caso sub judice el Tribunal de Barranquilla para rechazar la conciliación y la cosa juzgada se pronunció de la siguiente manera, una vez trasladada la totalidad del acta conciliatoria:

"La afirmación transcrita está incomprobada, pues en esa acta nada se concretó como para que el funcionario hubiese podido *determinar con* la mayor *precisión* posible los derechos y obligaciones de los interesados como lo requiere el artículo 20 del Procedimiento Laboral".

Y más adelante agrega:

"Son pues, contestes y uniformes los varios testigos en cuanto al hecho del servicio personal dependiente prestado por el demandante en la empresa, lo cual da asidero a la presunción de la existencia del contrato de trabajo, y en consecuencia hay fundamento para tener por causadas las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, como la cesantía, vacaciones, primas y jubilación, que son derechos ciertos e indiscutibles, y por imperativo legal exentos de transacción, al tenor del artículo 15 del Código del Trabajo. Así que la transacción respecto a ellas carece de validez, y es la razón que asiste a la Sala para considerar sin validez ni efecto el arreglo transaccional de que dan cuenta el documento al folio 12, y la conciliación al folio 10, en cuanto a las prestaciones sociales debidas en este caso, porque mal podría tener efecto de cosa juzgada un arreglo conciliatorio sobre objeto prohibido y, en consecuencia, carente de validez. Por ello la Sala no comparte las apreciaciones y consideraciones del a quo sobre tales documentos, a base de los cuales da por existente la excepción de cosa juzgada y compensación propuestas por el apoderado de la demandada".

La Sala Laboral de la Corte en sentencia de fecha doce de este mismo mes, pronunciada en el juicio adelantado por el señor William Pino Ayala, contra la empresa Esso Colombiana S. A., con fundamento en similares razones a las planteadas en éste y con base en copia de la misma acta de conciliación traída al proceso, por cuanto el señor José María Pino Linero, propulsor de esta acción y el señor William Pino Ayala, mencionado y otros, por una parte y la Esso Colombiana por otra, suscribieron esa acta en comento, se pronunció de la siguiente manera al analizar los pasajes de la sentencia de ese juicio proferida por el Tribunal de Barranquilla, iguales a los arriba copiados.

"Conforme a lo primeramente transcrito, el sentenciador interpreta erróneamente el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo, porque le introduce un elemento no contenido en él, la prueba; y en la segunda transcripción, el fallador también viola esa norma en concordancia con el artículo 78 del mismo Código, al interpretar equivocadamente el contenido del efecto de la cosa juzgada.

"El fallador afirma que el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo exige la prueba de lo manifestado por las partes para poder determinar los derechos y obligaciones de los interesados, pero la norma solamente habla de que el funcionario interrogará a los interesados acerca de los hechos que originan la diferencia, sin ordenar que exija prueba alguna.

"Cuando el sentenciador introduce al contenido de la norma un elemento que no existe en ella, hace interpretación errónea del precepto.

"Además el Tribunal en la segunda parte transcrita, desconoce claramente el efecto de cosa juzgada consagrada en el artículo 20 citado, en concordancia con el 78 del mismo Código, porque declara la invalidez de la conciliación en razón de un juicio que reemplaza la aprobación del funcionario en la conciliación.

"*El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.*

"La conciliación realizada ante el funcionario competente, inspector del trabajo o juez laboral, produce por virtud de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, el efecto de cosa juzgada.

"La conciliación como la sentencia no sólo son obligatorias, sino que por virtud de ese efecto, son definitivas e inmutables.

Dice Hernando Devis Echandía:

" 'e) Cómo operan los efectos de la cosa juzgada. Los dos efectos de la cosa juzgada (el procesal y el material, su inmutabilidad y su definitividad), operan de manera análoga, ya que éste es consecuencia de aquel.

" 'El primero impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva como a los demás, la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga el derecho de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ella, si se les alega y prueba como excepción previa, o de inhibirse a resolver en el fondo, si deben hacerlo en la sentencia; por

otro lado, otorga a las partes el derecho de impetrar la suspensión definitiva del juicio (o sólo de parte de las pretensiones incoadas cuando existe cosa juzgada parcial y no total), mediante la excepción previa o la inhibición de la decisión de fondo, si la alegan como excepción perentoria para su estudio en la sentencia, y les impone la obligación de abstenerse de revivir esa pretensión resuelta positiva o negativamente, en procesos posteriores.

" 'El segundo otorga la definitividad de la declaración de certeza contenida en la sentencia (entendida en un sentido amplio y con inclusión de las declaraciones constitutivas), haciéndola indiscutible en procesos posteriores, y por esto les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación, que el efecto procesal.

" 'Tiene la cosa juzgada una función o eficacia negativa; la prohibición a los jueces para decidir sobre lo ya resuelto (inmutabilidad); y una función o eficacia positiva: la seguridad o definitividad que le otorga a las relaciones jurídicas materiales sobre que versa la decisión.

" 'La cosa juzgada no es, pues, un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestada en la ley que la regula. (Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General - Tomo III - De los Actos Procesales. Parte Primera. Editorial Temis, 1963)'.

"Como el fallador de segundo grado desconoció el efecto de cosa juzgada a la conciliación presentada en el juicio, por considerar que los derechos conciliados eran ciertos e indiscutibles, interpretó erradamente el efecto de cosa juzgada consagrado en el artículo 78 y en concordancia con él en el 20, ambos del Código Procesal del Trabajo, porque pensó que la cosa juzgada permitía hacer nuevo juicio sobre la misma materia, a pesar de la inmutabilidad que el efecto de cosa juzgada produce en relación con lo decidido o acordado.

"Como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, fueron indebidamente aplicadas las normas sobre cesantía, vacaciones, primas, pensión de jubilación, despido injusto y su indemnización, las cuales fueron indicadas como de derecho sustancial en la demanda de casación. Si se hubiera admitido el efecto de la cosa juzgada no se habría podido dar aplicación a las mencionadas normas, por lo cual al producir decisiones con base en ellas, fueron indebidamente aplicadas.

"Procede pues, casar la sentencia acusada en cuanto revocó la declaración de la excepción de cosa juzgada y resolvió sobre lo demandado".

Siendo idéntico el caso contemplado en el asunto sub judice al de que aquí se trata, cabe desde luego la misma conclusión, es decir, que el Tribunal de Barranquilla en este caso, como en el anterior también interpretó erróneamente las normas antecitadas y será preciso en consecuencia casar la sentencia materia del recurso en cuanto revocó la declaración de la excepción de cosa juzgada y resolvió sobre lo demandado.

Consideraciones de instancia.

Además de las observaciones ya indicadas en el cuerpo de esta providencia, cabe anotar ahora que, ciertamente el Tribunal dio al acta suscrita por los Pino y Martínez Pino por una parte y la Esso Colombiana por otra, el carácter de conciliación, como así lo determina en varios pasos de la providencia recurrida, y sin embargo no le dio a esa mencionada acta así estimada, el efecto de la cosa juzgada. El casacionista, reclama esa calidad del acta como conciliación y su natural consecuencia de res judicata, por lo que no le es dado a la Sala en vista de tales circunstancias pronunciarse sobre si en realidad tal acta contiene o no las características de una verdadera conciliación.

Como el primer cargo prospera, no es necesario estudiar los restantes.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha dos de junio de mil novecientos setenta y dos, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este juicio, en cuanto revocó el fallo de primer grado, en toda la parte resolutiva con excepción del numeral tercero que es absolutorio; y en *sede* de instancia *confirma* el fallo de veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y uno proferido por el Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla en este mismo juicio. *No la casa* en lo demás.

Costas de segunda instancia a cargo del apelante.

Sin costas en el recurso.

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

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Si el Código de Procedimiento Civil, del que hace parte la norma sobre interrupción de la prescripción sólo empezó a regir a partir del 1º de julio de 1971, no podía aplicarse en el presente negocio en que la demanda se presentó el 7 de noviembre de 1969, pues tal cosa equivaldría a darle efecto retroactivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo quince (15) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección Primera - Acta número 9.

Enrique París Z., por conducto de apoderado, demandó a la sociedad denominada *International Schools Company of Latin America*, organizada y existente de acuerdo con las leyes de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, con domicilio en Bogotá, representada por el doctor Hernando Castilla Samper como su Gerente en Colombia, o en su defecto por los doctores Alejandro Castilla Samper o Alfonso Castilla Santos, como suplentes primero y segundo, en su orden, para que previos los trámites del procedimiento ordinario de mayor cuantía y por sentencia definitiva, se resuelva lo siguiente:

A) Que se condene a la sociedad demandada a pagarle el valor de los sueldos o retribución de los servicios que le prestó en cumplimiento del contrato de trabajo celebrado el 24 de noviembre de 1934 y con la enmienda vigente desde el 1º de febrero de 1959 y que se encuentran pendientes de pago, según la regulación que se haga en el juicio;

B) Que se produzca condena a su favor por las vacaciones a que tiene derecho;

C) Que igualmente se condene a la International Schools a pagarle el valor de su auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicio desde el 1º de diciembre de 1934 hasta el 20 de abril de 1964, y

D) Que también se condene a la demandada a pagarle indemnización moratoria o sea un salario diario por cada uno de retardo desde el 20 de abril de 1964 hasta aquél en que se verifique la cancelación por la demandada de los salarios y prestaciones que se le adeudan, "según regulación y pruebas que se produzcan dentro del juicio".

El apoderado del actor citó como disposiciones aplicables los artículos 22 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, los textos 65, 157, 186 y siguientes, 249 y siguientes, 468 y 489 de la misma obra; el artículo 2º del Decreto 905 de 1951; los artículos 25, 74 y 151 del Código Procesal Laboral y el 10 de la Ley 16 de 1968. En cuanto a fundamentos de hecho indicó los siguientes:

"1. Entre el señor Enrique París Z. y la International Schools Company of Latin America se celebró con fecha 24 de noviembre de 1934 un contrato sobre prestación de servicios en la República de Colombia, contrato que tendría vigencia a partir del día 1º de diciembre de 1934.

"2. En desarrollo de ese contrato el señor Enrique París Z. procedió a legalizar el establecimiento de la sucursal de la sociedad en Colombia, mediante la protocolización de los documentos exigidos por la ley por medio de la Escritura pública número 613 del 14 de marzo de 1935, pasada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá.

"3. Por medio de la Escritura pública número 2864 del 19 de octubre de 1938 de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá se protocolizó el poder general que la mencionada sociedad confirió al señor Enrique París Z. para que la representara dentro del territorio de la República de Colombia.

"4. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, por medio de la Resolución 173 del 24 de marzo de 1942 concedió permiso definitivo de funcionamiento a la mencionada sociedad.

"5. El contrato de trabajo entre la sociedad y el señor Enrique París Z. fue modificado a partir del día 1º de febrero de 1959.

"6. El contrato de trabajo terminó, por decisión unilateral del patrono, el día 20 de abril de 1964.

"7. La sociedad se ha negado sistemáticamente a reconocer al señor Enrique París Z. los sueldos y prestaciones sociales a que tiene derecho pese a las comedidas solicitudes presentadas en ese sentido y, antes por el contrario, ejerció actos perturbatorios contra los legítimos derechos que el mencionado Enrique París Z. tenía en el establecimiento comercial bajo su cuidado.

"8. El contrato de prestación de servicios de fecha 24 de noviembre de 1934 configura un contrato de trabajo por lo siguiente:

"I. Enrique París Z. se obligó (cláusula primera) a dedicar "todo su tiempo y atención exclusivamente a solicitar contratos de estudios en las Escuelas Internacionales y efectuar los cobros correspondientes de acuerdo con los precios, normas y reglamentaciones que periódicamente pongan en vigor las Escuelas Internacionales".

"II. Por lo tanto, la ejecución del contrato demandaba la actividad personal del señor Enrique París Z. quien debía dedicar todo su tiempo y atención exclusivamente a trabajar para la sociedad contratante".

"III. Enrique París Z. estaba bajo la continuada subordinación o dependencia de la sociedad contratante, como se desprende de las siguientes transcripciones del contrato celebrado:

"Usted dedicará todo su tiempo y atención exclusivamente a solicitar contratos de estudios en las Escuelas Internacionales, y efectuar los cobros correspondientes, de acuerdo con los precios, *normas y reglamentaciones que periódicamente pongan en vigor las Escuelas Internacionales*". (Cláusula primera).

"Usted tendrá toda la mercancía volúmenes empastados, papeles de inscripciones, material de propaganda y otro material impreso, equipo de materiales de propaganda y solicitudes pertenecientes a las Escuelas Internacionales como propiedad de éstas, y con *sujeción a sus órdenes en todo tiempo*" (cláusula segunda).

"Usted se compromete a transmitir a la oficina principal de las Escuelas en Scranton Pa. Estados Unidos de Norteamérica, *al fin de cada semana,* mientras dure este convenio, *todos los contratos de estudios recibidos por usted para las Escuelas juntamente con una relación detallada de todos los dineros cobrados para las Escuelas*" (cláusulas finales).

"Usted no tendrá el derecho de crear o contraer ninguna deuda o deudas en nombre de The International Schools Company of Latin America, las Escuelas Internacionales de la América Latina, o The International Correspondence Schools, *sin autorización escrita* firmada por el presidente, vicepresidente o secretario de las Escuelas" (cláusulas finales).

"IV. Enrique París Z. devengaba un *salario* como retribución de sus servicios, como puede verse en la cláusula cuarta del contrato.

"9. Las condiciones esenciales del contrato de trabajo, entre la sociedad y el señor Enrique París Z. no fueron variadas en cuanto a su naturaleza, si en su extensión y cuantía, en la enmienda que entró en vigencia el 1º de febrero de 1959, como se aprecia de lo siguiente:

"I. La actividad personal del trabajador queda vigente cuando la cláusula primera establece que 'Enrique París dedicará todo su tiempo al desempeño de las funciones que se le exigen durante la continuidad de este convenio y a *desempeñar las demás funciones que razonablemente le exijan las Escuelas*' ".

"II. La continuada subordinación de dependencia del trabajador se aprecia en la cláusula transcrita y además en las siguientes:

"Todos los pagos de ingresos debidos a las Escuelas serán enviadas a la Escuela de Scranton Pennsylvania dentro de los quince días siguientes al último día de cada año de calendario" (cláusula segunda).

"Queda convenido que Enrique París prestará el servicio de corrección a todos los estudiantes de las *Escuelas de acuerdo con las normas fijadas por las Escuelas*" (cláusula tercera).

"III. El monto del salario fue modificado de acuerdo con los términos de la cláusula segunda y otras de la mencionada enmienda.

"10. Enrique París Z. demandó a la sociedad el pago de sus salarios y prestaciones sociales, una vez más, los días 8 y 15 de noviembre de 1966, mediante cartas recomendadas al representante legal de la compañía".

La demanda fue presentada el 7 de noviembre de 1969; admitida por el Juzgado 12 Laboral

del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre del mismo año y notificada al representante legal de la entidad el 25 de noviembre siguiente.

Oportunamente se contestó el libelo por el apoderado constituido por la sociedad, quien propuso como excepciones perentorias las de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

En cuanto a los hechos los respondió así:

"1º No es cierto en la forma en que está redactado; lo que existió entre las partes fue un contrato de representación.

"2º No me consta, me atengo a lo que se demuestre en el recurso del juicio.

"3º Es cierto.

"4º Es cierto.

"5º No es cierto. No existiendo contrato de trabajo, por simple lógica, no puede modificarse lo que no existe.

"6º No es cierto. En la forma que está redactado. *El contrato de representación,* sí terminó el 20 de abril de 1964.

"7º No es cierto. No existiendo contrato de trabajo, mal podía reconocerse concepto alguno por prestaciones sociales.

"8º No es un hecho, es una simple apreciación del demandante.

"9º No es un hecho, es una simple apreciación del actor.

"10. Es cierto que fueron presentadas reclamaciones por concepto de salarios y prestaciones sociales, la última de las cuales se hizo el 15 de noviembre de 1966; pero por la razón de no existir contrato de trabajo, la sociedad por mí apoderada, no las atendió".

Tramitado el juicio, el Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de 12 de noviembre de 1971, por medio de la cual declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y como consecuencia, absolvió a la sociedad International Schools Co. of Latin America de todas y cada una "de las peticiones invocadas en el libelo demandador". Impuso las costas a la parte demandante.

El apoderado de Enrique París apeló de la anterior providencia y *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* resolvió la alzada en fallo de 18 de mayo de 1972, en el que confirmó lo dispuesto por el a quo y condenó en costas al recurrente.

Contra la resolución del ad quem interpuso el procurador judicial del demandante recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y la Corte lo admitió.

El recurso.

Aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia proferida en el litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de mayo de 1972, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la entidad demandada de los cargos del libelo inicial y que como "juzgador revoque la del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condene a la sociedad International Schools Co. of Latin America" a pagar a Enrique París Z. los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho y la indemnización por falta de pago desde el 20 de abril de 1964.

Se presentó escrito de oposición.

El recurrente en la demanda con que sustentó el remedio extraordinario formula dos cargos contra la sentencia del ad quem, que se examinarán en el orden propuesto.

Primer cargo. Lo enuncia así el impugnador:

"La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 18 de mayo de 1972 es violatoria de ley sustantiva por violación directa, por interpretación errónea de las siguientes disposiciones: artículos 2535 y 2539 del Código Civil, 90 del Decreto-ley 1400 de 1970 y 151 del Código Procesal del Trabajo, a consecuencia de la cual violó por falta de aplicación las siguientes disposiciones legales: artículos 22, 23, c (sic), 27, 127, 65 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 14 del Decreto-ley 2351 de 1965; artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 2 Decreto 905 de 1951 y artículo 17 del Decreto-ley 2351 de 1965".

Precisadas las violaciones de la ley, dice el recurrente que la sentencia se fundamenta en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo que transcribe y expresa que por su parte el texto 2535 del Código Civil trae la definición del fenómeno jurídico de la prescripción de las acciones judiciales y establece que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

Por medio de la prescripción, continúa diciendo el casacionista, el legislador ha querido establecer la seguridad y permanencia de las situaciones jurídicas. El hecho mismo de que un

acreedor no ejerza acción alguna para reclamar el reconocimiento y la exigencia de su derecho conduce a la extinción de la acción por medio de la prescripción. Agrega, que la ley no puede amparar al interesado más allá de donde él mismo busque su protección y por lo tanto lo que consume la prescripción es la ausencia de una actitud positiva de ejercicio por parte del acreedor, que es un hecho del mismo, totalmente independiente del conocimiento del deudor.

Continúa el acusador manifestando que de acuerdo con lo anterior, el artículo 2539 del Código Civil dice que "la prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente", y más adelante agrega "se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2534". Conforme a aquella norma, expresa el recurrente, la demanda judicial del acreedor es suficiente para interrumpir civilmente la prescripción.

Expresa en seguida el impugnador que la demanda es el acto procesal por medio del cual se inicia una acción, no siendo posible afirmar que cuando el acreedor demanda judicialmente no está ejerciendo su acción ni sostener que una vez presentada "se opere la prescripción de la misma acción por falta de ejercicio".

Afirma el recurrente que la notificación de la demanda constituye un requisito procesal para que se trabe en debida forma la relación jurídico-procesal, pero que no puede sostenerse, bajo ningún punto de vista, que dicha notificación sea la cesación de la inercia del acreedor. Expresa que aquel acto sirve para poner en conocimiento del deudor "que se ha iniciado una acción, que se está ejerciendo una acción, *desde la fecha de la demanda*".

En otra parte de la censura dice el impugnador, que la sentencia gravada funda su decisión en que el auto admisorio de la demanda fue notificado con posterioridad al término de los tres años señalados en la ley, lo que según el Tribunal produce la prescripción de la acción, con lo cual se está dando una interpretación errónea a los artículos comentados que establecen, como queda visto, que para consumarse el fenómeno estudiado, es necesario que no se ejerciten las acciones judiciales en el lapso que indica la ley, y que, por tanto, la demanda y no la notificación del auto que la admite, viene a interrumpir civilmente la prescripción.

Sigue el casacionista diciendo que las excepciones especiales a que se refiere el artículo 2539 del Código Civil, contenidas en el texto 2524 ibídem sustituido hoy por el artículo 90 del Decreto-ley 1400 de 1970, en ningún momento condicionaban la interrupción civil de la prescripción al hecho de que la notificación del auto admisorio de la demanda se hiciese antes de correr el lapso señalado por la ley para el ejercicio de la acción.

Expresa que, en efecto, de acuerdo con la citada norma ni siquiera el que hubiere intentado un recurso podía alegar la interrupción de la prescripción en los casos siguientes: "1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal. 2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años". Agregaba el artículo, dice, que en tales casos "se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda", lo que indica, a contrario sensu que el que hubiera intentado un recurso sí podía alegar la prescripción "cuando la notificación de la demanda se hubiera hecho en forma legal".

Manifiesta el impugnador que la Corte sostuvo la tesis contraria, dándole una interpretación por vía de doctrina a las normas sustantivas, la que hoy está revaluada por la interpretación auténtica o con anterioridad contenida en el artículo 90 del Decreto-ley 1400 de 1970.

Expresa que esa posición doctrinal de la Corte sobre la interrupción civil de la prescripción no ha sido compartida por varios autores y copia el concepto de un tratadista colombiano, agregando que la discusión sobre el alcance y condiciones de aquel fenómeno, que tenía asidero en la redacción del artículo 2524 del Código Civil, hoy ha perdido actualidad y no es posible adelantarla frente a la precisa norma interpretativa contenida en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que transcribe, pues éste vino a fijar el verdadero alcance de "la notificación de la demanda y despejó definitivamente las dudas que pudieran existir sobre las claras normas sustantivas".

Finaliza el ataque el recurrente afirmando que si la sentencia acusada declaró probada la excepción de prescripción con base en la fecha de la notificación de la demanda, es claro que violó en forma directa, por errónea interpretación los artículos 2535 y 2539 del Código Civil y el artículo 90 del Decreto-ley 1400 de 1970, y de la misma manera es clara la equivocada interpretación del texto 151 del Código Procesal Laboral "ya que si dicha norma se hubiera interpretado en concordancia con los artículos arriba citados la conclusión habría sido exactamente la contraria a la contenida en dicha sentencia".

La violación de los artículos citados, dice el impugnador, llevó al Tribunal a infringir las

demás disposiciones de derecho laboral indicadas en el cargo, por falta de aplicación de ellas al asunto debatido.

El opositor sostiene la tesis contraria y dice que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte lo que interrumpe la prescripción es la notificación del auto admisorio de la demanda y no la presentación del libelo. Para ella transcribe lo dicho por la Sala en el ordinario de Enrique Peralta contra Universidad de Cartagena, Departamento de Bolívar y Caja de Previsión Social del mismo Departamento.

Expone igualmente que en su concepto no existió violación directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil ni del 90 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto que "el Código Sustantivo del Trabajo y Procesal Laboral, en los artículos 488 y 151 respectivamente" regulan de manera especial lo concerniente a la prescripción de derechos que emanan de las leyes sociales, y que, si bien es cierto que el artículo 145 del Código Procesal Laboral establece la aplicación analógica, también lo es, que ella sólo tiene cabida, a falta de disposiciones especiales.

Agrega el replicante que como en este caso existen tales normas, de aplicación preferencial, como son los artículos 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 Código Procesal del Trabajo, ha de concluirse que no existe la presunta violación de los textos 2535, 2529 del Código Civil y 90 del Decreto-ley 1400 de 1970, por no ser estos de aplicación a los procesos laborales.

Finalmente dice el opositor que el artículo 90 del Decreto 1400 de 1970 en el caso improbable de que tuviera aplicación no tiene operancia en este juicio, por cuanto que, el término de prescripción empezó a correr antes de que aquél entrara en vigencia.

Se considera.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sentencia que es materia del remedio extraordinario dijo:

"En los autos está plenamente acreditada la vinculación jurídico-laboral que tuvieron las partes desde el 24 de noviembre de 1934 hasta el 20 de abril de 1964 (Fls. 16 a 19, 36 y 37, 57 y 30), pero ocurre que según el artículo 151, (sic) norma que debe aplicarse al caso en estudio por tratarse de un juicio de carácter laboral, la acción en el presente proceso se encuentra prescrita, pues a pesar de que el actor interrumpió la prescripción mediante comunicación de fecha 8 de noviembre de 1966 (Fl. 23), entre esa fecha y la notificación de la demanda (noviembre 25 de 1969) transcurrieron más de tres años".

"Ahora bien, a folio 22 obra otra comunicación dirigida al señor Gerente de la demandada el 15 de noviembre de 1966, en la que el actor vuelve a solicitar la liquidación de sus prestaciones sociales. Este documento no tiene ningún valor legal respecto a la interrupción de la prescripción establecida por el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo que dice:

" 'El simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente'. "Por esta razón la Sala sólo tiene en cuenta, para los efectos del caso la comunicación de fecha 8 de noviembre de 1966. Como a esta conclusión llegó el a quo, se confirmará la sentencia recurrida".

Esta breve motivación del Tribunal no contiene exégesis de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil, y mucho menos del 90 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 90 del Decreto 1400 de 1970, no es como lo sostiene el acusador norma de "interpretación auténtica o con autoridad" de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil. El legislador extraordinario no lo expresó así y simplemente en ejercicio de las autorizaciones que le confirió la Ley 49 de 1969, expidió el Código de Procedimiento Civil y le señaló su fecha de vigencia por medio de los Decretos 1400 citado y 2019 de 1970.

El precitado artículo 90 establece una nueva regulación sobre interrupción civil de la prescripción y por eso, en forma expresa, el Decreto 1400 de 1970 del cual hace parte aquél, derogó para hacerla posible el artículo 2534 del Código Civil y en forma tácita, la última parte del inciso tercero del texto 2539, para reemplazarla por el 91 del mismo Código, todo lo cual indica que sólo a partir de la vigencia del Decreto 1400 de 1970, la prescripción no consumada, que extingue las acciones ajenas, se interrumpe civilmente con la presentación de la demanda judicial, siempre que se cumplan las requisitos que establece el mencionado artículo 90.

Si el Código de Procedimiento Civil, del que hace parte la norma sobre interrupción de la prescripción (Art. 90), sólo empezó a regir a partir del 1º de julio de 1971, no podía aplicarse en el presente negocio en que la demanda se

presentó el 7 de noviembre de 1969, pues tal cosa equivaldría a darle efecto retroactivo.

De las consideraciones hechas por el Tribunal resalta que éste, en realidad lo que hizo fue dar aplicación al artículo 151 Código Procesal Laboral a una situación regida en el momento de presentarse por los artículos 2524 y 2539 del Código Civil en relación con el 489 Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto, al aplicarse el artículo 151 Código Procesal Laboral, interpretado por la jurisprudencia para casos como el de autos, el Tribunal no hizo una exégesis equivocada de la norma.

Como no existe interpretación errónea de las disposiciones acusadas por tal concepto tampoco pudo haber infracción consecuencial de las consagratorias de los derechos reclamados por el señor París.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Lo enuncia así el recurrente:

"En el supuesto de que no prosperara la acusación presentada en el cargo primero y que la honorable Corte estimara que la sentencia no ha infringido la ley sustantiva por interpretación errónea, la mencionada providencia se debe casar por infracción directa, como violatoria de ley sustantiva por falta de aplicación de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil, 90 del Decreto-ley 1400 de 1970, 14 y 28 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal y consecuentemente violó, además, por falta de aplicación las siguientes disposiciones legales: artículos 22, 23, c (sic), 27, 127, 65 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 14 Decreto-ley 2351 de 1965; artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 2º Decreto 905 de 1951 y artículo 17 Decreto-ley 2361 de 1965".

En la sustentación de este ataque, manifiesta, el impugnador que la sentencia gravada declaró prescrita la acción de Enrique París para reclamar de la demandada los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho en razón de la clara y evidente relación laboral que existió entre las partes desde el 1º de diciembre de 1934 hasta el 20 de abril de 1964, contrariando las normas contenidas en los artículos 2535 y 2539 del Código Civil, que no fueron aplicadas al caso objeto del litigio.

Continúa el recurrente expresando que es aún más evidente la falta de aplicación del artículo 90 del Decreto-ley 1400 de 1970 porque esta norma establece de una manera inequívoca que "admita (sic) la demanda se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada". Dice, en seguida, que el legislador, con autoridad, vino a aclarar y precisar el alcance de las normas de los citados artículos 2535 y 2539 del Código Civil y por lo tanto el Tribunal ha debido darle aplicación preferente. Agrega el casacionista, que sólo la falta de aplicación de una norma suficientemente explícita como la del artículo 90 del Decreto 1400 de 1970, puede dar lugar a la declaratoria contenida en el fallo acusado de que se ha operado la prescripción.

Señala también el censor que esa falta de aplicación de la disposición del Decreto, "entraña además, la falta de aplicación de los artículos 14 y 25 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal", que transcribe.

En relación con las disposiciones copiadas afirma el recurrente que ellas exactamente determinan que la facultad de fijar con autoridad la interpretación de la ley corresponde al legislador exclusivamente y que las leyes interpretativas se entienden incorporadas en aquellas cuyo sentido y alcance han fijado.

Sobre este tema, transcribe el recurrente una opinión de tratadista extranjero y una sentencia de la Corte de 16 de octubre de 1924, publicada en la *Gaceta Judicial* Tomo XXXI, página 73, y en seguida emite su opinión sobre el verdadero sentido y alcance de la presentación de la demanda en relación con la interrupción civil de la prescripción y nuevamente afirma que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) fijó con autoridad el verdadero sentido de las normas relacionadas con dicha interrupción.

Respecto a los artículos 14 y 25 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal, manifiesta el casacionista que ellos fijan exactamente los efectos de las normas interpretativas y que si el Tribunal las hubiera aplicado habría tenido que tomar en cuenta la disposición del Código de Procedimiento Civil sin que pudiera en consecuencia declarar probada la excepción de prescripción de la acción del demandante.

Concluye el cargo el recurrente haciendo ver cómo la falta de aplicación de las disposiciones analizadas conllevó también la violación de las diversas normas en las cuales se sustentan las pretensiones de Enrique París Z. para que se le paguen los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho y la indemnización moratoria "(salarios caídos)".

El opositor manifiesta que en relación con este ataque "cabe argumentar las mismas razones dichas para rebatir el primer cargo y además porque los artículos 14 y 25 del Código Civil y

58 del Código de Régimen Político y Municipal no podían violarse, al no ser aplicables al proceso materia del recurso extraordinario de casación". Agrega que "ninguna de las normas en que se apoya el recurso son declarativas del sentido de otras leyes" y además expresa, que siendo la legislación laboral de carácter especial, sus normas en este asunto son de aplicación preferencial y que no puede acudirse a "otras legislaciones" sino cuando aquélla expresamente lo determina.

Se considera:

En este cargo el recurrente fundamentalmente acusa la sentencia del ad quem por falta de aplicación de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil y 90 del Decreto 1400 de 1970, 14 y 25 de la obra primeramente citada y 58 del Código de Régimen Político y Municipal, dentro del concepto de infracción directa.

Sostiene igualmente que el artículo 90 del Decreto 1400 de 1970 es norma interpretativa de los textos 2535 y 2539 del Código Civil, pues vino a definir con autoridad que la presentación de la demanda sí interrumpe civilmente la prescripción y que la notificación de la misma viene a darle plena efectividad a dicha presentación.

Es pues la infracción directa de las disposiciones señaladas la parte medular del ataque pues de prosperar quebraría el soporte del fallo acusado.

Pero observa la Corte que el recurrente no citó como violadas las disposiciones sobre prescripción de acciones laborales que de manera especial establecen el Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal Laboral y menos aquella que es la base de la decisión del ad quem, o sea el artículo 151 del Decreto-ley 2158 de 1948 (C. P. del T.).

El ataque se exhibe así incompleto, no obstante que también se indican como violadas algunas disposiciones laborales, ya que tal violación se presenta como consecuencial de la infracción directa de sólo normas del Código Civil, del de Procedimiento en esa materia y del Código de Régimen Político y Municipal.

Como no se atacó el soporte del fallo o sea la declaración de prescripción de las acciones incoadas por el actor con fundamento en el artículo 151 del Código Procesal Laboral la proposición jurídica no quedó integrada y por tanto el cargo se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 18 de mayo de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio adelantado por el señor Enrique París Z. contra International Schools Co. of Latin America.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de 23 de marzo de 1973, anula el artículo decimoctavo (18º) del laudo arbitral dictado el 20 de octubre de mil novecientos setenta y dos, por el Tribunal Arbitral, en el conflicto colectivo entre Electrificadora de Cundinamarca S. A. y el Sindicato de Trabajadores de dicha empresa. — Declara exequibles los artículos decimonoveno (19º) y vigésimo (20º) del laudo citado, y homologa los ordenamientos arbitrales restantes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo veintitrés de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4345

Acta número 12.

Electrificadora de Cundinamarca S. A., recurrió en homologación el laudo de 20 de octubre de 1972, dictado para resolver el conflicto colectivo de trabajo entre esa entidad y el Sindicato de Trabajadores de la misma.

Como antecedentes del fallo arbitral conviene anotar los siguientes:

El 20 de marzo de 1970 se dictó un laudo para resolver el conflicto surgido entre los Sindicatos de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, Divisiones Atlántico, Magdalena y Central, y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL).

El mencionado laudo tenía vigencia hasta el 31 de octubre de 1971, y fue denunciado por el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, División Central, el 16 de septiembre de 1971.

El Decreto número 1994 de 9 de octubre de 1971 incorporó a las Electrificadoras del Atlántico, Magdalena, Tolima y Cundinamarca y a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C. V. C.), la administración de los bienes adquiridos por el Gobierno Nacional de la Compañía Colombiana de Electricidad, según Escritura pública número 2210 de 4 de julio de 1962, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá.

Por virtud de tal decreto, la División Central quedó incorporada a la Electrificadora de Cundinamarca S. A., y los trabajadores de esa División, en número de 35, solicitaron el 12 de diciembre de 1971, ingreso al Sindicato de Trabajadores de Electrificadora de Cundinamarca S. A.

El mismo día, 12 de diciembre de 1971, fue aceptada la fusión de los sindicatos y el ingreso solicitado por los trabajadores. En asamblea de la misma fecha, el Sindicato de Trabajadores de la Electrificadora de Cundinamarca S. A. aprobó un pliego de peticiones.

El 16 de diciembre de 1971, el Sindicato de Trabajadores de la Electrificadora de Cundinamarca S. A. denunció la convención que había celebrado con la sociedad, y que tenía vigencia hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Con fecha 20 de diciembre de 1971, fue presentado al patrono el pliego de peticiones.

La etapa de arreglo directo se cumplió desde el 17 de enero de 1972 hasta el 1º de febrero del mismo año. Durante dicha etapa se acordaron soluciones para todos los puntos del pliego, excepto para los apartes a) y b) del punto segundo, sobre aplicación de las convenciones del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Fomento y sobre nivelación de salarios, la petición 10 sobre aumento de salarios, la 20 sobre vigencia retroactiva, la 21 sobre prima de calor o clima y la 22 sobre régimen educacional. En esa primera etapa del conflicto fue retirada la petición 21.

Durante la etapa de conciliación, que tuvo lugar entre el 7 y el 15 de febrero de 1971, no se logró acordar fórmula alguna.

Por Resolución número 00466 de 10 de marzo de 1972, del Ministerio del Trabajo, fue convocado el Tribunal de Arbitramento. Los árbitros designados por las partes acordaron árbitro tercero, que fue aprobado por la Resolución número 00721 de 10 de abril del mismo año.

El Tribunal se instaló el 17 de mayo de 1972 y después de varias prórrogas concedidas por el Ministerio del Trabajo, dictó el laudo correspondiente con fecha 20 de octubre del mismo año. Hubo salvamento de voto.

La Electrificadora de Cundinamarca S. A. como recurrente, pretende que se anulen los artículos 18, 19 y 20 del fallo arbitral. El Sindicato de Trabajadores de la Electrificadora busca que se homologuen dichos artículos.

Se examinarán en su orden y separadamente cada una de las acusaciones y los argumentos del opositor.

Artículo 18.

La norma dice:

"Conforme al Decreto 904 de 1951, artículo 1º, la convención colectiva que rige en la Electrificadora de Cundinamarca S. A., es la suscrita entre ella y el Sindicato de Trabajadores de la Electrificadora de Cundinamarca S. A., el tres (3) de marzo de mil novecientos setenta (1970), a la cual se incorporarán las normas más favorables a los trabajadores o al Sindicato de la contratación colectiva en que fue sujeto el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento (División Central), y en especial el laudo proferido el veinte (20) de marzo de mil novecientos setenta (1970), a partir del 9 de octubre de 1971, fecha en que fue expedido el Decreto 1994 de 1971, adicionadas con los ordenamientos del presente fallo arbitral".

El recurrente afirma:

"El artículo 18 es la consecuencia de la afirmación, por el Tribunal de Arbitramento, de su competencia para conocer y decidir conflictos jurídicos colectivos. Este aserto es susceptible de reparo. Ni esa Sala ni su antecesora, el Tribunal Supremo del Trabajo, han sostenido criterio uniforme al respecto. Por esto, la ocasión es propicia para que lo examine a fondo de nuevo. Es que, como parece desprenderse de sus últimas jurisprudencias, esa Sala sólo ha aceptado la posibilidad de que los tribunales especiales de arbitramento conozcan y decidan problemas jurídicos, cuando vienen imbricados en el conflicto económico propio de su competencia, pero ha rechazado la de que los conozcan y decidan cuando les son propuestos como tales, en sí mismos considerados, sin conexión con este conflicto económico. Esto último fue lo ocurrido con la previsión que se examina, la que, por lo tanto, debe ser anulada".

Asegura el impugnador que la sustitución de patrono pone término a las convenciones colectivas suscritas por el sustituido o a los laudos arbitrales adoptados en su defecto, arguye que las convenciones colectivas no adquieren vida propia, independiente de las personas que las suscriben, sino que desaparecen cuando esas personas dejan de existir; admite que si no fuera por el artículo 474 del Código Sustantivo del Trabajo, la desaparición del sindicato pactante haría terminar la convención, como ocurre por falta de previsión legal, respecto al patrono que es sustituido; concluye que por haber absorbido la Electrificadora de Cundinamarca S. A. la unidad de explotación económica de la antigua Compañía Colombiana de Electricidad en la Zona de Girardot, dejó de existir la contratación colectiva habida entre el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, División Central.

Y termina la acusación sobre este punto, así:

"Pero si no fuere cierto que en estos eventos de sustitución de patronos la convención colectiva celebrada por el sustituido desaparece, tampoco lo sería que su subsistencia se rija en sus efectos, como el laudo acusado lo pretende, por el artículo 1º del Decreto 904 de 1951, cuya preceptiva sólo regula los casos excepcionales en que por error o por cualesquiera otras razones, coexistieran dentro de una misma empresa, al margen de todo fenómeno de aquella índole, dos o más convenciones colectivas de trabajo.

"Esta impertinencia del artículo 1º del Decreto 904 de 1951 resulta aún más protuberante en el supuesto —aceptado por las partes y el laudo— de substitución de patronos por absorción de la unidad de explotación económica.

"Porque, según también lo precisa el salvamento de voto, existe otra norma, de más rango inclusive, el inciso 2º del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, cuya aplicación analógica se impone en virtud de la similitud, de la casi identidad, de este supuesto con el de la declaratoria de unidad de empresa que ella regula.

"De esta aplicación analógica surgiría patente la coexistencia de dos regímenes convencionales en la Electrificadora de Cundinamarca S. A.,

el que ella pactó para sus propios trabajadores, sólo a ellos aplicables, y el que habría recibido por razón de la absorción de la unidad de explotación económica que perteneció a la antigua Compañía Colombiana de Electricidad en la Zona de Girardot, aplicable únicamente a los trabajadores que venían disfrutando de sus beneficios.

"En últimas, aunque se considerare que sí es pertinente el artículo 1º del Decreto 904 de 1951, la única diferencia con la conclusión inmediatamente anterior estribaría en que la 'contratación colectiva' del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, División Central, habría perdido su fecha y, por tanto, su plazo de vigencia, en aras de la fecha y el término de duración de la convención colectiva celebrada entre mi procurada y su Sindicato de base.

"Con efecto, según el tenor de la norma en examen, aparte lo dicho, aquella 'contratación' se consideraría incorporada a esta convención, es decir, manteniendo cada una su propia identidad y el ámbito y las modalidades de su aplicación. Porque, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, incorporar es agregar —no integrar como lo sostiene el laudo impugnado— y agregar, según el Diccionario de Construcción y Régimen de la Lengua Castellana de Rufino José Cuervo, es 'introducir (algo) como miembro o parte de un conjunto' ".

"Este entendimiento es el acogido por el numeral 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 para la incorporación, de la convención que pueda llegar a acordar el sindicato gremial a que él se refiere, a la que la empresa respectiva celebre con el representativo de su personal".

El opositor estima que el conflicto no fue estrictamente jurídico ni estrictamente económico, sino en su mayoría de intereses, por lo cual el Tribunal de Arbitramento tenía competencia para resolverlo como colectivo, según el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965; considera que la convención colectiva no desaparece por la sustitución de patronos, sino por la liquidación o clausura definitiva de la empresa; tiene como absurdo que la convención termine por la sustitución de patronos sin clausura de la empresa, cuando no se extingue por dejar de existir el sindicato; afirma que la disposición atacada se ajusta al Decreto 904 de 1951 y que no puede invocarse el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, porque no se trata de un problema de unidad de empresa.

Respecto a este punto termina el opositor así:

"Finalmente en cuanto a este aspecto de la litis plantea el recurrente que en últimas si el Decreto 904 citado fuese el aplicable, *cada una de las convenciones mantendrían su propia identidad y el ámbito y las modalidades de su aplicación,* ya que una de ellas perdería su fecha y plazo de vigencia en aras de la otra convención, ya que no se debe concluir en una sola convención porque incorporar es simplemente 'introducir como miembro o parte de un conjunto'. En otras palabras aceptando que no puede haber dos convenciones debe concluirse en que debe haber dos convenciones.

"Afianza su tesis la recurrente en que según la Ley 48 de 1968, este debe ser el entendimiento de la incorporación.

"Para nadie es secreto que los supuestos de la Ley 48 de 1968 en nada se parecen al caso contemplado aquí. Porque allí no hay unidad de conflicto, existen dos o más organizaciones con sendos pliegos de peticiones, sendas discusiones y diferentes intereses. Por ello aunque se conserva la unidad de convención pueden existir capítulos especiales, según sea, cada uno de los gremios contratantes en la empresa con distintos intereses a los del común de los trabajadores de la misma.

"Pero es que en la Electrificadora de Cundinamarca la misma empresa solicita al Sindicato del patrono desaparecido que presente *unificadamente* y bajo los mandatos del artículo 357 *un solo pliego de peticiones,* según puede leerse de la comunicación de fecha 6 de diciembre de 1971, que transcribe el Tribunal.

"Finalmente, no puede dejarse inadvertido que la petición del Sindicato que represento obedece entre otras razones a la presencia a partir del 9 de octubre de 1971, del Decreto 1994 del mismo año, que entre otros aspectos buscaba 'lograr la unidad de los aspectos laborales'. Por manera que mal puede respetarse *la unidad de contratación colectiva* y de los *aspectos laborales* acogiéndose una *multiplicidad* por la que tanto aboga la recurrente".

Se considera:

En razón de la naturaleza de los conflictos de trabajo entre patronos y trabajadores, ellos se dividen en jurídicos y económicos. Los conflictos jurídicos se relacionan con la aplicación de una norma preexistente, de cualquier categoría que ella sea, bien sobre su existencia o vigencia, o sobre su cumplimiento o extensión. Los con-

flictos económicos no se refieren a normas preexistentes, sino que por razón de un interés económico buscan la creación de norma nueva o la modificación de una existente.

En consideración a los sujetos que actúan en el conflicto, éste puede ser individual o colectivo. Es individual cuando una o varias personas actúan en defensa de sus intereses o de sus derechos. Es colectivo cuando los sujetos que actúan forman un grupo de interés común, ordinariamente profesional.

Existe conflicto jurídico individual cuando se reclama por uno o varios individuos la aplicación de norma preexistente, o sea la reparación de la violación sobre los derechos individuales de los reclamantes. Existe conflicto jurídico colectivo cuando la aplicación de norma preexistente se reclama por grupos que no obran en razón de cada individuo sino de la colectividad. Existe conflicto económico colectivo cuando se pretende una normación no existente sobre salarios o condiciones de trabajo, para grupos que conforman una entidad como el sindicato. La doctrina no reconoce propiamente la existencia de conflictos individuales de intereses y la legislación no establece medios para dar solución a las pretensiones individuales no amparadas por disposiciones existentes.

Por lo anterior, es frecuente hablar de conflictos colectivos para referirse a los económicos, ya que no se contemplan en éstos los individuales.

El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo dice que la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

El artículo 3º del mismo estatuto dice que la tramitación de los conflictos económicos entre patronos y trabajadores se continuará adelantando de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia.

Es clara la diferencia que hace la legislación procesal entre los conflictos jurídicos y los económicos, para que los primeros sean conocidos por la jurisdicción laboral y los segundos mediante los trámites de arreglo directo, conciliación y arbitramento o huelga.

No puede entenderse que el artículo 2º se refiera únicamente a los conflictos jurídicos individuales, puesto que en tal caso la diferencia entre las partes provendría directamente del contrato de trabajo, en el cual se encuentran incorporadas no solamente las leyes protectoras del trabajo, sino también las de convención o reglamento, luego los conflictos jurídicos colectivos provienen indirectamente del contrato de trabajo en cuanto la aplicación de las convenciones existentes se refieren a los efectos que ellas pueden tener en cada uno de los contratos de trabajo. No se pueden entender los conflictos jurídicos con prescindencia de los contratos de trabajo.

El artículo 18 del laudo acusado se refiere expresamente a la aplicación de una convención colectiva y de un fallo arbitral, luego resuelve un conflicto jurídico, según lo admite el mismo Tribunal Arbitral que pronunció la providencia acusada. Por lo tanto, la decisión sobre aplicación de esas normas corresponde a la jurisdicción del trabajo según el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, ya que es un conflicto jurídico proveniente indirectamente de los contratos de trabajo a los cuales se pretenden aplicar las disposiciones.

Claramente se ve que algunas normas legales se refieren a los conflictos económicos, denominándolos colectivos, porque como ya se vio, no existe para la legislación el conflicto económico individual.

Esa diferencia precisa que hace la ley procesal entre conflictos jurídicos y económicos corresponde también a la forma en que han de tratarse, pues los jurídicos han de ser decididos por quien tiene la jurisdicción, mientras los económicos han de ser arreglados entre las partes o por fórmulas que les sugieran los conciliadores y acepten las partes, siendo solamente procedente el arbitramento cuando por los otros medios no se logre la solución.

En los conflictos jurídicos se ha de tomar una decisión, se han de aplicar las normas existentes, en los económicos se ha de resolver una situación mediante fórmulas de acuerdo.

A veces una pretensión económica envuelve o conlleva una cuestión jurídica incidental, por lo cual los árbitros al resolver la primera deben tener en cuenta la segunda, pero nunca puede admitirse que una cuestión jurídica deba ser decidida por el sistema de arreglo directo, conciliación y arbitraje, que está previsto para los conflictos económicos.

Por lo que hace al segundo aspecto presentado en esta acusación, sobre la terminación del laudo arbitral en razón de la sustitución de patronos, ha de entenderse que la convención colectiva es un contrato en cuanto se acuerda, en cuanto por la voluntad de las partes se crean obligaciones, pero que ella tiene naturaleza de ley en el ámbito de la empresa, o sea que las disposiciones adoptadas rigen las relaciones entre patronos y trabajadores en una determinada empresa. De lo anterior se concluye que las disposiciones de la convención no desaparecen por-

que los pactantes dejen de ser patrono o sindicato, mientras haya empresa a la cual se le apliquen tales preceptos. Esta característica de la convención resulta de que ella es aplicable en sus efectos sobre los contratos individuales, no solamente a los trabajadores que laboraban en el momento del acuerdo, sino a todos los que trabajen en la empresa durante su vigencia aunque hayan entrado posteriormente.

La clausura definitiva de la unidad de explotación económica haría desaparecer las normas de la convención colectiva, por no existir contratos de trabajo a los cuales fuera aplicable la normatividad de la convención.

La sustitución de patronos no extingue la convención colectiva de trabajo, sino que el sustituto recibe una empresa en que la convención rige como ley de ella y éste debe cumplirla. En el caso presente la Electrificadora de Cundinamarca S. A. quedó obligada a cumplir el laudo de 20 de marzo de 1970, pero su extensión y aplicación debe determinarse, porque si se aplicara ese laudo a todos los trabajadores de Electrificadora y a la vez se aplicara a todos esos trabajadores la convención celebrada el 3 de marzo de 1970, se tendría que existían simultáneamente dos convenciones.

El Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, División Central, fue disuelto y su personería cancelada, por fusión con el Sindicato de Trabajadores de la Electrificadora de Cundinamarca S. A., según la Resolución número 01881 de 28 de julio de 1972.

El 16 de septiembre de 1971 fue denunciado el laudo de 20 de marzo de 1970, cuya vigencia se extendía hasta el 31 de octubre de dicho año.

De acuerdo con los artículos 474 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, ese laudo continúa rigiendo los derechos y obligaciones del patrono y los trabajadores hasta la firma de una nueva convención.

De tal manera que ese laudo siguió rigiendo los derechos de los trabajadores de la Zona de Girardot y la convención de 3 de marzo de 1970 los de los antiguos trabajadores de la Electrificadora, hasta la expedición del nuevo laudo recaído sobre el conflicto provocado por el pliego unificado.

El Decreto 904 de 1951 prescribe que cuando hay dos convenciones vigentes se incorporarán las posteriores a la más antigua, cuya fecha será la de la convención, pero no ordena que las disposiciones de ambas se apliquen a todos los trabajadores, porque con ello no se deja de tener la pluralidad aunque se junten en un solo texto. Si las varias convenciones son aplicables a todos los trabajadores de la empresa, pueden juntarse con esa misma aplicación, pero cuando ellas no son generales, o sea, que una dispone en relación con algunos trabajadores y la otra para grupos distintos, deben seguir rigiendo en esa misma forma hasta que se firme una nueva convención general.

Ese resultado es igual al que se prevé cuando varios sindicatos contratantes presentan un pliego en que existen regulaciones diferentes que interesan a los varios sindicatos. Además, la regulación diferente para trabajadores que desempeñan oficios iguales, puede justificarse por el lugar en que desempeñen las labores y por las diversas condiciones de trabajo de los distintos lugares.

El artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 regula una situación distinta, pero es aplicable analógicamente a las situaciones de formación real de unidad de empresa, como la que se presenta en el caso estudiado.

De lo anterior resulta que el Tribunal de Arbitramento usurpó jurisdicción al disponer en el artículo 18 del laudo recurrido, sobre la aplicación de normas preexistentes contenidas en la convención de 3 de marzo de 1970 y en el laudo de 20 de marzo del mismo año, y por ello ha de anularse dicho artículo.

Artículo 19.

Dice el recurrente:

"El artículo 19, en tanto que aumenta y extiende a los trabajadores originarios de la Electrificadora de Cundinamarca S. A., el régimen educacional contenido en la 'contratación colectiva' del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, División Central, aparece, así mismo obviamente inexequible de conformidad con todo lo expuesto.

"Pero este artículo, el 18 anterior y el 20 siguiente, también devienen inexequibles en cuanto hacen gravitar, sobre mi procurada, cargas económicas que le resultan insostenibles y ponen en peligro inminente no sólo su estabilidad, sino su propia existencia y, por ende, paradojalmente, el futuro de los mismos trabajadores que pretenden favorecer".

El opositor replica así:

"Por las mismas razones que impugna la recurrente el artículo 'decimoctavo' también ataca el siguiente.

"El caso es distinto. El décimoctavo encierra un conflicto colectivo jurídico en cuanto pretende la aplicación de una norma preexistente, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia. Al paso que el 'decimonoveno' contempla un conflicto económico ya que busca la creación o modificación de un derecho. (Mario de la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, T. II - Pág. 745; 'G. del T.' III, números 17 a 28, Pág. 471).

"En el primer evento la competencia en la homologación llega hasta ser una segunda instancia, porque el Tribunal obró como árbitro, dijo el derecho. En el segundo caso actuó no como juez, sino como amigable componedor, como arbitrador.

"Luego, así se hubiera equivocado en cuanto a cualquier fundamento jurídico que hubiera podido invocar, *su decisión* es puramente *económica* y sólo podría ser inexequible en el caso de que afectara derechos o facultades reconocidos a la Electrificadora en la Constitución, en las leyes o en convenciones vigentes.

"Pensamos además que la decisión de conceder, crear o aumentar unas becas no afecta ningún derecho o facultad a la Electrificadora y además *partiendo de este supuesto* según lo ha dicho la propia Corte, carece de competencia para revisar o modificar esa clase de pronunciamientos arbitrales.

"Finalmente al respecto también creemos que el aumento o creación, si no existían, de las becas es a duras penas *equitativo* si se considera la cantidad de trabajadores al servicio de la empresa (264), y el bajo nivel cultural de nuestros trabajadores y sus familias".

Se considera.

La regulación sobre becas no se puede considerar como una carga nueva impuesta a la empresa por el Tribunal de Arbitramento, ya que el laudo de 20 de marzo de 1970 regía para la Electrificadora en cuanto a los trabajadores de la Zona de Girardot, no era una prestación nueva que por no haber sido acordada debiera escapar al Tribunal de Arbitramento. La regulación educativa existía ya como obligación de la empresa, y su aumento y extensión a todos los trabajadores no es fenómeno de creación, sino de ampliación de una obligación ya existente.

Por otra parte, los árbitros no excedieron en este punto lo pedido en el pliego de peticiones, y siendo una cuestión puramente económica, el recurso de homologación no puede en general, sobrepasar el control de las facultades de los árbitros, para determinar el monto económico de las disposiciones.

Habrá de homologarse el artículo 19.

Artículo 20.

El recurrente pretende la inexequibilidad de este ordenamiento que contiene aumento de salarios, porque considera que impone cargas económicas que resultan insostenibles para la empresa, que ponen en peligro inminente su estabilidad, su existencia y el futuro de los trabajadores que pretende favorecer.

El opositor considera que esta cuestión es puramente económica y por ello no es posible regularla a través del recurso de homologación.

Se considera.

En la etapa de arreglo directo se presentaron fórmulas en cuanto al aumento de salarios, de tal manera que el Sindicato concretó su aspiración, así:

Sueldos de	*1er. año*	*2º año*
$ 0 a $ 1.500	$ 270	$ 260
$ 1.501 a $ 2.000	$ 250	$ 240
$ 2.001 a $ 2.600	$ 230	$ 230

La empresa ofreció los siguientes aumentos:

Sueldos de	*1er. año*	*2º año*
$ 0 a $ 1.499	$ 250	$ 220
$ 1.500 a $ 1.999	$ 230	$ 200
$ 2.000 a $ 2.999	$ 200	$ 180

El tribunal decretó los siguientes aumentos:

Sueldos de	*1er. año*	*2º año*
$ 0 a $ 1.500	$ 260	$ 260
$ 1.501 a $ 2.000	$ 240	$ 240
$ 2.001 a $ 3.000	$ 215	$ 215

De la comparación anterior se deduce que el tribunal no impuso cargas superiores a la última petición del Sindicato, ni inferiores a lo ofrecido por la empresa, por lo cual no excedió sus facultades en la regulación cuantitativa del aumento de salarios.

También se observa que no se probó en la etapa del arbitramento, en forma evidente, que las cargas económicas de que trata el laudo, con-

duzcan en el futuro a una "protuberante iniquidad" que permita el control jurisdiccional.

Las restantes ordenaciones del laudo arbitral, que en general recogen los acuerdos logrados en la etapa de arreglo directo, no exceden las facultades de los árbitros, ni aparece que afecten derechos o facultades reconocidos por la Constitución, o por las leyes o por normas convencionales, a las partes, por lo cual se homologarán.

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, *anula* el artículo decimoctavo (18) del laudo arbitral dictado el veinte de octubre de mil novecientos setenta y dos, por el Tribunal Arbitral, en el conflicto colectivo entre Electrificadora de Cundinamarca S. A. y el Sindicato de Trabajadores de dicha empresa.

Declara exequibles los artículos decimonoveno (19) y vigésimo (20) del laudo citado, y *homologa* los ordenamientos arbitrales restantes.

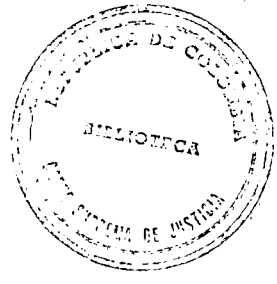
Sin costas.

Copia de esta providencia y del laudo se remitirá al Ministerio de Trabajo, para su depósito en legal forma.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente en el Ministerio del Trabajo.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



REFORMATIO IN PEJUS

En este cargo cabe toda la razón a la censura, es evidente que la única parte apelante lo fue la demandada, toda vez que el actor del juicio se conformó con la decisión del a quo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Acta número 11.

El señor *Hernán Montoya Palacio,* por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía, ante el Juzgado Laboral del Circuito de Bello (Antioquia), contra la *"Compañía Suramericana de Seguros S. A."* con la finalidad de que fuesen hechas las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la empresa demandada violó el contrato de trabajo que tenía celebrado con mi poderdante, señor *Hernán Montoya Palacio,* por despido injusto, y que por tanto está en la obligación de pagarle la suma que le adeuda en concepto de indemnización por tal causa.

"Subsidiariamente. Que se declare que la Compañía Suramericana de Seguros S. A. ante las nuevas condiciones impuestas a mi poderdante dio lugar a la terminación unilateral del contrato por parte de éste, y en tal virtud está en la obligación de pagarle la suma que le adeuda por indemnización de perjuicios".

Como hechos expuso:

Que mediante contrato de trabajo prestó sus servicios a la "Compañía Suramericana de Seguros S. A. *y sus filiados*" "como *director*" en la agencia del Municipio de Bello, entre el 11 de septiembre de 1958 y el 18 de enero de 1971, "...dedicado de manera exclusiva y habitual al negocio de seguros, a promover la celebración de contratos, obtener la renovación de los mismos, cobranzas, consignaciones, inspección de riesgos, etc.".

Que trabajó mediante comisiones con un promedio mensual de $ 9.000.

"Cuarto. El 11 de enero se presentó a la oficina de Bello el señor Leonardo Ruiz con el objeto de recibir el despacho por orden de la Compañía ya que se había dispuesto su remoción, y al efecto elaboraron el correspondiente inventario, que integra el folio 34, y en que consta que ello se hace por cambio definitivo.

"Quinto. La entrega se formalizó el 18 de ese mes de enero, mediante acta que suscribieron con base en el inventario elaborado días antes.

"Sexto. El Banco de Colombia (Agencia de Bello) certifica que la Compañía Suramericana de Seguros S. A. sustituyó la firma de mi poderdante por la del señor *Leonardo Ruiz,* por carta que de ella recibió, lo que tendría operancia a partir del 19 de enero.

"Séptimo. El Banco de Bogotá (Agencia de Bello) certifica que la Compañía Suramericana de Seguros S. A., sustituyó la firma de mi poderdante por la del señor *Leonardo Ruiz,* según carta de la empresa fechada el 11 de enero, vale decir, el mismo día que se elaboró el inventario y se dispuso el cambio definitivo.

"Octavo. Durante las conversaciones habidas con la empresa a partir del 11 de enero, y de la correspondencia sostenida, reclamó el derecho que le asiste al pago de la indemnización por despido injusto, sin resultado alguno, si es verdad que la Compañía estuvo dispuesta a indemnizarlo, no es menos cierto que pretendió hacerlo en cuantía muy inferior a la que legalmente le corresponde.

"Noveno. Consumados estos hechos por parte de la empresa, que indudablemente implican un despido, ésta pretendió, para soslayarlo, asignarle un cargo inferior en la misma plaza, al que venía desempeñando, y en cuyo ejercicio perdía la mayor parte de sus atribuciones (tránsito de

director a dirigido, a más de $ 2.500 por mes), lo que no fue aceptado por el señor Montoya cuando se le llamó a suscribir un nuevo contrato en tan precaria situación".

La parte demandada o sea la Compañía Suramericana de Seguros S. A. se opuso a lo sustancial de la acción, negó algunos hechos, manifestó que no son ciertos otros en la forma propuesta y da las explicaciones consiguientes y aceptó el quinto.

De tales contestaciones se transcriben las siguientes:

"Al hecho primero. No es cierto en la forma como aparece expuesto. El demandante Hernán Montoya Palacio empezó a laborar, como agente local en la ciudad de Bello, para la *Compañía Suramericana de Seguros y Suramericana de Seguros de Vida* el 11 de septiembre de 1958, como consta de los respectivos contratos de trabajo firmados con tales Compañías el 14 de noviembre de 1958.

"Posteriormente *el 11 de julio de 1964,* Montoya Palacio se vinculó también al servicio de la Administradora Suramericana de Inversiones S. A., en calidad de agente solicitador de unidades de inversión. Y meses más tarde, el 11 de septiembre de 1964, comenzó a trabajar igualmente, como agente vendedor de títulos de capitalización, para la Suramericana de Capitalización, sociedad ésta muy diferente de las atrás nombradas.

"En cuanto a las obligaciones y atribuciones que tenía Montoya Palacio, ellas aparecen claramente especificadas en los diversos contratos de trabajo celebrados con las Compañías antes dichas. Es de anotar sí que los primitivos contratos de trabajo celebrados por el demandante con la Compañía Suramericana de Seguros y con la Suramericana de Seguros de Vida fueron reemplazados, de común acuerdo entre las partes, por los suscritos el día 1º de junio de 1961.

"Por lo que respecta a la fecha de terminación —18 de enero de 1971— que señala el demandante para los diversos contratos de trabajo que acabo de mencionar, anoto que la Compañía Suramericana de Seguros apenas vino a enterarse de ello el pasado 16 de febrero cuando le fue notificada la primera demanda instaurada por Montoya Palacio, la cual, como se sabe, fracasó al prosperar la excepción de inepta demanda. Inexplicablemente el señor Montoya Palacio se guardó de comunicar a la Suramericana de Seguros, que él había dado por terminado unilateral e intempestivamente el contrato de trabajo el citado 18 de enero de 1971. De ahí las cartas que le envió a Montoya el 19 y 20 de enero y el 3 y 4 de febrero del año en curso, así como la adjudicación de una beca por valor de $ 1.500 a uno de sus hijos el 26 de enero de 1971 y la invitación que se le cursó el 1º de febrero del presente año para asistir a una reunión de agentes locales de la Compañía en el Holiday Motel en el Municipio de Caldas (Antioquia).

"De modo, pues, que al enterarse la Compañía con la notificación de la mencionada demanda del retiro intempestivo de Montoya desde el pasado 18 de enero, no le quedó otra alternativa ante ese hecho cumplido, que proceder a la liquidación de las prestaciones de Montoya, las cuales hubo de consignar por negarse éste a recibir, pero dando aplicación, como es lógico, a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

"*Al hecho cuarto.* No es cierto como está expuesto. En conversación de los directivos de la sucursal de Medellín con el señor Montoya el 7 de diciembre de 1970, se le puso de presente la urgencia de prestar un mejor servicio a los asegurados de la Oficina de Bello mediante un empleado que la atendiera todo el día ya que Montoya dedicaba la mayor parte del tiempo a su labor de agente vendedor que le reportaba mejores entradas. Montoya aceptó la reorganización de la oficina en la forma antes dicha para dedicarse exclusivamente a la venta de seguros y sólo exigió que el manejo de la oficina no se confiara a Gabriel Muñoz R. De común acuerdo con Montoya se convino que la entrega de la oficina se haría a mediados de enero de 1971, precedida, naturalmente, del respectivo inventario en la papelería que para el efecto tiene la Compañía, el cual comenzó a elaborarse el 11 de enero de 1971".

"*Al hecho quinto.* Es cierto que el acta de entrega de la oficina, que corrió a firmar Montoya una vez hubo presentado a la Compañía una carta en que solicitaba que lo indemnizara por un supuesto despido, configurado, a su entender, por la sustitución de su firma para mover las cuentas bancarias de la Compañía en Bello, lleva la fecha indicada de enero 18 de 1971".

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, compensación y prescripción.

La parte demandada formuló contrademanda sobre la base de que el señor Hernán Montoya Palacio terminó unilateralmente el contrato de trabajo, sin justa causa a la cual se opuso el contrademandado.

El Juzgado Laboral del Circuito de Bello, que fue el del conocimiento, desató la litis en prime-

ra instancia con fallo de veinte de octubre de mil novecientos setenta y uno, por medio del cual resolvió:

"1º Para el cumplimiento de las leyes sociales se declara la unidad de empresa entre las Compañías, Compañía Suramericana de Seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones.

"2º Condénase a las Compañías, Compañía Suramericana de Seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones, representadas legalmente por los doctores Jorge Molina Moreno y Guillermo Moreno Uribe, a pagar solidariamente, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, al señor Hernán Montoya Palacio, la suma de ciento veinte mil cincuenta y cuatro pesos con 55/100 ($ 120.054.55), equivalente a trescientos ochenta y cinco días de salario.

"3º Se absuelve al señor Hernán Montoya Palacio de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

"4º Se condena a las Compañías, Compañía Suramericana de Seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones, a pagar solidariamente las costas del juicio".

El apoderado de la Compañía Suramericana de Seguros apeló de esa decisión del Juzgado, y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* por medio de sentencia de 31 de mayo de 1972 decidió la alzada de la siguiente manera:

"*Primero.* Por improcedente y fuera de lugar, según las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia, *revócase el numeral 1º* de la parte resolutiva de la sentencia de 20 de octubre de 1971, dictada por el señor Juez Laboral del Circuito de Bello, en cuanto a la declaración que allí se hace de la *unidad de empresa entre las Compañías Suramericana de Seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones*".

"*Segundo. Confírmase el numeral 2º* de la parte resolutiva de la misma sentencia de primer grado expresada, pero con la *modificación* consistente en que el valor de la indemnización por rompimiento unilateral e injustificado del contrato de trabajo que la parte demandada, con la representación de las Compañías Suramericana de Seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones, debe pagar al señor Hernán Montoya Palacio, es por la cantidad de ciento veinte mil doscientos sesenta y tres pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 120.263.45) moneda legal.

"*Tercero. Confírmanse en todas sus partes los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva* del mismo fallo aludido de primera instancia, *con la adición referente a que también se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales de la segunda instancia.*

"*Cuarto. Declárase no probadas* las excepciones propuestas al contestar la demanda.

"*Quinto. Se dispone* sea entregada al señor Hernán Montoya Palacio la suma de nueve mil trescientos cuarenta y cinco pesos con noventa y ocho centavos moneda legal ($ 9.345.98 m. l.) que la Compañía demandada consignó condicionalmente en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Bello, conforme al comprobante de folio 85. Para este fin se librará el oficio correspondiente".

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro del tiempo indicado para ello la recurrente presentó la demanda de casación y oportunamente también la réplica la opositora, por lo que se procede a decidir.

La demanda.

Fija el recurrente el alcance de la impugnación así:

"Se concreta a obtener que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia acusada, en cuanto mediante ella se condena a la sociedad demandada 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.' a pagar al demandante indemnización por despido injusto y absuelve a éste del pago de indemnización por rompimiento del contrato; y que, constituida en tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado, y en su lugar absuelva a la demandada de los cargos que se le formulan en la demanda y despache favorablemente las pretensiones de la contrademanda. Subsidiariamente solicito se anule o case parcialmente la sentencia impugnada y se limite la condena por concepto de indemnización por despido a la que individualmente estaría obligada a pagar la sociedad demandada, sin incluir lo que pudieran adeudarle por el mismo concepto otras personas jurídicas que no fueron demandadas. En uno y

otro evento pido se absuelva a la sociedad demandada del pago de las costas''.

Invoca la causal primera y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

''*Primer cargo*. La sentencia acusada viola por interpretación errónea los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 del año 1965, adoptados como normas de carácter permanente por mandato de la Ley 48 de 1968.

''La primera de estas disposiciones contempla las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, tanto por parte del patrono como por parte del trabajador. No consagra esta norma ningún 'despido indirecto', sino hechos o motivos que el patrono o el trabajador pueden invocar para terminar con justa causa el contrato. Más aún: en cumplimiento de la obligación impuesta en su parágrafo único, 'la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación'. Y la causal o motivo no puede ser sino alguno de los previstos en la norma precitada. Todos son motivos directos de terminación del contrato. No hay 'despidos indirectos', por parte del patrono, ni 'terminaciones indirectas', por parte del trabajador.

''Y conforme al artículo 8, 2 del Decreto 2351 de 1965, la indemnización que esta norma consagra se causa: 1º Cuando el patrono termina unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa comprobada; y, 2º Cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo por alguna de las justas causas contempladas en la ley. En ambos casos hay terminación unilateral del contrato, pero con la diferencia de que en el primero, la determinación de ponerle fin al vínculo proviene del patrono y carece de justa causa, y en el segundo, la iniciativa parte del trabajador y tiene respaldo en alguna de las justas causas que señala la ley. En el primer evento se trata de un típico despido; en el segundo, de una decisión del trabajador para extinguir la relación contractual. Ninguna de las dos determinaciones es 'indirecta'.

''Se interpretan equivocadamente estas disposiciones al concluir que en nuestra legislación laboral colombiana existe el pretendido 'despido indirecto'. Se les está dando un alcance que no tienen, independientemente de toda cuestión fáctica. Y por esa interpretación equivocada, se quebrantó la norma condenando al pago de la indemnización por despido que en ella se consagra, no siendo procedente la condena. Esta deberá revocarse y absolver a la sociedad demandada''.

Sobre el tópico objeto del cargo el Tribunal hizo unas extensas consideraciones las cuales remata con la siguiente conclusión:

''En presencia de los hechos relatados y de las razones que se han dado para acompañarlos, no cabe duda, pues, de que en realidad la Compañía demandada puso o contribuyó por sí sola a poner los medios encaminados a producir el *retiro forzado* —que de ninguna manera espontáneo, libre y voluntario— del demandante señor Hernán Montoya Palacio, en las condiciones de un *despido indirecto*, como él mismo lo califica en su segunda carta ya mencionada. Vale decir que la Compañía demandada, con sus actuaciones generadoras de ese retiro forzado o despido indirecto de su exempleado señor Hernán Montoya Palacio, se colocó en el caso contemplado en la primera parte del numeral 7, literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, por todo lo ya explicado con exceso en el curso de esta providencia. En consecuencia, por tal razón se hizo acreedora a reconocerle y pagarle la *indemnización de perjuicios* señalada en los literales a) y d), numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, sin las limitaciones previstas en el numeral 6 del mismo artículo, por no haber acreditado su capital en la forma prescrita por el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, y teniendo en cuenta que el demandante presenta un tiempo comprobado de trabajo de 12 años, 4 meses y 8 días, comprendidos entre el 11 de septiembre de 1958 y el 18 de enero de 1971''.

En ese prolijo estudio que hizo el ad quem del que se ha tomado el aparte transcrito, analiza los acontecimientos acaecidos entre la Suramericana de Seguros y el señor Montoya Palacio, que precedieron a la cesación del vínculo contractual laboral y precisa que la aludida empresa con su proceder se ubicó dentro de la causal señalada en el numeral 7 letra B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, cuyo texto copia. De donde para llegar a esa conclusión examina todas aquellas circunstancias *de facto* que lo indujeron a esa decisión y que por tratarse de estudio fundamental de tal naturaleza no cabe precisamente el error en la interpretación de las normas indicadas por el recurrente.

Con todo, como la censura señala específicamente como *tal error*, el de que se tuvo como causa de *despido* uno intitulado 'indirecto' no contemplado dentro de las causales comprendidas en los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, cabe advertir que, si dentro de la parte motiva de su providencia el ad quem puntuali-

za que el demandante en presencia de los hechos reales observados se vio obligado o forzado a retirarse "...en las condiciones de un despido indirecto como él mismo lo califica en su segunda carta" no está indicando una nueva causal no comprendida dentro de las enumeradas en las disposiciones antecitadas sino que se está refiriendo a una manera de expresarse del demandante quien así entendió *su despido.*

Y si el sentenciador a continuación emplea esos mismos vocablos, ello no puede de ninguna manera considerarse como creación de una nueva causal, no determinada por el Código, ni como interpretación errónea de los preceptos invocados por el casacionista, por ese aspecto a que se refiere concretamente la censura, porque como está advertido, el fallador cita el artículo 7º ordinal 7º de la letra B) del mencionado Decreto 2351 de 1965, y transcribe el motivo dentro del cual él cree que se colocó la parte demandada para los efectos consiguientes.

Por ese ángulo de vista de la acusación pues, no aparece la interpretación errónea y en consecuencia el cargo no prospera.

"*Segundo cargo.* La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 6º literal h), 7º aparte B), 7 y parágrafo, 8º y 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptados como normas permanentes por la Ley 48 de 1968. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otra.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º En dar por demostrado, sin estarlo, que el trabajador demandante terminó unilateralmente el contrato de trabajo por culpa de la empresa o patrono.

"2º En dar por comprobado, sin estarlo, que el trabajador demandante manifestó a la sociedad demandada al momento de extinguirse el contrato, el motivo que tuvo para ponerle fin.

"3º En no dar por establecido, estándolo confesado, que el trabajador 'nunca avisó a Suramericana de Seguros su retiro de dicha Compañía'.

"4º En dar por establecido, sin estarlo, que el actor tiene derecho a la indemnización consagrada en el artículo 8º, 2 del Decreto 2351 de 1965.

"Las pruebas mal apreciadas son las siguientes: a) La carta de fecha 18 de enero de 1971 que el demandante Hernán Montoya Palacio dirigió al gerente de la Compañía Suramericana de Seguros en Medellín; b) La nota de fecha 19 de enero de 1971 que el señor Gerente de la Compañía demandada remitió al demandante en la población de Bello; y, c) La carta que al día siguiente, 20 de enero del mismo año, dirigió el demandante al señor Gerente de Suramericana de Seguros (Fls. 25, 26 y 27). La prueba dejada de apreciar es la confesión del demandante al responder la pregunta decimatercera del interrogatorio de parte que absolvió dentro del juicio (Fls. 193 y 201).

"El juzgador de segundo grado, en fallo tan extenso como plagado de simples conjeturas, concluye:

"Por consiguiente, la Compañía demandada no tenía por qué desconocer o ignorar la situación en que ella misma y por su propia voluntad quiso colocar al demandante, a consecuencia de actos y de órdenes que había puesto en ejecución casi inmediata y que venían a constituir una justa causa para que el *señor Hernán Montoya Palacio diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo,* con fundamento en el numeral 7, literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que dice: 'son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: B) Por parte del trabajador:... 7 La exigencia del patrono, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató'; y para que de inmediato y amparado en lo establecido por el artículo 8º del mismo Decreto solicitase a la demandada el pago de la correspondiente *indemnización de perjuicios* en su favor. (V. al respecto sus cartas ya mencionadas de enero 18 y 20 de 1971 para la gerencia de la Suramericana de Seguros, visibles a folios 26 y 27, complementadas con la solicitud verbal y telefónica que él presentó a la Compañía, para que le hiciese la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales, tal como acerca de ello dan cuenta las comunicaciones de febrero 4 de 1971, visibles a folios 35 y 36). (Subraya el recurrente). Estas dos pruebas documentales, también fueron apreciadas equivocadamente por el Tribunal, como se demostrará más adelante, y lo indujeron a incurrir en los errores evidentes de hecho que se dejan enunciados.

"Ninguno de los documentos —todos auténticos— que señaló como equivocadamente apreciados (Fls. 25, 26, 27, 35 y 36) contiene manifestación alguna del trabajador dando por terminado unilateralmente el contrato. Basta la simple lectura de tales documentos para evidenciar, contra la conclusión del juzgador, que no

es cierto que el demandante 'diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo'. En la carta de fecha 18 de enero de 1971, suscrita por el actor y recibida por la empresa 'con la expresa constancia de que el signatario no ha sido despedido', no dice el trabajador que pone fin unilateralmente al contrato, sino que se encuentra 'en el caso de un despido a todas luces injusto'. En la nota que el gerente de la Compañía le dirigió al día siguiente, 19 de enero de 1971, al trabajador demandante, se le dice enfáticamente que 'en ningún momento ha sido despedido'; que 'inicialmente adelantamos conversaciones con usted para mejorar el servicio de la Suramericana en Bello y a fin de que le sobrara más tiempo para su trabajo como agente profesional de la Compañía, con lo cual usted estuvo inicialmente de acuerdo'; que 'después usted hizo algunas observaciones sobre las cuales veníamos conversando cuando recibimos su carta'; que 'la Compañía no ha querido ni quiere alterar unilateralmente sus condiciones de trabajo, y si bien es cierto que el señor Leonardo Ruiz entró a hacerse cargo de las cuentas bancarias, ello se hizo bajo la convicción de que usted estaba de acuerdo'; y, finalmente, que 'la Suramericana está lista a continuar conversaciones con usted e inclusive a retirar de la Oficina de Bello al señor Ruiz si usted lo juzga conveniente'. Esta carta, producida al día siguiente en que el demandante cree o imagina que fue despedido, es la demostración más palmaria de que la sociedad demandada nunca despidió ni quiso despedir al trabajador, y también de que actuó con la más absoluta buena fe en cuanto a su respeto por las condiciones del contrato, hasta el extremo de que está lista a retirar de la Oficina de Bello al empleado que se dice desplazó a aquél ante las entidades bancarias. De este documento tampoco se desprende que el actor 'diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo'. Indudablemente, se apreció en forma equivocada.

"La carta de fecha 20 de enero de 1971, que el demandante dirigió al señor gerente de la Compañía en Medellín, también fue mal apreciada, porque de ella no se colige que aquel terminara unilateralmente el contrato, sino que expresa textualmente: 'es verdad que por *escrito* no se me ha despedido por parte de la Compañía', para luego aclarar que fue objeto de un despido 'indirecto'. Finalmente, las documentales de folios 35 y 36 evidencian simplemente el hecho de que la empresa manifestó su imposibilidad de liquidar las prestaciones sociales del trabajador, mientras éste no comunique por escrito 'su voluntad de dar por terminado el contrato de trabajo que en la actualidad se encuentra vigente con nuestra empresa'. Estos documentos fueron indebidamente apreciados, porque de ninguno de ellos se desprende que el trabajador 'diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo'.

"En cuanto a la prueba dejada de apreciar, ya se dijo que es la confesión del demandante al contestar la pregunta decimatercera del interrogatorio de parte que absolvió en el curso del debate (Fls. 193 y 201). Preguntado: '¿Es cierto, sí o no, que usted nunca avisó a Suramericana de Seguros su retiro de dicha Compañía?', confesó: *'es cierto. Y no tenía por qué hacerlo ya que la empresa me había despedido* y había recibido la oficina el 18 de enero como afirmó en la pregunta anterior y considero que después de estos hechos tan claros no había razón para hacerlo puesto que la empresa estaba enterada de mi inactividad al despedirme'. (Subrayo).

"Si esta prueba se hubiese apreciado por el juzgador de segunda instancia, y no hubiera apreciado equivocadamente las documentales que anteriormente se reseñaron, no habría concluido como cierto, siendo todo lo contrario, que el demandante 'diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo'. Tampoco habría dado por establecido, sin estarlo, que el trabajador demandante manifestó a la sociedad demandada al momento en que dice se extinguió el contrato, el motivo que tuvo para ponerle fin. La carta de 18 de enero de 1971 que dirigió el demandante, no es poniendo fin al contrato, ni señalando el motivo de su terminación. Es que, como bien lo anotó el distinguido apoderado principal de la Compañía en sus alegaciones de instancia, no se repara 'que una cosa es manifestar la creencia de que ha sido despedido y otra muy diferente la de avisar que se ha dado por terminado unilateralmente el contrato de trabajo' (Fl. 238).

"En resumen, creo haber dejado demostrados, con carácter de ostensibles o evidentes, los errores de hecho en que incurrió el juzgador. Y como éste se funda para proferir su condena por concepto de indemnización por terminación del contrato, en que el demandante dio 'terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo', no estando demostrado este hecho básico y sustentatorio del fallo, resulta improcedente la condena y debe revocarse. Se impone, pues, absolver a la demandada.

"Indirectamente, por aplicación indebida, a consecuencia de los errores evidentes de hecho

que se dejan demostrados, se infringieron los artículos 6º literal h, 7º aparte B) 7 y parágrafo, 8º y 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptados como normas permanentes por la Ley 48 de 1968, que en su orden regulan la terminación del contrato por decisión unilateral de las partes, una de las causales —no invocada por el actor— para la terminación del vínculo con motivo justo y la obligación de manifestar ese motivo, el derecho a la indemnización cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato —hecho que no se ha demostrado— 'por alguna de las justas causas contempladas en la ley', y, el fenómeno de la unidad de empresa que el fallador tuvo en cuenta para condenar. Si los errores de hecho que en la enunciación del cargo se anotaron, no se hubieran cometido, no se habría quebrantado ninguna de estas normas. Debe, pues, casarse la sentencia acusada, revocarse la condena por concepto de indemnización por terminación del contrato, y, absolverse a la demandada, con la correspondiente imposición de costas para el actor. Tal es el alcance concreto de este cargo".

Se estudia la proposición:

Del extenso estudio que hizo el Tribunal para llegar a la conclusión a que llegó y a la que en concreto se refiere este cargo, cita el casacionista el pasaje en donde el fallador de segundo grado dice:

"Por consiguiente, la Compañía demandada no tenía por qué desconocer o ignorar la situación en que ella misma y por su propia voluntad quiso colocar al demandante, a consecuencia de actos y órdenes que había puesto en ejecución casi inmediata y que venían a constituir una justa causa para que el señor Hernán Montoya Palacio diese terminación unilateral, aunque no intempestiva, a su contrato de trabajo, con fundamento en el numeral 7, literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que dice: 'son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: 'B) Por parte del trabajador... 7 La exigencia del patrono, sin razones válidas de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató'".

Observa la Corte que, el Tribunal en el decurso de la parte motiva de la sentencia, expresa en relación con el rompimiento del vínculo contractual entre la Suramericana de Seguros S. A., y el señor Hernán Montoya Palacio, conceptos contradictorios; empero como la conclusión a que llegó es en realidad la que acaba de transcribirse, el casacionista enfoca el ataque por el aspecto de la interpretación errónea de las pruebas que señala en el cargo, error determinante de esa decisión.

Ciertamente, en la carta del 18 de enero de 1971, el señor Montoya Palacio en parte alguna dice que él da por terminado el contrato de trabajo, lo que él expresa es bien distinto así:

"Como a partir de la fecha, y en forma por demás inexplicable, dada la eficacia de mis servicios por un lapso mayor de doce años he sido relevado de mis funciones de director de la Oficina de Bello, hasta el extremo de desplazarme como tal de las entidades bancarias de esa ciudad, debo entender de conformidad con el artículo 8 del numeral 2º del Decreto 2351 de 1965 en armonía con el Decreto 1373 de 1966, que me encuentro en el caso de un despido a todas luces injusto y que por lo tanto me asiste el derecho a que se me pague la indemnización de perjuicios, en la proporción allí establecida, e igualmente las prestaciones sociales a que tengo derecho hasta la fecha".

Luego viene la carta del 19 de enero, subsiguiente en donde el gerente de la empresa (F. 26) dice al señor Montoya que éste en ningún momento ha sido despedido de la Compañía, y le explica que ésta "...no ha querido ni quiere alterar unilateralmente sus condiciones de trabajo, y si bien es cierto que el señor Leonardo Ruiz entró a hacerse cargo de las cuentas bancarias, ello se hizo bajo el convencimiento de que usted estaba de acuerdo, y 3. La Suramericana está lista a continuar conversaciones con usted e inclusive a retirar de la Oficina de Bello al señor Ruiz si usted lo juzga conveniente".

A lo cual respondió el señor Montoya en la carta del 20 de enero (F. 27):

"... 1º Es verdad que por escrito no se me ha despedido por parte de la Compañía, pero no es menos cierto que al ordenárseme la entrega de la oficina y retirarme la autorización para mover las cuentas bancarias como lo venía haciendo desde hace varios años, sin que se hubiesen terminado las conversaciones que veníamos adelantando, implica un despido calificado de indirecto, ya que las condiciones en que se me sitúa entrañan un rompimiento del contrato por parte de la empresa, por lo que me asiste el derecho a ser indemnizado en la proporción establecida por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"2º Usted mismo en el punto segundo de su nota está reconociendo implícitamente la ligereza con que procedió la Compañía respecto a mi caso, ya que encargaron de la Oficina y de

las cuentas bancarias al señor Leonardo Ruiz Q. 'bajo la convicción de que estaba de acuerdo' ".

Más adelante dentro de la misma misiva habla el remitente de la oferta de indemnización que le hicieron primeramente de nueve mil pesos, suma que elevaron luego a $ 36.000 en las conversaciones y analiza:

"... Lo que implica un reconocimiento por parte de la Compañía de que se me ha (sic) causado perjuicios con respecto al contrato que teníamos celebrado, tanto por la categoría y demás condiciones en que venía laborando, cuanto por la notoria desmejora de salario que implica el cambio de actividades".

Por último en la prueba que echa de menos el censor, como dejada de apreciar por el ad quem, o sea la respuesta a la pregunta decimatercera de las posiciones, dice el absolvente que no tenía por qué avisar a la Compañía por cuanto él estaba ya despedido de su cargo.

De todas estas pruebas se deduce exactamente que, el demandante se consideró despedido por la empresa porque ésta designó para reemplazarlo en la Oficina de Bello al señor Leonardo Ruiz y la Compañía le canceló el giro bancario, de forma que es evidente el error en que incurrió el ad quem al considerar que el trabajador terminó unilateralmente el contrato de trabajo, cuando él mismo sostiene que la empresa fue la que rompió esa relación contractual.

Y erró también al considerar que el señor Montoya avisó a la empresa demandada esta terminación, por su parte, de ese vínculo laboral cuando desde la demanda y de las misivas aludidas se desprende que él se dio por despedido mediante el reemplazo por otro por parte de la empresa, a quien él señala como responsable de la violación del contrato, es decir que, son evidentes los errores señalados por la censura en los ordinales primero, segundo y tercero del cargo.

Sin embargo, estas manifiestas equivocaciones del juzgador no pueden incidir en el resultado de la sentencia referente a indemnización a que alude el casacionista, por los motivos que se verán en el cargo subsiguiente, que tiene vinculaciones con éste, que desde luego no pueden prosperar.

"*Tercer cargo.* La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 6º literal h, 7º aparte B), 7 y parágrafo, 8º, 1. 2. 7 y artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptados como normas permanentes por la Ley 48 de 1968. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º En dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada dio lugar a que el demandante terminara el contrato.

"2º En dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que al trabajador asistía justa causa para tener la 'impresión' de que había sido despedido indirectamente.

"3º En no dar por establecido, estándolo plenamente, que el demandante, a partir del 18 de enero de 1971, por inactividad confesada incumplió el contrato y dio base a su terminación.

"4º En dar por comprobado, sin estarlo, que la demandada exigió, sin razones válidas, la prestación de un servicio distinto desmejorándolo en sus condiciones de trabajo.

"5º En no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada nunca despidió o terminó unilateralmente el contrato que la vinculaba con el actor.

"6º En no dar por establecido, estándolo plenamente, que el demandante aceptó, al menos tácitamente, la supresión de unas funciones en que funda el 'despido indirecto'.

"Las pruebas equivocadamente apreciadas son las siguientes: a) La carta de fecha 18 de enero de 1971 que el demandante dirigió al gerente de la empresa (Fl. 25); b) La de fecha 19 de enero de 1971 que a su vez suscribió el gerente contestándole aquélla (Fl. 26); c) La nueva carta que el 20 de enero dirigió el trabajador al señor gerente (Fl. 27); d) Las documentales de folios 28 a 36 que le fueron dirigidas o se relacionan con el actor; e) Los contratos escritos de trabajo y anexos o adiciones de los mismos que obran a folios 38 a 66 en fotocopias debidamente autenticadas (Fl. 110); f) La diligencia de posesión visible a folio 152; g) El inventario para entrega de oficina que corre a folio 153 y que tiene fecha 11 de enero de 1971, como también el acta de entrega de folio 155; h) Las documentales de folios 158 y 159, aportadas por el demandante y referentes al cambio de firma de éste en los bancos de Bello con que operaba la Compañía; i) La diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, (Fls. 189 a 191); j) La nota de folio 91 que el Jefe del Departamento Jurídico de la sociedad dirige al Departamento de Agentes; y, k) El interrogatorio de parte absuelto por el demandante en el curso del debate, en sus respuestas segunda, tercera, cuarta, séptima, octava, novena, décima y vigésima (Fls. 192 a 208).

"Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes: I) Las confesiones del demandante contenidas en su escrito de demanda; y, II) La confesión del mismo demandante al contestar la pregunta decimatercera del interrogatorio de parte que se le formuló (Fl. 201).

"El juzgador de segundo grado apreció equivocadamente las pruebas que se reputan como mal estimadas, porque de ninguna de ellas se colige que la sociedad demandada despidiera o terminara unilateralmente el contrato de trabajo que la vinculaba con el actor. La carta de folio 25, suscrita por el demandante, solamente demuestra que éste podría tener la creencia muy personal y subjetiva de haber sido despedido 'indirectamente', o la 'impresión' de un despido 'indirecto' como lo conjetura alegremente el Tribunal (Fl. 296), pero no demuestra que la empresa pusiera fin al contrato. La carta de folio 26 es la prueba más contundente y de la mayor buena fe sobre la actitud de la sociedad en el sentido de que nunca rompió ni quiso terminar el contrato. Y la de folio 27, también suscrita por el actor, ratifica este hecho, pues se confiesa que no ha existido despido por escrito, y no se ha demostrado que fuera verbal. Por el contrario, hay otras probanzas, tales las de folios 28 a 36 que establecen que la empresa no terminó unilateralmente el contrato y que después del 18 de enero de 1971, fecha en que el trabajador dice fue despedido, siguió siendo tratado como empleado de la Compañía. Es importante observar que según la demanda —confesión no apreciada por el juzgador— se sostiene 'que la empresa demandada violó el contrato de trabajo que tenía celebrado con mi poderdante, señor Hernán Montoya Palacio, por despido injusto' (Fl. 3), pero no demostró el hecho del despido, correspondiéndole el 'onus probandi' del mismo al trabajador.

"Por indebida apreciación de las pruebas que se reputan mal apreciadas, pero especialmente por falta de estimación de la confesión del demandante al responder la pregunta decimatercera del interrogatorio de parte, no se concluyó, estando plenamente demostrado el hecho, que el trabajador confiesa que a partir del 18 de enero de 1971 entró en completa inactividad, incumpliendo así el contrato y dando lugar a su terminación, por lo cual debe condenársele al pago de la indemnización prevista en el numeral 7 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"Apreció equivocadamente el Tribunal los contratos de trabajo y anexos de los mismos que obran a folios 38 a 66, en fotocopias debidamente autenticadas (los originales fueron desglosados Fl. 110), porque de éstos no se desprende que entre las funciones que tenía el trabajador cuando ingresó al servicio de la sociedad demandada estuvieran las de endosar y girar cheques de la Compañía, ni que esas fueran sus funciones esenciales como agente local de seguros. Si esas funciones no eran esenciales, si no las tuvo desde cuando suscribió los contratos, la empresa en nada lo desmejoraba suprimiéndolas a otro empleado. Las documentales de folios 158 y 159, que también fueron indebidamente apreciadas, comprueban que sólo a partir del 18 de mayo de 1964 fue autorizado el demandante para endosar cheques en la cuenta de la Compañía en el Banco de Colombia de Bello, y sólo el 14 de mayo de 1963 para girar en esa cuenta. En cuanto al Banco de Bogotá de dicha población, solamente desde el 13 de mayo de 1963 fue autorizado para endosar y girar cheques en la cuenta corriente de la Compañía. El demandante ingresó como empleado el 11 de septiembre de 1958, luego duró varios años sin que tuviera esa función. No era ni es esencial para su condición de agente. Al suprimírsele aquella función, no se lo desmejoró. Y esto es tan cierto, que según lo comprueba la diligencia de inspección ocular, aún con posterioridad al 18 de enero de 1971 se continuaron pagando sus comisiones, incluyendo las correspondientes a recaudos. Esta prueba de inspección fue mal apreciada, porque se desconoce por el juzgador el hecho evidente que ella demuestra: que el trabajador no sufrió menoscabo alguno en sus condiciones de trabajo durante los últimos meses que prestó servicios. Por lo demás, la diligencia de posesión de folio 152 corrobora que el demandante siempre desempeñó el cargo de agente en la población de Bello, y esa calidad nunca se le desconoció por la empresa, como tampoco sus condiciones de trabajo.

"Pero es más: si se hubieran apreciado correctamente por el Tribunal las respuestas dadas por el demandante al contestar el interrogatorio de parte que se le formuló (Fls. 192 a 208), el inventario de folio 153 y el acta de entrega final de oficina, como también los certificados expedidos por los Bancos de Colombia y Bogotá de Bello (Fls. 158 y 159), habría concluido que desde el 7 de diciembre de 1970 sabía el trabajador que iba a ser relevado de algunas funciones; que el 11 de enero de 1971 firmó sin ninguna reserva el inventario de entrega de la oficina; y que su firma para manejar la cuenta, por lo menos en el Banco de Bogotá, fue reemplazada también desde el 11 de enero de este último año, sin que formulara reparo alguno. Significa esto que acep-

tó, al menos en forma tácita, el cambio de algunas funciones que le había sugerido la empresa y que él confiesa tenía que suceder y era necesario. Después que nada objeta cuando le hablan del cambio, después que su firma es reemplazada el 11 de enero de 1971, después que en esta misma fecha suscribe el inventario de entrega de la oficina, solamente el 18 de enero viene a tener la creencia (o la 'impresión' como dice el Tribunal), de que fue despedido en forma 'indirecta'. Nada más contrario a la verdad. Se notan en el demandante trazas de procurarse una cuantiosa suma por concepto de indemnización a la cual no tiene derecho. Es equivocada la apreciación que el juzgador hace de la prueba, porque se reduce a posibles conjeturas contrarias a las mismas probanzas y al lógico acaecer de los hechos. A esto se agrega que en cuanto a las respuestas que da el actor al contestar el interrogatorio de parte, las erige en propia defensa del interrogado, olvidando por completo el concepto elemental de lo que es la confesión en el derecho probatorio.

"Tenemos, finalmente, que si las funciones de endosar y girar cheques no se pactaron cuando se suscribieron los contratos; que si no eran funciones esenciales y podían suprimirse; que si el trabajador sabía del cambio que debía operarse en la Oficina de Bello; que si fue reemplazada su firma en el Banco desde el 11 de enero de 1971, sin ningún reparo de su parte; que si en la misma fecha efectuó sin reserva alguna el inventario de la oficina; no puede darse por demostrado —porque no lo está— que la demandada diera ocasión a la terminación del contrato, ni que exigiera la prestación de un servicio distinto al trabajador.

"En resumen, creo haber dejados demostrados (sic) los errores evidentes de hecho en que incurrió el juzgador. A consecuencia de estos errores, evidentes de hecho en que incurrió el juzgador. violó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 6º literal h), 7º aparte B), y parágrafo, (sic), 8º, 1. 2. 7 y 15 del Decreto 2351 de 1965, que en su orden regulan la terminación del contrato por decisión unilateral de las partes, una de las causales justas que tiene el trabajador para dar por terminado el contrato y la obligación de invocar esa causa en el momento de la extinción del vínculo, la condición resolutoria que va envuelta en todo contrato laboral y el derecho a la indemnización cuando el patrono da lugar a su terminación y cuando es el trabajador el que le pone fin, y, finalmente, el fenómeno de la unidad de empresa que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar.

"Como alcance de este cargo, con todo acatamiento solicito se case la sentencia acusada, se revoque la condena en contra de la demandada por terminación del contrato, y se condene al demandante al pago de la indemnización prevista en el numeral 7 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Se estudia el cargo.

En cuanto al primer ordinal de este cargo, ya se vio en el anterior la razón del casacionista al plantear en otros términos un problema idéntico, con el resultado de que evidentemente la empresa no dio lugar a que el demandante terminara unilateralmente el contrato de trabajo, o lo que es lo mismo a que éste lo concluyera unilateralmente por culpa de la empresa, como se dice en el ordinal primero del cargo anterior, sino que actor del juicio se consideró despedido al haber sido reemplazado por otra persona designada por la empresa para ese preciso desempeño.

Ahora bien, dice el casacionista que el ad quem cometió error al considerar que al trabajador le asistió justa causa para tener la impresión de que había sido despedido indirectamente.

Si tal concepto se refiere a que el trabajador por aquellas gestiones de la empresa ya anotadas, se vio con justa causa para terminar el contrato unilateralmente, sí hay error por parte del Tribunal, empero como está advertido ya, el trabajador habla de despido indirecto por cuanto no fue notificado por escrito de la terminación del contrato por parte de la empresa como en su carta del 19 de enero lo dice, sino que se dio por despedido mediante su desalojamiento del cargo que venía desempeñando, por el señor Leonardo Ruiz a quien la empresa nombró para ello, de forma que no solamente tuvo la impresión de que había sido despedido sino la seguridad de ello.

Por otra parte, dice el recurrente que, el Tribunal no dio por establecido estándolo que el señor Montoya a partir del 18 de enero de 1971 incumplió el contrato por inactividad confesada, en lo que no tiene razón la censura puesto que, como se repite, en vista de las pruebas antecitadas y vinculadas por la censura a este cargo, se desprende que, como en verdad el señor Montoya fue reemplazado por el señor Ruiz en la Oficina de Bello, Montoya no podía tornar a ella por la obvia razón de que la empresa allí había ubicado al mencionado señor Ruiz en reemplazo de Montoya, y como éste no aceptó continuar en calidad de agente, no tenía por qué darse por terminado el contrato por inactividad; en con-

secuencia no aparece el error evidente indicado por el censor.

La censura a continuación indica que el Tribunal, dio por probado sin estarlo que la demandada exigió sin razones válidas la prestación de un servicio distinto desmejorándolo en sus condiciones de trabajo, refiriéndose al señor Montoya.

Y ya se vio cómo, no está demostrado que la empresa diera motivo para que el trabajador terminara unilateralmente por justa causa el contrato de trabajo, y como el Tribunal consideró que la empresa exigió al trabajador un servicio distinto desmejorándolo, incurrió por ese concepto en error, por la razón de que, como se repite, el trabajador a todo lo largo del proceso sostuvo que la empresa incumplió el contrato ya que él fue reemplazado por el señor Ruiz, y por este motivo se consideró ciertamente despedido.

En lo atinente a los errores que el impugnante comprende dentro de los ordinales 5º y 6º del cargo que se estudia, es decir en no dar por demostrado que la sociedad nunca despidió al señor Montoya y a que no se dio por establecido estándolo que el señor Montoya aceptó a lo menos tácitamente la supresión de sus funciones, cabe advertir que, de lo probado en el juicio, es decir, tanto de las pruebas específicamente señaladas por el recurrente como por todas las que aparecen en el proceso para esos fines, el Tribunal concluyó que: la Suramericana de Seguros procedió a reorganizar la Oficina de Bello, en donde actuaba como director según contrato escrito el señor Hernán Montoya Palacio, con giro bancario además. Que la empresa en conversaciones anteriores al 18 de enero de 1971 sugirió al señor Montoya que era importante esa reorganización de tal oficina con la ubicación allí de un director permanente, mientras que al señor Montoya le convenía más para futuros resultados económicos continuar vinculado a la empresa como agente vendedor, pero que antes de terminar esas conversaciones fue reemplazado por el señor Leonardo Ruiz, a quien Montoya entregó la oficina según inventario y diligencia de entrega, y además que a Montoya le fue cancelado el giro bancario, que antes tenía como director de esa oficina.

En uno de los pasos de su sentencia dice el Tribunal hablando de la cesación del vínculo laboral:

"... desvinculación que se produjo el 18 de enero de 1971, como ambas partes coinciden en ello, especialmente de acuerdo con sus afirmaciones contenidas al respecto en la demanda principal y en la de reconvención, para no citar otros documentos emanados de la parte demandada y en los cuales se corrobora tal afirmación, entre ellos la copia del acta de entrega de la Oficina de Bello por el demandante al señor Leonardo Ruiz Q., este último en representación de la Compañía Suramericana de Seguros (Fl. 55); la comunicación del presidente de la Compañía Suramericana de Seguros para el señor Juez del conocimiento, informándole que el señor Hernán Montoya P. trabajó al servicio de esa Compañía desde el 11 de septiembre de 1958 hasta el 18 de enero de 1971 (Fl. 178) etc.".

Más adelante analizando la carta de Montoya del 18 de enero de 1971 enviada por Montoya a la Suramericana de Seguros y la respuesta dada por esta Compañía continúa el ad quem:

"La carta anterior le fue contestada al señor Montoya Palacio por el doctor Alberto Gaviria G. al día siguiente, 19 de enero de 1971, manifestándole que en ningún momento la Compañía lo ha despedido, por las razones que allí mismo le explica, y no ha querido ni quiere alterar unilateralmente sus condiciones de trabajo, y que si bien es cierto que el señor Leonardo Ruiz entró a hacerse cargo de las cuentas bancarias, ello se hizo bajo la convicción de que el demandante estaba de acuerdo, pero que la Suramericana está lista a continuar conversaciones con él e inclusive a retirar de la Oficina de Bello al señor Ruiz, si el demandante lo juzga conveniente.

"La anterior carta de respuesta del gerente doctor Alberto Gaviria G., para el demandante, por sus términos suaves y conciliatorios, de acuerdo con el lenguaje en ella empleado, da a entender que en la actitud anterior de la *Compañía demandada* hubo cierta precipitación imprudente respecto de su empleado señor Montoya Palacio, a quien casi trata de pedirle excusas y de convencerlo para que de todos modos y por todos los medios posibles continuase a su servicio, sin escatimar de su parte ningún esfuerzo para lograr tal objetivo. Es el reconocimiento implícito pero real de *actuaciones desafortunadas, aunque ya irremediables,* de un patrono para con su trabajador a quien reconocía sus excelentes calidades como tal; por lo que no se justificaba dar apresuradamente un paso perjudicial para él, sin tratar de llegar primero a un acuerdo con el mismo, en condiciones tales que pudiese considerarse como una modificación de su contrato de trabajo, efectuada en debida forma, de la misma manera que se había hecho en otras oportunidades anteriores". (Se subraya).

Tales conclusiones del fallador de segundo grado obedecen a que, dadas las calidades demostrativas de las probaciones relacionadas con

la evidencia del servicio del demandante a la Suramericana de Seguros S. A., en condición de director de la Oficina de Bello, su desalojamiento por parte de la empresa por el señor Leonardo Ruiz, la entrega a éste por inventario, la cancelación del giro bancario y la sugerencia de la empresa para que el señor Montoya continuase como vendedor, y de los pormenores que rodearon esa determinación por parte de la Compañía demandada, no cabe duda de que el señor Montoya *fue despedido en forma material* y objetiva mediante su cambio por otra persona nombrada por la empresa.

Las conversaciones de que dan razón las partes demandante y demandada, tuvieron ocurrencia antes de la fecha del reemplazo del señor Montoya, es decir antes del 18 de enero de 1971, y de ellas se concluye fácilmente que tales conversaciones de la empresa con el señor Montoya director de la oficina de Bello, tendían a modificar el contrato de trabajo existente entre éste y la empresa demandada, *lo cual no se llevó a efecto*, tanto que después del reemplazo del señor Montoya, como se ve de la prueba analizada por el Tribunal, el gerente de la Suramericana ofreció a Montoya continuar en conversaciones.

No está pues demostrada la aquiescencia de Montoya para esa modificación del contrato y en cambio sí está demostrado que el demandante fue reemplazado en su puesto de director de Bello por el señor Leonardo Ruiz.

Así que, si el señor Montoya se dio por despedido según lo manifestó en su carta, ello no contradice lo expuesto en la respuesta a la pregunta decimatercera de las posiciones, que indica el censor como no apreciada, por cuanto allí dice el absolvente que no tenía por qué avisar a la Compañía de su retiro, porque ya había sido despedido por la empresa.

De las pruebas pues, que el censor considera equivocadamente apreciadas sí se concluye que el señor Montoya fue despedido por la Suramericana de Seguros, mediante su sustitución por otro director, lo cual encuentra *también acreditado el Tribunal*, empero, éste al fallar no obstante *haber encontrado esta demostración* según se lee en su providencia, estimó también en forma contradictoria, que ese reemplazo y tales acontecimientos que precedieron al mismo, constituyó por parte de la empresa motivo para que el trabajador diera por terminado el contrato de trabajo. Empero estando dentro del fallo los dos conceptos emitidos por el juzgador, por uno o por otro suceso cabe la indemnización a que se refiere la parte resolutiva del mismo, sólo que no es precisamente como queda advertido por terminación unilateral del contrato por parte del demandante sino por incumplimiento del contrato por parte de la empresa quien incurrió en él mediante el cambio del señor Montoya por otro, sin su expreso y demostrado consentimiento, y sin que se hubiese demostrado tampoco que el demandante hubiese accedido a continuar trabajando con la empresa demandada en condiciones inferiores a las que antes venía desempeñando.

El cargo en consecuencia no puede prosperar.

"*Cuarto cargo*. La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 50 del Código Procesal Laboral, y consecuencialmente también los artículos 8º y 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptados como normas permanentes por la Ley 48 de 1968, que también se aplicaron indebidamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de la confesión contenida en la demanda y en su contestación, como también de las documentales de folios 178 a 182, y la Resolución de folios 252 y 253 ordenada como prueba oficiosa en la segunda instancia. Además, por falta de apreciación de las liquidaciones de prestaciones sociales visibles a folios 73, 78 y 84.

"Los errores de hecho consisten:

"1º En dar por demostrado, sin estarlo, que se discutió en el juicio el hecho de una unidad de empresa entre la sociedad demandada 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.' y las sociedades 'Suramericana de Seguros de Vida', 'Suramericana de Capitalización' y 'Administradora Suramericana de Inversiones'.

"2º En no dar por demostrado, estándolo plenamente, que la única persona jurídica demandada es la 'Suramericana de Seguros S. A.'.

"3º En no dar por establecido, estando demostrado lo contrario, que el último salario promedio mensual que pagó al demandante la única sociedad demandada fue de $ 2.115.58 que también fue el que tuvo en cuenta para liquidarle sus prestaciones.

"Sabido es que conforme al artículo 50 del Código Procesal Laboral, el juez de primera instancia puede ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y hayan sido debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son infe-

riores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y, siempre que no hayan sido pagadas.

"Esta facultad preciosísima que la ley procesal laboral otorga al juez de primera instancia, exige que los hechos que generan los salarios, prestaciones o indemnizaciones por las cuales se puede condenar extra o ultra petita, hayan sido discutidos en el juicio. Y según sabia jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, no existe discusión cuando esos hechos no se han afirmado en la demanda. No se puede considerar discusión para estos efectos, la que no se haga a través de la demanda porque se violenta el principio de la lealtad procesal y de la igualdad de las partes ante el proceso.

"Pues bien, el Tribunal apreció equivocadamente las confesiones de la demanda y de su contestación, porque en aquélla apenas se afirma como demandada la sociedad 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.' y en ésta se relieva el hecho de que el demandante prestó servicios a sociedades diferentes, con contratos distintos y en períodos desiguales. Si hubiera apreciado correctamente tales pruebas, habría llegado a la inexorable conclusión de que solamente una persona jurídica era la demandada. Y sólo ésta podía ser condenada en el proceso, en el hipotético evento de que se acogiera el pretendido 'despido indirecto'. Y no podría ser condenada sino con base en el último salario promedio que devengó o sea el de $ 2.115.58 y no con la suma de los salarios recibidos de las cuatro Compañías.

"Apreció el Tribunal también equivocadamente las documentales de folios 178 a 182 y la Resolución de folios 252 y 253, porque estas probanzas, aunque pudieran demostrar la unidad de empresa entre las compañías mencionadas, no convalidan que haya habido discusión acerca de este hecho, porque no se planteó en la demanda.

"Finalmente, por haberse dejado de apreciar las liquidaciones que obran a folios 73, 78 y 84, no se tuvo en cuenta que cada Compañía liquidó al demandante sus prestaciones por separado con el salario que cada una le pagó, aunque la liquidación aparezca en un solo o varios documentos.

"Por haber incurrido en los errores de hecho que se dejan demostrados, el juzgador quebrantó indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 50 del Código Procesal Laboral, que no permite el fallo extra o ultra petita sino cuando los hechos que originan esta clase de condenas han sido discutidos o la suma que corresponde al trabajador debe ser superior a la demandada. Como consecuencia de la violación de dicha norma, se quebrantaron también los artículos 8º y 15 del Decreto 2351 de 1965, que consagran o regulan, en su orden, el derecho a la indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, y el hecho de la unidad de empresa, que en este juicio no fue objeto de discusión porque no se planteó en la demanda.

"Como consecuencia de la prosperidad de este cargo, deberá casarse parcialmente la sentencia acusada, y en sede de instancia revocar o modificar el fallo de primer grado para limitar la condena exclusivamente a lo que le adeudaría por indemnización la única sociedad demandada que, se repite, no puede liquidarse sino con un salario promedio de $ 2.115.58 que fue el devengado durante el último año. (Fls. 181 y 182)".

Se estudia el cargo:

En el caso sub judice como lo anota el recurrente, fue demandada la Compañía Suramericana de Seguros S. A., empero en la demanda el actor del juicio expresa que trabajó con esta Compañía y sus *filiales* lo que dio seguramente motivo para que fuese la misma parte demandada la que, en la contestación de la demanda hiciera como lo hizo una enumeración precisa de esas filiales, relacionó los diferentes contratos de trabajo celebrados por el señor Montoya con esas Compañías, y acompañó tales contratos.

Además, presentó las liquidaciones de prestaciones de esas empresas a Montoya, la definitiva en un solo formato; los promedios devengados por el actor del juicio en cada una de tales filiales, y en la misma demandada, de donde, aun cuando es evidente que la unidad de empresa no fue tópico de la demanda, sí hubo referencia a las filiales y especificación de éstas por la demandada lo que motivó la investigación de oficio por el a quo y el estudio ad quem sobre este tema, en lo que no hay error evidente de facto.

Es cierto que la empresa demandada fue la Suramericana de Seguros S. A. y si el sentenciador de segundo grado no tuvo en cuenta exclusivamente para la condena el promedio devengado por el demandante en esta Compañía de $ 2.115.58, según dice el censor, sino que tomó los promedios de todas las empresas que fueron facilitados por la parte demandada y condenó *solidariamente* a la Suramericana de Seguros S. A. y a las otras compañías filiales a las que se refirió el Tribunal, y si bien la unidad de empresa no implica necesariamente la *solidaridad*, como parece que lo deduce el ad quem, este pre-

ciso aspecto jurídico no fue comprendido en la censura, por lo que el cargo no prospera.

"*Quinto cargo.* La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 26 de la Constitución Nacional, y consecuencialmente, también por aplicación indebida, los artículos 15 y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptados como normas permanentes por la Ley 48 de 1968. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por equivocada apreciación de la demanda (confesión en ella contenida) y de las documentales que obran a folios 178 a 182 y 252 a 253 del expediente.

"El error evidente de hecho consiste en no dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que solamente una persona jurídica, la 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.' fue la demandada en el juicio, y que no lo fueron la 'Suramericana de Seguros de Vida', la 'Suramericana de Capitalización' y la 'Administradora Suramericana de Inversiones'.

"Apreció el juzgador equivocadamente la demanda al no evidenciar que solamente se demandó a la 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.', solamente al representante legal de ésta se le notificó el auto admisorio del libelo y solamente con ella se trabó regularmente la relación jurídico procesal. Las otras compañías no fueron demandadas. Y aquélla no tiene por qué sobrellevar las cargas de éstas que, por lo demás, deben tener la mínima garantía constitucional de ser oídas y vencidas en un proceso en debida forma. También fueron indebidamente apreciadas las documentales de folios 178 a 182 y la resolución sobre unidad parcial de empresa que figura a folios 252 y 253, decretada como prueba de oficio por el Tribunal, porque la posible unidad de explotación económica que entre las compañías pueda existir, no convalida su ausencia dentro del proceso.

"Conforme al artículo 26 de la Constitución Nacional, ninguna persona natural o jurídica puede ser juzgada ni condenada sino conforme a las reglas propias de cada juicio. Al condenarse a la 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.' a pagar lo que puedan adeudar otras sociedades que no han sido llamadas al proceso, se le impone a aquélla una obligación que no tiene por qué soportar y se violenta en relación con éstas el precepto o garantía constitucional, máxime cuando ni siquiera en la demanda se planteó el hecho de la unidad de empresa. Como consecuencia de la violación de esa garantía, se quebrantaron también indirectamente los artículos 15 y 8 del Decreto 2351 de 1965 que regulan la unidad de empresa y el derecho a la indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo.

"Como alcance del presente cargo, respetuosamente solicito se case parcialmente la sentencia impugnada y en sede de instancia, se revoque o modifique el fallo de primer grado, y en su lugar, se limite la condena exclusivamente a lo que pueda adeudar por concepto de indemnización por despido la única sociedad demandada, liquidando esa indemnización con el último salario promedio devengado por el actor ($ 2.115.58), sin sumarle lo que pudieron pagarle otras compañías no demandadas, que también fueron sus patronos".

Se estudia el cargo:

En este cargo como en el anterior dirige el ataque la censura por cuanto fueron condenadas las cuatro compañías: Suramericana de seguros, Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones, habiendo sido demandada solamente la primera.

Y evidentemente como está advertido antes, fue demandada solamente la Suramericana de Seguros, con referencia en la demanda a que el actor del juicio había trabajado en las filiales de ésta. Y es cierto que se tocó el tema de la unidad de empresa por el Tribunal, por haber resuelto sobre él el a quo y dado motivo la demandada con la identificación y singularización de los contratos que presentó por su cuenta, así como las otras documentaciones atinentes a esas relaciones contractuales entre el señor Montoya y las cuatro compañías. Y es también verdad que, aun cuando esa unidad de empresa entre la principal Suramericana de Seguros y las tres filiales precitadas sea una realidad demostrada en juicio, de esa unidad de empresa no puede desprenderse el concepto de responsabilidad solidaria para los efectos perseguidos en este juicio, porque esa solidaridad no aparece que haya sido pactada, en lo cual se equivocó indudablemente el Tribunal, empero, como también ya se dijo en el cargo anterior, similar al de que aquí se trata, no fue este tema expuesto por el casacionista como fundamento de su demanda de casación y por lo tanto es un aspecto de la sentencia impugnada que no ha sido tocado en la acusación por lo que escapa al examen de la Corte en el recurso extraordinario.

Por otra parte, desde luego el censor dice que el juzgador no ha debido tener en cuenta sino a la entidad demandada y no a las demás empresas que figuran en la condena, en pero en este preciso particular, la parte demandada en juicio y actora en casación no tiene facultad ni persone-

ría para actuar a nombre de tales compañías condenadas solidariamente con la que le hizo frente al juicio.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

"*Sexto cargo.* Formulo este último cargo con base en la causal segunda consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y por ser violatoria la sentencia acusada violatoria la prohibición de la 'reformatio in pejus' consagrada en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

"La única apelante de la sentencia de primera instancia fue la 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.', parte demandada en el juicio. Y la sentencia del Tribunal contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de la única parte apelante. En efecto, conforme al fallo de primer grado se condenó a las compañías 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.', 'Suramericana de Seguros de Vida', 'Suramericana de Capitalización' y 'Administradora Suramericana de Inversiones', que son cuatro personas jurídicas diferentes, a pagar solidariamente al demandante la suma de ciento veinte mil cincuenta y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 120.054.55) por concepto de indemnización por terminación sin justa causa del contrato. Por el fallo de segundo grado, se le achaca a la única persona jurídica demandada una representación que no se ha discutido que tenga, y que hace más gravosa su situación, además de que se aumenta la condena. Conforme al segundo fallo, o sea el del ad quem, a la única persona jurídica o parte demandada (Compañía Suramericana de Seguros S. A.), se la condena a pagar lo que según el fallo del juez a quo deben pagar cuatro conjunta y solidariamente. La decisión del Tribunal hace más gravosa la situación de la única parte apelante. Deberá, por tanto, revocarse y solamente condenar a lo que ésta pudiera adeudar".

Se estudia el cargo.

En este cargo cabe toda la razón a la censura, es evidente que la única parte apelante lo fue la demandada, toda vez que el actor del juicio se conformó con la decisión del a quo, y como la condena por éste en punto a indemnización por despido fue en primer grado de $ 120.054.55 mientras que el Tribunal por ese mismo concepto condenó a pagar por las compañías ya indicadas al demandante la cantidad de: $ 120.263.45, excedió en esta forma el guarismo de primer grado e hizo por ello más gravosa la situación de la apelante. En este único aspecto hubo *reformatio in pejus* y deberá por tanto ser casada la sentencia recurrida, en esa parte, y confirmada la correspondiente del a quo, sin necesidad de más motivación.

El casacionista dentro del mismo cargo estima como *reformatio in pejus* el hecho de que, el fallador de primer grado condenó a "las compañías: 'Compañía Suramericana de Seguros S. A.', 'Suramericana de Seguros de Vida', 'Suramericana de Capitalización' y 'Administradora Suramericana de Inversiones' a pagar solidariamente al demandante la indemnización ya mencionada, y dice que, 'por el fallo de segundo grado, se le achaca a la única persona jurídica demandada una representación que no se ha discutido que tenga, y se hace más gravosa su situación, además de que se aumenta la condena' ".

Esta parte no es evidente como lo propone el censor puesto que, en la sentencia de segundo grado el Tribunal confirma la condena solidaria a las cuatro compañías aludidas, con la modificación de que aumenta el monto del valor, en lo que sí hay esa reformatio, es decir por el primer aspecto supradicho, porque en el otro el Tribunal hasta repite el nombre de todas las cuatro compañías condenadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y dos pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuanto en el ordinal *segundo* de la parte resolutiva *modificó* la sentencia de primer grado, condenando a pagar a las *compañías:* Suramericana de Seguros S. A., Suramericana de Seguros de Vida, Suramericana de Capitalización y Administradora Suramericana de Inversiones a pagar al señor Hernán Montoya Palacio la cantidad de ciento veinte mil doscientos sesenta y tres pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 120.263.45), y en sede de instancia, *resuelve confirmar* el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo pronunciado en este mismo juicio por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, con fecha veinte de octubre de mil novecientos setenta y uno.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE INVALIDEZ

Para que haya lugar a la pensión de invalidez es necesario que la incapacidad para el trabajo, o las causas que la originan, se presenten durante el tiempo en que el trabajador está prestando sus servicios, es decir, que existan cuando se termina el vínculo contractual. — Si ello no es así el riesgo de invalidez no puede hacerse de cargo del patrono, porque no se establece el nexo entre la calidad de trabajador y la incapacidad sobreviniente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.).

Sección Segunda - Acta número 12.

Diomedes Escobar Herrera demandó por medio de apoderado judicial al *Departamento de Cundinamarca y al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca,* solidariamente, a fin de que fuesen condenados al reconocimiento y pago de lo siguiente: "1º *Cesantía.* La causada y no pagada por su tiempo de servicios. 2º *Prima de Navidad.* La causada y no pagada por su último tiempo de servicios. 3º *Lucro cesante.* La indemnización por su despido intempestivo e injusto. 4º *Aumento de salario.* El causado y no pagado durante su tiempo de servicios. 5º *Vacaciones.* Las causadas y no pagadas por su último tiempo de servicios. 6º *Pensión de invalidez.* La causada y no pagada en razón de su invalidez por las perturbaciones funcionales y orgánicas que padecía mi poderdante al momento de su despido. 7º *Indemnización por accidente de trabajo.* La causada y no pagada por las lesiones o perturbaciones funcionales, originadas en su accidente de trabajo. 8º *Asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria.* La causada y no pagada por razón de sus lesiones orgánicas o funcionales adquiridas en el trabajo. 9º *Indemnización por no pago.* Por este concepto un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancele a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales. 10. *Salarios.* Los causados y no pagados del 1º al 15 de abril de 1969".

Según los hechos de la demanda Diomedes Escobar Herrera prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca mediante contrato de trabajo como operador auxiliar - compresor desde el 21 de enero de 1956 hasta el 15 de abril de 1969 fue despedido por causales inexistentes e injustificadamente, cuando se encontraba hospitalizado por sufrir lesiones y perturbaciones funcionales graves, adquiridas por causa o con ocasión del trabajo; no ha recibido el pago de su cesantía, vacaciones, prima, pensión de invalidez, indemnización por despido e indemnización por accidente o enfermedad profesional; devengaba un salario de $ 20.10 diarios.

La demanda fue notificada al Gobernador del Departamento de Cundinamarca, al Secretario de Obras Públicas de dicho Departamento y al Gerente del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, habiendo sido contestada únicamente por el primero, quien por medio de apoderado rechazó los hechos de la demanda y se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, "en tanto no se encuentren suficientemente probadas por el actor".

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis mediante sentencia dictada el veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y dos en cuya parte resolutiva dispuso: "1º Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al demandante señor Diomedes Escobar Herrera, las siguientes cantidades de dinero: a) La suma de $ 158.37 por concepto de prima de Navidad; b) La suma de $ 271.50 por concepto de vacacio-

nes; c) La suma de $ 1.719.50 por concepto de lucro cesante; d) La suma de $ 18.10 diarios a partir del 15 de julio de 1964 y hasta cuando se compruebe el pago de las condenas anteriores por concepto de indemnización moratoria. 2º *Absuélvese al Departamento* de los demás cargos formulados. 3º *Absuélvese al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca,* de todos los cargos formulados. 4º *Sin costas*''.

Apeló el apoderado del demandante. *El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* Sala Laboral, decidió la alzada en fallo de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y dos, en la siguiente forma: ''Modifícase el artículo primero del fallo revisado en el sentido de que las condenas allí formuladas quedarán así: a) La suma de *diez y siete pesos con cincuenta y un centavos ($ 17.51) moneda corriente,* por concepto de *prima de Navidad;* b) La suma de *treinta y un pesos con cincuenta centavos ($ 31.50)* por concepto de vacaciones; c) La *suma de un mil novecientos noventa y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 1.999.50) moneda corriente, por concepto de lucro cesante;* d) *La suma de veinte pesos con diez centavos ($ 20.10) moneda corriente, a título de indemnización moratoria,* diarios, a partir del día seis (6) de agosto, inclusive, de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y hasta cuando se cancelen las condenas anteriores, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia. 2º *Confírmase* el mismo fallo revisado en todo lo demás. 3º *Sin costas* en esta segunda instancia''.

Recurrió en casación el apoderado del demandante. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria. No se presentó escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: ''Que la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— case la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— de fecha 28 de junio de 1972, folios 104 a 112, parcialmente, en cuanto absolvió a la entidad demandada a la petición de invalidez, anule dicha absolución y como tribunal de instancia, condene al Departamento de Cundinamarca, así: *Pensión de invalidez.* La causada y no pagada en razón de su invalidez por las perturbaciones funcionales y orgánicas que padecía mi poderdante al momento de su despido. *Indemnización moratoria.* Se extienda la indemnización por no pago en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se paguen a mi poderdante su pensión de invalidez, y a partir del 6 de agosto inclusive de 1964 y a razón de $ 20.10 diarios''.

Nada dice el recurrente sobre lo que debe hacer la Corte en sede de instancia respecto al fallo de primer grado; pero al pedir que se condene al Departamento de Cundinamarca a pagar la pensión de invalidez y la indemnización por mora entiende la Sala que se pide la revocatoria de la decisión absolutoria del juez del conocimiento en relación con la pensión de invalidez y la modificación de lo proveído sobre indemnización por mora.

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo, que denomina primer cargo y enuncia así:

''La sentencia materia de este recurso incurrió en violación directa por errónea interpretación de los artículos 17, letra c) de la Ley 6ª de 1945; artículo 1º, décimo grupo, numeral 8º, reglas 1ª y 4ª del acápite 'observaciones' del Decreto 841 de 1946; y artículo 2º, reglas 1ª y 2ª del acápite 'observaciones', del mismo Decreto; Decreto 2767 de 1945, artículo 1º; Ley 77 de 1959, artículo 1º; artículos 1º, 3º, 7º de la Ley 171 de 1961 y artículos 1º, 2º, 13, 14, 15, del Decreto 1611 de 1962, numeral 3º, artículo 1º del Decreto 2218 de 1966; artículo 1º del Decreto 797 de 1949''.

Se refiere el recurrente a las normas enunciadas y dice que según ellas los requisitos para que se cause una pensión de invalidez se pueden sintetizar así: ''a) Que el empleado u obrero oficial, por causa de una enfermedad común profesional, o accidente de trabajo, se halle incapacitado para el trabajo definitivamente; b) Que la perturbación funcional u orgánica originada en la enfermedad común profesional, o accidente de trabajo, imposibilite definitivamente al trabajador a tal punto que no pueda continuar prestando sus servicios y recibir su remuneración; c) Que la separación del cargo se haya originado en la imposibilidad definitiva originada por la enfermedad común, profesional, o de accidente de trabajo''.

Transcribe el acusador apartes del fallo recurrido en los cuales el ad quem hace referencia al ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y critica la interpretación que hace de esta norma en cuanto exige que la perturbación funcional u orgánica cause al trabajador oficial un estado de completa impotencia, de postración definitiva, porque ''semejante manera in-

terpretativa, tiene que conducir necesariamente a que el estado de invalidez y su consecuencia de subsidio pensional, se haga imposible, puesto que serán muy reducidos los casos de esa postración, o completa impotencia que es sólo posible en los casos en que el trabajador oficial se encuentre digámoslo así, en un estado de gran invalidez, que es aquel en que el trabajador se encuentra no sólo afectado en su profesión, oficio u ocupación habitual, sino que sus medios locomotivos, o fisiológicos, se encuentran también afectados, a tal punto que estos tampoco pueden desarrollarlo, sino mediante el auxilio de otras personas".

Para el impugnador el Tribunal olvidó que el legislador de 1945 estableció una diferenciación entre empleados y obreros, y por eso cuando habla de la pensión de invalidez no hace sino referirse a esa situación de si la pérdida de la capacidad era del obrero o del empleado, porque según se tratara de uno u otro, habría que tener en cuenta si el estado de invalidez era producido por la pérdida de la capacidad material o de la capacidad intelectual; pero que existiendo un régimen prestacional igualitario para el trabajador desde la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, la interpretación del artículo 17, ordinal c) de la Ley 6ª de 1945 debe tener en cuenta que el carácter absoluto y permanente de la incapacidad está relacionado con la incapacidad funcional originada en la enfermedad común profesional o accidente de trabajo, y no exigir como requisito indispensable el estado de postración o completa impotencia.

Pero aún aceptando en gracia de discusión, continúa el casacionista, que el ad quem no erró en la interpretación del ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y que por ende la incapacidad absoluta o permanente debe ser un estado de postración o de imposibilidad absoluta para el trabajo, tal estado es evidente en el juicio por cuanto el concepto médico dice que la incapacidad sufrida por el trabajador es equivalente a un total de 16 meses de salario, ya "que, esta evolución equivale a la pérdida de la capacidad laboral en un 75%", o sea que el demandante se encontraba en un estado de postración o imposibilidad absoluta para adquirir alguna remuneración mínima que lo capacitara para subsistir, por lo cual por ese aspecto se encontraba reunido el requisito exigido por el Tribunal al interpretar la norma mencionada.

Termina el recurrente su acusación refiriéndose a las incidencias de la violación de las normas sustanciales en la parte resolutiva del fallo recurrido.

La Sala considera:

En relación con la petición sobre pensión de invalidez dijo el Tribunal Superior: "el régimen prestacional de la índole del demandado por el actor en este acápite, está gobernado particularmente por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y la exigencia de la disposición es la de que la pensión de invalidez solamente se otorga al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo 'para toda ocupación u oficio'. La doctrina por otra parte ha considerado que la pérdida de la capacidad debe ser integral, es decir, que se haga extensiva no sólo a la profesión u oficio que desempeñe o que ejerza el lesionado, sino de manera universal para todo tipo de labor remunerativa. Cualquier posible actividad, ya sea en el propio oficio o en otro cualquiera, significa que la incapacidad no es total, sino parcial y en estas circunstancias la pensión no se causa por la falta de este requisito fundamental de la incapacidad total. Es el caso precisamente del demandante. El certificado médico-laboral es claro al afirmar de una incapacidad permanente pero *parcial,* de manera que esta situación no se acopla a las exigencias de la disposición transcrita, de aquí que la Sala se vea impedida para decretar la pensión demandada, absolviendo por ello al Departamento de dicha solicitud".

Tiene razón el recurrente al estimar que el fallador de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 17, ordinal c) de la Ley 6ª de 1945, al reducir su ámbito de aplicación a los casos en que la pérdida de la capacidad es integral, o sea cuando la incapacidad se hace extensiva no sólo a la profesión u oficio que desempeñe el trabajador, sino universalmente para toda labor remunerativa. La interpretación correcta es la de que la pensión de invalidez cubre el riesgo de la pérdida sufrida por el trabajador en su capacidad para proveer a su subsistencia mediante el trabajo, siendo claro que para determinar la existencia de ese estado hay que relacionar la incapacidad con la ocupación u oficio del trabajador afectado. Interpretación ésta que en términos generales es la expuesta por el recurrente.

A pesar de haberse demostrado que el ad quem interpretó erróneamente el ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, el cargo no prospera por cuanto al decidir la Corte en sede de instancia llegaría a la misma conclusión del ad quem, —obviamente por razones diferentes— de que el demandante no ha demostrado su derecho a la prestación demandada.

En efecto: *para que haya lugar a la pensión de invalidez es necesario que la incapacidad para el trabajo, o las causas que la originan, se presenten durante el tiempo en que el trabajador está prestando sus servicios, es decir, que existan cuando se termina el vínculo contractual. Si ello no es así el riesgo de invalidez no puede hacerse de cargo del patrono, porque no se establece el nexo entre la calidad de trabajador y la incapacidad sobreviniente.*

En el caso en estudio del demandante estuvo vinculado al Departamento de Cundinamarca hasta el 15 de abril de 1964, como consta en el documento que obra a folio 38 y lo reconocieron los falladores de instancia. Ahora bien: de las pruebas que obren en el proceso no se deduce que Diomedes Escobar Herrera hubiese estado inválido al terminar el contrato de trabajo con el Departamento de Cundinamarca, o que en esa fecha estuviese sufriendo una enfermedad o lesión que posteriormente causare la invalidez.

Así a folio 17 obra un documento firmado en Arbeláez el 21 de abril de 1969, aun cuando en la parte superior aparece fechado el 21 de junio de 1969, por el médico doctor Jaime Camacho Carvajal, quien certifica "que el señor Diomedes Escobar Herrera, consultó en varias oportunidades, mientras fue empleado departamental, por una lesión localizada en la región de la articulación coxofemoral izquierda". Aun cuando en el papel aparece impresa una leyenda que dice "Departamento de Cundinamarca - Servicio Médico", el doctor Camacho Carvajal no invoca calidad alguna que lo vincule al Departamento de Cundinamarca como para considerarlo que lo obliga por ser un representante laboral suyo; de ahí que el certificado en mención no pueda considerarse como un documento proveniente del demandado. Además, del contenido de la certificación no se desprende la fecha en que fue examinado, ni las consecuencias que la lesión originó en la capacidad de trabajo del demandante.

En el documento de folio 13 el Médico Sub-Jefe del Servicio Médico del Instituto de Seguridad Social certifica: "que el señor Diomedes Escobar, estuvo hospitalizado en La Samaritana desde el día 21 de julio de 1964, y salió del servicio el 23 de octubre del mismo año, donde se le practicó una intervención quirúrgica". Nada se dice en este documento sobre la lesión o enfermedad sufrida por el demandante que permita establecer una relación de causalidad con la incapacidad sobreviniente a Diomedes Escobar Herrera, además de que, como lo observa el a quo, la hospitalización se produjo dos meses y cinco días después de haber dejado de prestar sus servicios al Departamento.

Por último el Médico del Trabajo, Sección de Medicina, Seguridad e Higiene, en dictamen que obra a folio 49, rendido por haberse decretado como prueba pericial, conceptuó en la siguiente forma: "1º Ha sido examinado en este despacho el señor Diomedes Escobar Herrera y presenta en la actualidad: pseudo-artrosis del fémur izquierdo, secuela ésta definitiva, después del tratamiento a que fue sometido el paciente (operación de osteoma intertrocanteriano del fémur izquierdo) por artrosis de la cadera correspondiente. 2º Esta lesión le produce una incapacidad permanente parcial que para efectos de indemnización se clasifica en el Grupo X, ordinal 8 de la Tabla de Evaluación de Incapacidades adoptada por el Decreto 841 de 1946. 3º La secuela anteriormente descrita fue ocasionada por la clase de trabajo que desempeñaba el señor Escobar Herrera (operador de compresor), por lo cual este despacho la considera de origen profesional". Este dictamen que fue emitido el 29 de abril de 1971, es confuso, así como por cuanto señala la indemnización de acuerdo con la Tabla de Valoración de Incapacidades por Accidentes de Trabajo contemplada en el artículo 1º del Decreto 841 de 1946, proveniente dicha incapacidad de una lesión, y luego la considera como de origen profesional, dando a entender que se trata de una enfermedad profesional. Para establecer el "origen profesional" de la incapacidad el Médico del Trabajo afirma que fue ocasionada por la "clase de trabajo", operador de compresor, que desempeñaba el demandante. Pero ese antecedente, la labor desarrollada por Escobar Herrera, no está acreditada en el proceso, en donde, por otra parte, se encuentra demostrado que sus cargos fueron los de "ayudante de máquina" y "operador auxiliar" (folio 39), sin que figure el de operador de compresor en los documentos provenientes de la entidad demandada aportados como prueba. El Médico del Trabajo obró como perito y en consecuencia para emitir sus conceptos debía basarse en hechos demostrados. Sólo así podía tener fundamento probatorio su conclusión del punto 3º del dictamen, máxime cuando fue emitido siete años después de haberse producido la desvinculación laboral de Diomedes Escobar Herrera y con base en el mero examen médico que le fue practicado.

No habiéndose demostrado que la incapacidad permanente del demandante fue adquirida durante su vinculación laboral con esa entidad demandada, ni que la causa que le dio origen existía cuando terminó el contrato de trabajo, el

Departamento de Cundinamarca no está obligado a reconocerle la pensión de invalidez consagrada en el literal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida dictada el veintiocho de junio de mil novecientos setenta y dos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



EXTENSION DE LA CONVENCION A TERCEROS

La circunstancia de que se esté debiendo al sindicato las cuotas ordinarias, por no habérselas descontado la empresa, no es óbice para que se le aplique la convención.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo veintinueve de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sala Plena - Acta número 4.

Alcides Chavarriaga instauró demanda laboral contra *Bavaria S. A. y Malterías de Colombia S. A.* para que fuesen condenadas solidariamente a pagarle indemnización por despido injusto, fundado en que fue retirado unilateralmente por la empresa, a fin de jubilarlo, cuando no había llegado a la edad requerida, con aplicación impertinente de la cláusula 26 de la convención colectiva de trabajo, que regía las relaciones entre ella y sus trabajadores.

Bavaria se opuso a la indemnización solicitada, admitiendo que fue cierta la terminación unilateral del contrato con base en la cláusula 24 (no en la 26 citada con error en la nota respectiva) de la convención de trabajo vigente "la cual no tenía límites para su aplicación y, por consiguiente, cobijaba a todos los trabajadores de la empresa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965; por otra parte, agrega, el actor no hizo renuncia expresa a los beneficios de tal convención, conforme lo estatuye el artículo 39 del Decreto legislativo 2351 de 1965".

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto del Circuito Laboral de *Bogotá,* decidió el litigio con sentencia de 10 de diciembre de 1971, mediante la cual condenó a las demandadas a cubrir al actor la suma de $ 280.000 "a título de indemnización por despido", sentencia confirmada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre* en la suya de 29 de septiembre de 1972, al decidir el recurso de alzada interpuesto por aquella.

La misma recurrió en casación y plantó la respectiva demanda, replicada oportunamente por la parte actora, en la que solicita que "la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la providencia gravada para que, en su defecto, revoque la de primer grado y absuelva a mis procuradas de la petición deducida en su contra por Alcides Chavarriaga".

En busca de este objetivo formula un solo cargo del tenor siguiente:

"La sentencia impugnada infringió indirectamente, por aplicación indebida, el literal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), en relación con el numeral 14 del artículo 7º, literales b) y h) del artículo 6º y los artículos 38, inciso 1º, y 39, inciso 2º, ibídem, con el numeral 6 del artículo 3º, de la Ley 43 de 1968, con los artículos 260, 467, 13 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, con el artículo 1630 del Código Civil y con la cláusula 24 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 24 de noviembre de 1966 entre 'Bavaria S. A.' y sus filiales —entre ellas 'Malterías de Colombia S. A.'— y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria S. A. y sus filiales.

"La infracción anotada se produjo a consecuencia de los errores manifiestos de hecho consistentes en: a) No haber dado por demostrado, estándolo, que la convención colectiva de trabajo celebrada el 24 de noviembre de 1966 por 'Bavaria S. A.' y sus filiales con el 'Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria S. A. y sus filiales' (folio 64) le era aplicable a Alcides Chavarriaga, y b) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que Alcides Chavarriaga fue despedido por 'Bavaria S. A.'.

"Estos errores de hecho manifiestos provinieron de la falta de apreciación por el ad quem de la confesión contenida en el hecho 5º del libelo inicial de la litis y de los documentos que obran a folios 35 y 45 y 46, y de su equivocada apreciación de los que figuran a folios 38, 39 y 44 y

de la inspección ocular (folios 51 a 55) incluidos en ella los documentos de folios 58, 60 y 61, por haber sido incorporados al acta que la recogió.

"La convención colectiva de 24 de noviembre de 1956, ya singularizada, fue celebrada por Sindicato, el de Trabajadores de 'Bavaria S. A.', y sus filiales, cuyos afiliados excedieron en los años 1966 y 1967, de la tercera parte del total de servidores de las empresas demandadas, como aparece registrado en el acta de inspección ocular. En estas circunstancias, conforme al artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, dicha convención tenía que serle aplicada al actor, no obstante su condición de no afiliado al Sindicato, a menos que hubiera mediado renuncia expresa suya a los beneficios de ella, según el numeral 2 del artículo 39 ibídem; y ocurre que una tal renuncia nunca se produjo, desde luego que la comunicación de folio 44 está referida, de acuerdo con su texto inequívoco, a la vigente en 30 de septiembre de 1965, esto es, a una suscrita con anterioridad a la que comenzó a regir el 24 de noviembre de 1966.

"Esta última, en consecuencia, le fue aplicada al demandante efectivamente, con su aquiescencia manifiesta, como se ve de las primas de vacaciones y de la matrícula escolar cuyo pago exhiben los documentos de folios 58 y 60 y 61, con fechas anteriores a la terminación de su contrato de trabajo, y el de folios 45 y 46, con fecha posterior a esta terminación.

"Es cierto que, a pesar de esta aplicación, las empresas demandadas, también con su aquiescencia, no le hicieron al actor los descuentos previstos en el citado numeral 2 del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965. Pero de ello no se sigue que esta aplicación no se hubiera hecho, ni que hubiera desaparecido la obligación de las empresas demandadas de hacérsela. Es que, de un lado, nada empece a que los patronos asuman la carga que la ley impone a los trabajadores no afiliados para beneficiarse de la convención colectiva; y, de otro, es bien sabido que cualquiera pueda pagar por el deudor.

"Ahora bien, supuesto que las empresas demandadas no hubiesen cubierto al Sindicato el valor que en principio estaba a cargo de Alcides Chavarriaga, el problema se podría haber suscitado entre este Sindicato y aquellas empresas, pero obviamente, para fines y con consecuencias totalmente diversas de los deducidos por el ad quem".

El opositor arguye, en primer término, falta de proposición jurídica completa en la formulación del cargo, por no haber sido señalado como infringido también el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, ya que la crítica de la sentencia se basa en errores de hecho en la estimación de la prueba, cuyo criterio de valoración es fijado por dicho precepto, que sería "el medio o vehículo para llegar a la transgresión de las normas anotadas". Invoca a este respecto la sentencia de casación dictada por esta Sala el 31 de julio de 1969 dentro del proceso seguido por Hugo Salguero Flórez contra Líneas Aéreas La Urraca que se halla publicada en la *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXI (Bis), números 2314, 2315 y 2316 (bis), de la que transcribe el siguiente aparte:

"En el caso presente, puesto que el cargo se formula por falta de apreciación y errónea apreciación de pruebas, la violación de las normas que establecen los derechos que el demandante quiere ver reconocidos, provendría de la violación del artículo 61 del Código Procesal Laboral, que es el que indica el criterio con que en materia laboral, deben ser apreciados los medios instructorios. El quebranto de esta disposición sería el medio para llegar al de las que establecen derechos por lo cual el cargo no se presenta en forma completa si no contiene la enunciación de que también ha sido violado, y la demostración de por qué, como lo exige perentoriamente el inciso segundo del artículo 97 del Código Procesal Laboral".

Sostiene, además, que no pueden desligarse el artículo 38 y el 39 del Decreto 2361 de 1965, "pues este último perentoriamente exige que para el beneficio convencional de los no sindicalizados se requiere el pago de 'la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al Sindicato' ". Y agrega: "nótese cómo la disposición es compulsiva y emplea el término inequívoco *'deberán pagar'*, lo que no admite beneficio sin la contraprestación del pago de la cuota sindical".

Asienta, de otro lado, que no hay prueba alguna de que el actor hubiese disfrutado de los beneficios de la convención con que se le jubiló, a excepción de los que el casacionista alega, y que la aplicación que se le hizo de la misma, jubilándolo prematuramente, "desmejoró sus derechos" y "cercenó sus condiciones generales de trabajo".

La Sala para resolver considera:

Es preciso, ante todo, estudiar si evidentemente es incompleta la proposición jurídica contenida en el cargo formulado por haber dejado de indicar también como infringido el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, pues de ser

así habría que desecharlo por esa grave falta de técnica.

La doctrina transcrita sienta en realidad una tesis casi absoluta, en cuya virtud, "el cargo no se presenta en forma completa si no contiene la enunciación de que también ha sido violado (el artículo 61) y la demostración de por qué, como lo exige perentoriamente el inciso segundo del artículo 87 del Código Procesal Laboral". Pero una consideración más detenida del tema lleva a la Sala Laboral de la Corte, por sus dos secciones, a rectificar, para aclarar, esa doctrina, en el sentido de que el error de hecho manifiesto por la estimación equivocada de las pruebas del proceso o por la falta de apreciación de alguna o algunas de ellas, no conlleva, sino por excepción, quebranto del artículo 61 del citado estatuto, según pasa a explicarse:

Este precepto determina, de entre los varios sistemas que existen para valuación del haz probatorio del proceso, el llamado de la persuación racional o sana crítica como el que informa el Código Procesal del Trabajo. Por eso, asienta que "el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas" y que formará su convencimiento "inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes".

Ahora bien. Cuando el juzgador asigna determinado mérito de convicción a una prueba o se lo niega o no le señala ninguno por haber dejado de estimarla e incurre en cualquiera de los tres eventos en error manifiesto, éste procede de un error de juicio consistente en haber visto en la prueba lo que no contiene o en no haber hallado en ella lo que con claridad manifiesta y no en haber dejado de seguir el sistema de la persuación racional o sana crítica, fijado por el artículo 61 en cuestión, que sería la forma de infringirlo, como si, por ejemplo, aplicara una norma de tarifa legal para valorar una prueba o negara valor de estimación probatoria a la conducta procesal de alguna de las partes. En otras palabras: el sentenciador, cuando adquiere persuación racional sobre los hechos del proceso, da cumplimiento al artículo 61 citado, y si yerra en el juicio de valor que atribuye a cada prueba, tal yerro proviene de no haber guardado los principios de la lógica o las máximas de experiencia en que se basa el sistema de la sana crítica o persuación racional, cuya esencia es, según Couture, "remisión a criterios de lógica y experiencia, por acto valorativo del juez".

Conclúyese de lo dicho que no es necesario por regla general indicar como violado el artículo 61 del Código Procesal Laboral cuando se formula un cargo por error de hecho en la estimación o en la falta de apreciación de pruebas, para integrar la proposición jurídica, salvo los casos en que el juez haya aplicado tarifa legal o le haya negado valor probatorio a la conducta procesal observada por las partes o haya prescindido de atender a las circunstancias relevantes del pleito.

Y como en el caso a estudio el error de hecho atribuido a la sentencia no se funda en los casos dichos, sino en el mérito que asignó a las pruebas del proceso para persuadirse racionalmente de los hechos básicos del mismo, el cargo está correctamente planteado, por lo que se procede a analizarlo en el fondo.

El sentenciador se expresó en la siguiente forma para confirmar la condena impuesta por el *a quo:*

"Es cierto que de la mencionada cláusula 24 de la convención colectiva de trabajo (Fl. 64), se desprende que las partes acordaron que la empresa procedería a '... Retirar de su servicio, con la correspondiente pensión ordinaria de jubilación, a los trabajadores que el 21 de noviembre de 1966 tengan 25 o más años de servicio, continuos o discontinuos, aunque no hayan cumplido los 55 años de edad...' (Págs. 39 a 40), pero también es verdad, que de acuerdo con el aparte 2 del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, los trabajadores no sindicalizados, para poder gozar de los beneficios de la convención, deben pagar al Sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al Sindicato, a menos que el trabajador renuncie expresamente a los beneficios de la convención.

"Ahora bien: en la diligencia de inspección ocular (Fls. 54 a 55), y al examinar la hoja de vida del trabajador demandante, el Juzgado estableció que a Chavarriaga Lema, no se le habían hecho descuentos para el Sindicato por cuenta de la convención, para beneficiarse de la misma, ni aparecía como afiliado al Sindicato. Además, a folio 44 del expediente, obra una comunicación del actor a la empresa Bavaria S. A., fechada el 30 de septiembre de 1965, en la cual le manifiesta que: '... No autorizo el descuento de la cuota sindical para beneficiarme de las prerrogativas concedidas en la convención colectiva de trabajo vigente'.

"En estas circunstancias, correspondía a la demandada demostrar por medios ciertos, que el demandante sí estaba amparado legalmente por la citada convención, para poder aplicar la cláu-

sula 24, invocada como justa causa para la terminación del contrato. Sin embargo, no lo hizo, según concluye la Sala, del análisis realizado sobre el acervo probatorio allegado el informativo. En consecuencia, la finalización de la relación contractual, debe considerarse injusta.

"De otra parte, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone, entre los elementos necesarios para que el derecho a la pensión de jubilación nazca o se produzca, el que el trabajador, fuera de haber completado 20 años de servicios, continuos o discontinuos, llegue o haya llegado a los 55 años de edad, si es varón. En el caso presente, el demandante Chavarriaga Lema, en el momento de decretársele la pensión jubilatoria, no había cumplido la edad prevista o condicionada en la ley, o sean los 55 años, según se desprende de la documental de folio 48. Vale decir, que no solamente no configuraba un derecho de tal naturaleza, como el de la pensión de jubilación, y menos todavía, uno adquirido, sino que apenas se hallaba a la expectativa de adquirirlo. Por consiguiente, la terminación del contrato de trabajo, tampoco se ajustó a derecho.

"En tales condiciones, procede la sanción por la ruptura unilateral y sin justa causa de la relación jurídico-laboral. Como el tiempo de servicios fue de 26 años, 7 meses y 14 días, y el último sueldo promedio mensual de $ 10.355.56, le corresponde al actor por concepto de esta indemnización, de conformidad con lo estipulado en el aparte d) numeral 4 del artículo 8º, del Decreto 2351 de 1965, la suma de $ 280.703.93. A esta misma cantidad condenó el Juzgado cuya liquidación es correcta. Se confirmará entonces su decisión por ajustarse a derecho y a la realidad procesal".

En cuanto a la renuncia del trabajador a los beneficios de la convención, es manifiesto el error de hecho que el casacionista señala, pues la frase que el sentenciador transcribe corresponde a una nota fechada el 30 de septiembre de 1965, como él mismo lo dice, y la convención colectiva de trabajo aplicada al trabajador y que es la base de este pleito, fue pactada del 21 de noviembre de 1966 al 20 de noviembre de 1969. Por consiguiente, la manifestación del actor en que expresaba: "... No autorizo el descuento de la cuota sindical para beneficiarme de las prerrogativas concedidas en la convención colectiva de trabajo vigente", decía relación a la que regía en 1965, fecha de la pretendida renuncia, y no a la nueva convención pactada más de un año después, sin reiteración de su propósito por parte del renunciante. El texto citado se refiere a "la convención colectiva de trabajo *vigente*", lo que impedía extenderlo a la que se pactara en el futuro. Es obvio que el renunciar a los beneficios de un determinado convenio no puede tener efecto sobre otro posterior.

No siendo admisible, por tanto, que la tantas veces citada renuncia hecha en 1965, se extendiera a la convención de 1966, es claro que ésta cobijaba al actor, como a todos los trabajadores, sindicalizados o no, de las sociedades en cuestión, que no hubiesen renunciado a sus beneficios, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, pues según consta en la inspección ocular practicada por el Juzgado (F. 55) "... el personal afiliado al Sindicato de Trabajadores de las empresas demandadas durante los años de 1966 y 1967, era superior a las dos terceras partes del total de trabajadores de las empresas demandadas".

Resta por dilucidar el aspecto relacionado con el pago de las cuotas sindicales por parte del actor, aspecto sobre el cual el Tribunal asienta:

"Ahora bien: en la inspección ocular (Fs. 54 a 55) y al examinar la hoja de vida del trabajador demandante, el Juzgado estableció que a Chavarriaga Lema, no se le habían hecho descuentos para el Sindicato por cuenta de la convención, para beneficiarse de la misma, ni aparecía como afiliado al sindicato...".

También resulta aquí manifiesto el error de hecho anotado por el recurrente, pues de que al demandante no se le hubiesen hecho descuentos para el Sindicato, no se deduce que el pago de las cuotas respectivas que es lo que exige el inciso 2 del artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, hubiera dejado de efectuarse: el descuento es una de las formas de realizar dicho pago, pero no la única, y entonces lo que la prueba expresa es que no se le efectuaron descuentos y en manera alguna que no se cubrieran dichas cuotas.

Por otra parte, es inexacto que deban hacerse "descuentos para el Sindicato por cuenta de la convención, *para beneficiarse de la misma*", según reza el aparte transcrito de la sentencia, ya que lo que establecen los artículos 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, es lo siguiente:

"Artículo 38. *Extensión a terceros.* 1. Cuando la convención colectiva sea parte de un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

"2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.

"Artículo 39. *Cuota por beneficio de la convención.* 1. Cuando el sindicato sólo agrupe la tercera parte o menos del total de trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato.

"2. Cuando el sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato, a menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención.

"3. Las cuotas o porcentajes que se establezcan serán siempre uniformes para todos los trabajadores".

La confrontación de estos dos preceptos no muestra, como lo pretende el opositor, que el segundo condiciona el primero, o sea, que si no se descuenta "las cuotas ordinarias con que contribuyen los afiliados al sindicato", deje de tener efecto la extensión de la convención a terceros. Se trata de dos situaciones diferentes: por la primera "las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados", cuando los afiliados del sindicato pactante excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, lo que ocurre en el evento a estudio; por la segunda, "los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria...". Adviértese que el texto no dice que para beneficiarse de la convención deberán pagar la cuota, sino que "por el hecho de beneficiarse" de ella están obligados a cubrirla, es decir, que esta obligación es consecuencia del beneficiarse de lo pactado y no que el pago de la cuota sea lo que produzca el poder aprovecharse de los beneficios convencionales. El deber de satisfacer dicha cuota es deuda del no sindicalizado con el sindicato, quien puede exigir su pago, "a menos, concluye la norma, que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención", lo que no sucedió respecto de la de 1966 por parte del actor, según lo expuesto arriba.

En consecuencia, la circunstancia de que éste esté debiendo al Sindicato las cuotas ordinarias por no habérselas descontado la empresa, no era óbice para que se le aplicara el artículo 24 de la convención de que se ha hecho mérito.

En estas condiciones, resultan probados los errores de hecho imputados a la sentencia, pues la opinión de la Presidencia de Bavaria S. A. en el sentido de que "es ilógico, falto de ética y aún inmoral" que el personal directivo "esté amparado por unas condiciones que ellos mismos tienen que negociar, administrar y aplicar, como resultado de un pacto", no tiene fuerza para impedir que se aplique un texto legal que ordena extender la convención a los no sindicalizados, sin hacer distinción entre personal directivo y subalterno para ese efecto y sin excluir de la aplicación de la misma a quienes la negociaron a nombre del patrono.

Y el hecho de que el actor hubiera sido uno de los negociadores de la convención contra cuya aplicación a su caso particular reclama, lejos de argüir contra dicha aplicación, la refuerza, ya que estaba perfectamente enterado de que la empresa podía jubilar a quienes tuvieran 25 años o más de servicio, aunque no hubieran cumplido 55 años de edad, y no renunció sin embargo a los beneficios de la misma.

Conclusión: deberá casarse en su totalidad la sentencia impugnada y, en función de instancia, revocarse la de primer grado, al fin de absolver a las demandadas de la indemnización por despido. Para este objeto, las razones expuestas son suficientes consideraciones de instancia.

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 recurrida y, obrando como tribunal de instancia, *revoca* la dictada en este proceso por el Juzgado Cuarto del Circuito Laboral de Bogotá, y, en su lugar, *absuelve* a las demandadas de los cargos formulados en la demanda inicial del juicio.

Sin costas en las instancias y en el recurso extraordinario.

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

Alejandro Córdoba Medina, José Enrique Arboleda Valencia, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Miguel Angel García S., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

REINTEGRO O INDEMNIZACION

Las peticiones principales de la demanda inicial, se apoyan en la nulidad o ineficacia legal del despido, mientras la petición subsidiaria se sustenta en la eficacia del mismo calificado de justo e indemnizable, luego las peticiones principales son contrarias a la Subsidiaria. — No es posible pues, dentro del alcance de la impugnación, casar la sentencia atacada para confirmar lo dispuesto en la primera instancia, porque de prosperar el ataque, se incurriría en la incongruencia de acceder a dos pretensiones contrarias y exceder a lo pedido en el libelo inicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril cinco de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4316

Acta número 15.

Richard Weich Granda, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 2914884 de la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a *The National Cash Register Company of Colombia S. A.*, para que fuera condenada a reintegrarlo al cargo de Gerente del Departamento Técnico, a pagarle los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el reintegro, y subsidiariamente al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. También solicitó condenación en costas.

Los hechos presentados en apoyo de lo pedido fueron:

"1º Richard Weich Granda trabajó al servicio de la sociedad The National Cash Register Company of Colombia S. A., desde el 15 de septiembre de 1963 hasta el 14 de diciembre de 1967, habiendo devengado un salario promedio mensual de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) mínimo, que se descomponía así: $ 1.975 como salario fijo mensual y $ 3.560 cada tres meses como comisión sobre trabajos ejecutados.

"2º El último lugar donde prestó sus servicios el demandante fue la ciudad de Bogotá y el último cargo desempeñado fue el de 'Gerente' del Departamento Técnico o técnico mecánico.

"3º El trabajador demandante fue despedido a partir del 14 de diciembre de 1967 sin previo aviso, ni causa legal justificativa.

"4º El trabajador Richard Weich G. fue despedido cuando el Sindicato de Trabajadores de la Empresa al cual era afiliado, había presentado pliego de peticiones, se estaba en una de las etapas de arreglo del conflicto y éste aún no se había solucionado, despido que se operó contra la prohibición expresa del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965.

"5º El trabajador demandante mientras estuvo al servicio de la empresa y hasta la fecha de su despido, era miembro o afiliado del 'Sindicato Nacional de Trabajadores de The National Cash Register Company of Colombia', organización sindical con personería jurídica reconocida mediante Resolución número 01357 de 1963 del Ministerio del Trabajo.

"6º Al trabajador demandante no se le ha reconocido por la sociedad demandada ninguno de los derechos reclamados en esta demanda".

En la contestación del libelo se dijo:

"Los hechos de la demanda no son ciertos en la forma como están redactados y algunos no me constan. Me atengo a lo que se pruebe en el juicio y los niego en todos aquellos aspectos que tratan de configurar obligaciones laborales a cargo de mi poderdante. No es verdad que el demandante hubiera sido despedido sin justa causa. La prohibición para despedir trabajadores que han presentado un pliego de peticiones

sólo hace referencia a los despidos injustos y en este caso existió 'justa causa comprobatoria' (artículo 25 Decreto 2351 de 1965)".

Como excepciones fueron propuestas la de carencia de acción y la consagrada en el artículo 329 del Código Judicial.

En fallo de 25 de marzo de 1972, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la entidad demandada al reintegro del actor, al pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el reintegro, y a las costas de la instancia. Apeló de esa providencia, el apoderado de la compañía.

El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*, en sentencia de 31 de agosto de 1972, revocó el fallo del a quo y condenó a la demandada a pagar al señor Richard Weich Granda, la cantidad de $ 10.278.72 como indemnización por despido injusto. Contra esa providencia del ad quem interpuso el apoderado del trabajador, recurso de casación que fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso.

Está presentado con invocación de la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y contiene dos cargos. Hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Se concreta a obtener que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto revocó las condenas por reintegro al cargo y pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del reintegro, y que constituida en tribunal de instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primer grado.

El opositor además de algunas censuras de carácter técnico a los cargos mismos, observa que según lo pedido por el recurrente, habría concurrencia de dos derechos incompatibles, la indemnización y el reintegro.

Se observa.

Las peticiones principales del libelo inicial, reintegro del trabajador y salarios dejados de percibir, fueron acogidas en el fallo de primer grado; y la petición subsidaria indemnización por despido injusto, fue reconocida en la sentencia del ad quem, previa revocatoria de aquella decisión del a quo.

Si se estudia el alcance de la impugnación en la demanda respectiva, se encuentra que al prosperar la casación parcial de la sentencia del Tribunal y la confirmación total del fallo del Juzgado, se llegaría a la condenación por el reintegro y los salarios dejados de percibir, manteniéndose de otro lado por virtud de la decisión del ad quem en la parte no impugnada, la condena a la indemnización por despido injusto, o sea, que resultarían reconocidas las peticiones principales y también la subsidiaria, lo cual implicaría una pretensión superior a la deducida en el libelo inicial, que no puede ser atendible en el recurso. Como no se pidió que se revocara la petición subsidiaria, así fuera condicionalmente, para conceder las principales, no se puede modificar aquella ni acceder a éstas.

En efecto, la condenación a la indemnización por despido injusto no puede modificarse porque no fue impugnada.

Si al estudiar los cargos se encontrara que prosperan ambos o por lo menos uno de ellos, habría de casarse la parte en que se revocó lo resuelto por el a quo y confirmar la sentencia de primera instancia, con lo cual se habría accedido a los dos remedios contrarios, se habría concedido una de las peticiones que se hizo a falta de la otra y también la pedida alternativamente.

Las peticiones principales de la demanda inicial, se apoyan en la nulidad o ineficacia legal del despido, mientras la petición subsidiaria se sustenta en la eficacia del mismo calificado de injusto e indemnizable, luego las peticiones principales son contrarias a la subsidiaria. No es posible pues, dentro del alcance de la impugnación, casar la sentencia atacada para confirmar lo dispuesto en la primera instancia, porque de prosperar el ataque, se incurriría en la incongruencia de acceder a dos pretensiones contrarias y exceder lo pedido en el libelo inicial.

Se rechaza la acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Richard Weich Granda contra National Cash Register Company of Colombia S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO POR CONSIGNACION

El deudor como principio general de derecho debe pagar al acreedor, o a quien legalmente lo sustituya o a quien él o el juez determine para que ese pago lo libere de la obligación y en la misma forma, la oferta de pago por consignación que tiene ese mismo fin, debe dirigirse precisamente a ese acreedor y es a nombre de éste como debe operar la consignación respectiva, pues sin que el acreedor pueda a su voluntad percibir lo consignado no quedan solutas las obligaciones del deudor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Acta número 13.

El doctor *Víctor Medina Moreno,* por medio de apoderado, presentó demanda laboral contra el *Instituto Nacional de Aprendizaje (SENA)* con la finalidad de obtener el pago de:

"a) La indemnización legal establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haber pagado oportunamente las prestaciones y salarios a que tenía derecho, liquidadas sobre un sueldo de $ 4.180 el cual le correspondía como Profesional IV, cuyas funciones desempeñaba en el momento de terminarse el contrato de trabajo;

"b) La diferencia de salarios, liquidada esta diferencia sobre $ 219 que resulta de restar del salario que le correspondía y no le pagaban, $ 4.180, el salario que realmente recibía de $ 3.961;

"c) El valor correspondiente a cinco días de salario de $ 4.180 mensuales, correspondiente a los días comprendidos entre el 15 de junio y el 20 del mismo mes del año de 1966, fecha esta última en la cual recibió la carta u oficio por el cual se le comunicaba la terminación unilateral del contrato laboral".

Como hechos expuso el actor del juicio que:

Trabajó al servicio del Instituto Nacional de Aprendizaje (SENA), durante el lapso comprendido entre el 11 de agosto de 1965 al 20 de junio de 1966.

Que inicialmente desempeñó funciones de Profesional III con un salario de $ 3.631 estipulados en el contrato, pero que posteriormente se le asignaron funciones de Coordinador Especial entre el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y la Asociación Colombiana de Ingenieros Contratistas (ACIC) en noviembre de 1965, funciones que desempeñó hasta el día de su retiro.

"3º El cargo de Coordinador, citado, correspondía a la categoría de Profesional IV, creado especialmente para los Coordinadores de Convenios Especiales, según consta en el acta del Comité Técnico de Evaluación de fecha 21 de marzo de 1966, con efecto retroactivo al primero de enero del mismo año. Al Profesional IV, se le asignó un sueldo de $ 4.180.

"4º Sin embargo, cuando el doctor Víctor Medina Moreno desempeñó las funciones de Coordinador del Convenio SENA-ACIC, sólo se le pagaba el sueldo correspondiente al Profesional III, que en ese momento era de $ 3.961.

"5º Cuando desempeñaba las funciones de Coordinador del Convenio SENA-ACIC, como Profesional IV, recibió el 20 de junio de 1966, una carta fechada el 15 del mismo mes, en la cual se le notificaba que el patrono (SENA), daba por terminado el contrato de trabajo.

"6º Hasta el día de hoy, mi representado doctor Víctor Medina Moreno, no ha recibido el valor de sus prestaciones sociales ni parte de los salarios causados".

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, y en cuanto a los hechos dijo que no es cierto lo indicado en los ordinales segundo y sexto, que no le consta el primero y remitió a la prueba los demás.

Ofreció presentar excepciones en la primera audiencia de trámite, dentro de la que no se formuló ningún planteamiento al respecto.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, puso fin a la primera instancia con fallo de quince de septiembre de mil novecientos setenta por el que decidió:

"1º *Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje* (SENA) a pagar al señor *Víctor Medina Moreno,* tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de *veintiséis mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta y cuatro centavos* ($ 26.384.54) moneda corriente por concepto de indemnización moratoria.

"2º *Absuélvese al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)* de los demás cargos que le fueron formulados en el libelo.

"3º *Costas* a cargo de la entidad demandada en un 20%".

Apelaron los apoderados de las partes de esa decisión y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* por medio de sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos setenta y dos resolvió la alzada de la siguiente manera:

"1º *Modifícase* el numeral primero del fallo apelado y, en su lugar, *condénase* a la demandada a pagar al actor la suma de *quince mil ochocientos cincuenta y cinco pesos* ($ 15.855) moneda corriente, por concepto de *indemnización moratoria.*

"2º *Confírmase* el fallo apelado en todo lo demás.

"3º *Costas* de esta instancia a cargo del actor".

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación la parte actora del juicio, concedido éste y admitido aquí por la Sala, en tiempo fue presentada la demanda correspondiente y oportunamente también la réplica del opositor, por lo que se procede a decidir:

La demanda.

Alcance de la impugnación:

Fija el casacionista el alcance de su demanda así:

"Se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto absolvió a la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del pedimento, respecto a indemnización moratoria, en el lapso comprendido entre el día 26 de enero de 1967 y el 2 de julio de 1968 y que, constituida en Tribunal de Instancia, modifique la de primer grado, condenando a la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, a pagar al actor de la indemnización moratoria impetrada, hasta el día 2 de julio de 1968. Es decir, en el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1966 y el 2 de julio de 1968".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula un solo cargo que dice:

"La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949 y 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, a consecuencia de error de hecho evidente, por equivocada apreciación de una prueba y falta de apreciación de otras, como adelante se singularizará.

"El error evidente de hecho, consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, incurrió en mora de pagar, en el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1966 y el 2 de julio de 1968, los salarios y prestaciones sociales indicados en el libelo al doctor Víctor Medina Moreno y como consecuencia, en absolver a la demandada de la indemnización moratoria, en el período comprendido entre el 26 de enero de 1967 y el 2 de julio de 1968.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son, las documentaciones visibles a los folios 27, 35 y 36 del expediente. Y las pruebas dejadas de apreciar, son las que obran a folios 37 y 38 del informativo".

Cita seguidamente el casacionista el pasaje de la sentencia acusada, en donde el ad quem hace el análisis de las pruebas que el censor considera mal apreciadas, y dentro de las extensas argumentaciones que presenta para demostrar el error de hecho puntualiza:

"Entonces, al decir la Sala de decisión que 'la circunstancia de que por un error del Juzga-

do consistente en haber admitido la oferta de pago respectiva verificada por el Sena a favor de Víctor Medina Mesa y no de Víctor Medina Moreno, nombre del demandante...', apreció erróneamente los documentos que se observan a folios 27, 35 y 36 del plenario. No se trata de un error del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá: los títulos de depósito exigían imperativamente, producir autos encaminados a poner a disposición del beneficiario los valores y no de persona diferente. Los autos de 6 de diciembre de 1966 y 2 de febrero de 1967 que rezan: '*Juzgado Séptimo Laboral de Bogotá*... Por reunir los requisitos legales admítese la anterior oferta de pago hecha por el *Sena - Dirección Nacional* a favor de *Víctor Medina Mesa* representado en el título de depósito A número 510878 de fecha julio 25 de 1966 por la suma de $ 11.583.03. Póngase en conocimiento del beneficiario la consignación hecha a su favor y si acepta, hágase la correspondiente entrega...'.

"'*Juzgado Séptimo Laboral.* Bogotá, D. E., *dos de febrero* de mil novecientos sesenta y siete. Por reunir los requisitos legales, admítese la anterior oferta de pago hecha por SENA - *Dirección Nacional* a favor de *Víctor Medina Mesa,* representado en el título de depósito número 634306 de fecha diciembre 16 de 1966 por la suma de $ 648.86...', los dictó el señor Juez Séptimo Laboral, como consecuencia clara y lógica e inmodificable, del contenido de los títulos de pago por consignación entregados por la entidad demandada".

Seguidamente anota el casacionista que la demandada corrigió el error el 3 de julio de 1968, por lo que fue ordenada la entrega de los valores consignados al señor Víctor Medina Moreno, que antes había consignado a favor de un tercero.

Luego agrega:

"Y como consecuencia del error, violó indirectamente los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 51 y 52 del Decreto número 2127 de 1945. El primero de los cuales establece que 'en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable'. La segunda preceptúa el derecho que tiene el trabajador para reclamar además, la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Y la tercera, establece, 'salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará en ningún caso terminado el contrato de trabajo, antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención...'.

"También como consecuencia de error evidente de hecho, violó indirectamente el artículo 1º del Decreto número 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, que consagra el derecho a la indemnización moratoria, pedida en el escrito de demanda.

"En resumen: si no se hubiera incurrido en el error evidente de hecho atrás demostrado, el juzgador de segunda instancia habría modificado la sentencia de primer grado, para condenar a la entidad demandada a pagar al actor, la indemnización moratoria reclamada, correspondiente al lapso corrido entre el 15 de septiembre de 1966 al 2 de julio de 1968. Deberá, por tanto, restablecerse el derecho en la forma precisada al indicar el alcance de la impugnación, como en forma respetuosa suplico a la honorable Corte".

Se estudia el cargo:

Para llegar a la conclusión absolutoria de la indemnización por mora a que alude la censura, el ad quem se pronunció de la siguiente manera:

"Está demostrado con los medios de prueba que obran en juicio que la relación laboral existente entre las partes terminó el 15 de junio de 1966. Sin embargo, de las copias de pago por consignación que obran de folios 25 a 27 del expediente se establece que en el Juzgado Séptimo Laboral se efectuó el depósito de las prestaciones debidas al actor por valor de $ 11.583.03 con fecha 6 de agosto de 1966. Habiendo terminado el contrato en la fecha antes indicada —15 de junio de 1966—, se colige fácilmente que el pago de las prestaciones debidas al demandante se hizo dentro del plazo de gracia a que se refiere el Decreto 797 de 1949. Por manera que, no puede decirse que la demandada se hubiera constituido en mora con el actor en lo pertinente al pago de sus prestaciones. La circunstancia de que por un error del Juzgado, consistente en haber admitido la oferta de pago respectiva verificada por el Sena a favor de Víctor Medina Mesa y, no de Víctor Medina Moreno, nombre del demandante y verdadero beneficiario de las prestaciones, lo que motivó que no se hubiera efectuado sino con posterioridad el pago respectivo, no implica en manera alguna mala fe de la demandada, ya que como consta a los folios 36 y siguientes, ésta, una vez advertido el error en que se incurrió ordenó al Juzgado que los títulos expedidos a favor de Víctor Medina Mesa, le fueran cancelados a Víctor Medina Moreno. En

consecuencia estima la Sala que no se causa indemnización en este caso por las razones antes expuestas.

"En lo pertinente a la petición de indemnización moratoria por el no pago de los salarios insolutos adeudados al demandante Medina Moreno, se tiene que a los folios 35 y 36 del expediente, el Sena consignó en el Juzgado Séptimo Laboral los sueldos correspondientes a la segunda quincena del mes de junio de 1966 al demandante en cuantía de $ 648.86. La fecha del recibo por el Juzgado de dicha suma fue el 25 de enero de 1967. Estando determinado que el contrato terminó el 15 de junio de 1966, y expirado el plazo de gracia el 14 de septiembre, se deduce que hubo mora por parte de dicha entidad en el pago de los salarios referidos, de 4 meses y 11 días. En tal virtud procede la condena por indemnización por mora en la cantidad de $ 15.855, en armonía con lo anteriormente expuesto".

Observa la Corte que, en cuanto a las pruebas señaladas por el casacionista como mal apreciadas por el *ad quem* se tiene que, al folio 26 aparece copia de la oferta de pago hecha por el Sena, a favor del doctor *Vicente Medina Moreno,* empero al folio 27 del mismo cuaderno se encuentra que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá aceptó esa oferta de pago por $ 11.583.03, a favor de Víctor Medina Mesa, refiriéndose al comprobante de consignación número 510878 de julio 25 de 1966.

El Tribunal como se ha advertido, culpa del error o equivocación al Juzgado Séptimo Laboral, mientras que el opositor en su réplica hace recaer tal defecto en el banco que recibió la consignación, y el censor lo atribuye exclusivamente al Sena, en virtud de que los comprobantes de depósito deben llevar específicamente el nombre del destinatario y no otro.

Ciertamente en cuanto atañe a la consignación de las prestaciones por valor de $ 11.583.03, hubo equivocación por parte del consignante y también del Juzgado, pues al observar el título de depósito el Juzgado no ha debido aceptar esa oferta de pago, toda vez que el beneficiario que figura en el memorial de oferta lo es el señor Víctor Medina Moreno, mientras que en el comprobante lo fue Víctor Medina Mesa, como se desprende del escrito que figura al folio 36 dirigido por el Sena al Juzgado corrigiendo el error, defecto este con el cual no podía el banco depositario pagarlo a Medina Moreno, y desde luego no puede hacerse recaer la culpa en el banco por razones obvias.

Además, en la segunda oferta de pago, es decir la que aparece al folio 35, la dirigió al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el Jefe de Personal del *Sena,* a favor de Víctor Medina Mesa, por valor de salarios en cantidad de $ 648.86, según título número 63406 de 16 de diciembre de 1966, que el Juzgado ordenó entregar a ese destinatario.

Esta segunda equivocación sí corre totalmente por cuenta del *Sena,* toda vez que no puede atribuirse ni al banco ni al Juzgado, ya que desde la oferta de pago se señala a Víctor Medina Mesa como destinatario del monto de esa consignación y no Víctor Medina Moreno.

Aparece también demostrado que solamente el 3 de julio de 1968, vino a darse cuenta la parte demandada de que no se había cubierto al ex empleado Víctor Medina Moreno, ni los salarios ni las prestaciones debidos por lo cual verificó en esa fecha la corrección para que esas cantidades le fueran entregadas a éste.

El ad quem considera que con tales consignaciones y por el hecho de ellas mismas debe atribuirse buena fe a la parte demandada exonerativa —conforme a la doctrina— de la indemnización moratoria establecida por la ley para cuando el patrono se ubica en mora de pagar salarios o prestaciones.

Empero, en el caso concreto de autos se ve cómo *hubo realmente descuido* por parte de la entidad demandada, en poner a la disposición del ex empleado doctor Víctor Medina Moreno aquellas cantidades de dinero que le debía por concepto de salarios y de prestaciones, dentro de la oportunidad correspondiente.

La doctrina ha sentado reiteradamente que, cuando el patrono consigna oportunamente lo que considera deber al trabajador, esa consignación lo exonera del pago de indemnización por mora, siempre que el monto de lo consignado guarde una proporción razonable con lo que se demuestre realmente que llegare a deberle. Es decir que, no lo exonera la consignación de una cantidad cualquiera, que bien puede resultar írrita con respecto a lo debido.

Por otra parte, tampoco es aceptable una consignación para cualquier persona, sino que desde luego el destinatario de la consignación y oferta de pago precedente debe ser el trabajador debidamente determinado, quien es la persona a quien el patrono está obligado a cubrir los salarios y prestaciones a la terminación del contrato, para que éste pueda subvenir a sus necesidades. La consignación, pues, cuando el trabajador no recibe lo que se le ofrece, o por cualquier otro

motivo no se encuentre en condiciones de hacerlo, debe tener la finalidad de poner a su libre disposición ese dinero consignado.

El deudor como principio general de derecho debe pagar al acreedor, o a quien legalmente lo sustituya o a quien él o el juez determine para que ese pago lo libere de la obligación y en la misma forma, la oferta de pago por consignación que tiene ese mismo fin, debe dirigirse precisamente a ese acreedor y es a nombre de éste como debe operar la consignación respectiva, pues sin que el acreedor pueda a su voluntad percibir lo consignado no quedan solutas las obligaciones del deudor.

Aquí, como es evidente, ese descuido de la parte demandada al diligenciar las ofertas de pago y las consignaciones correspondientes, sobre todo la segunda, impidió al ex empleado doctor Víctor Medina Moreno percibir no sólo las prestaciones sino los salarios pendientes, todo lo cual sólo vino a quedar a su disponibilidad el 3 de julio de 1968, cuando la parte demandada se dio cuenta de las equivocaciones cometidas en las ofertas de pago *y en las consignaciones y procedió a efectuar la corrección pertinente, con lo que ciertamente incurrió en mora, por cuanto realmente la relación laboral* terminó el 20 de junio de 1966, *fecha esta comprendida dentro del último pago de salarios que le hizo la empresa y los noventa días de gracia que otorga la ley a tales entidades vencieron el 20 de septiembre de ese mismo año. Además como está ya advertido, la consignación de los valores que el patrono crea deber al trabajador por concepto de salarios o de prestaciones debe ser correctamente efectuada, pues no basta la buena voluntad en consignar una cantidad cualquiera, ni a favor de cualquier persona, sino que se requiere depositar apropiado valor y precisamente para el trabajador cesante.*

Es pues evidente el error del ad quem al apreciar esas pruebas como exonerativas de la responsabilidad de pagar la indemnización por mora, toda vez que no se trata propiamente de mala fe, sino de que en verdad no hubo pago oportuno de esos salarios y prestaciones.

En consecuencia, el cargo prospera y habrá de ser casada la sentencia que se revisa en la parte señalada por la censura.

Consideraciones de instancia.

De conformidad con las observaciones comprendidas en la parte motiva de esta providencia, cabe anotar aquí que, corresponde al demandante el pago de una indemnización por mora, a partir del 21 de septiembre de 1966, porque como —se repite— el plazo de gracia de noventa días venció el 20 de septiembre del mismo año, y la parte demandada puso a disposición de la demandante las prestaciones y salarios precitados el 3 de julio de 1968.

Y, del 21 de septiembre de 1966 al 2 de julio de 1968 corrieron 649 días que a razón de $ 121.03 diarios arrojan la cantidad de setenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con cuarenta y siete centavos ($ 78.548.47) moneda legal.

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos setenta y dos, proferida en este juicio, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto condenó al pago de indemnización moratoria solamente por valor de $ 15.855 y en *sede* de instancia *reforma* el ordinal 1º de la parte resolutiva del fallo dictado en este mismo juicio por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el quince de septiembre de mil novecientos setenta, que queda así: *condénase* a la entidad denominada *Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena),* a pagar al señor doctor Víctor Medina Moreno, la cantidad de: setenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con cuarenta y siete centavos ($ 78.548.47), por concepto de indemnización moratoria.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE LAS PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ

El reajuste, por tanto, de las pensiones de jubilación o invalidez extralegales, ordenado por la Ley 7ª de 1967 debe hacerse desde cuando el jubilado adquirió el derecho a la pensión legal por haber reunido los requisitos señalados en la disposición respectiva, como lo entendió el ad quem correctamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril doce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 14.

Dentro del proceso seguido por *Roberto Salazar Henao,* mediante apoderado, contra el *Banco Central Hipotecario y la Caja de Previsión Social del mismo,* interpuso aquel el recurso de casación que pasa a decidirse, previa puntualización de los siguientes antecedentes a que dicho recurso se contrae:

Entre las peticiones del libelo inicial del juicio se encuentran éstas:

"1º Que se declare que el Banco Central Hipotecario está obligado a conceder un préstamo al señor Roberto Salazar Henao, en las mismas condiciones de cantidad ($ 150.000), plazo (20 años) e intereses (4% anual) que rigen para los empleados que en la actualidad prestan sus servicios al mismo Banco, de acuerdo con los reglamentos vigentes sobre adquisición de vivienda.

"2º Que se ordene el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de jubilación que viene recibiendo el señor Roberto Salazar Henao, en los términos de la Ley 7ª de 1967".

Los hechos sustentantes de estas dos peticiones son los que se copian:

"1º El señor Roberto Salazar Henao ingresó a prestar sus servicios al Banco Central Hipotecario el día nueve (9) de julio de 1935.

"2º En forma discontinua el señor Roberto Salazar Henao laboró hasta el 31 de mayo de 1961, durante más de 23 años, fecha en la cual fue despedido por haber decidido la Junta Directiva del Banco, otorgarle la pensión de jubilación a partir del mes de junio de 1961.

"4º Al señor Roberto Salazar Henao le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 2.193, reajustada a partir del 1º de enero de 1963 a la suma de $ 2.313 moneda corriente.

"5º Al señor Roberto Salazar Henao se le concedió un primer préstamo de vivienda por $ 76.000 moneda corriente, tal como consta en la Escritura pública número 4721 del 10 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Cali. Dicho préstamo le fue concedido dentro de las condiciones especiales en cuanto a cantidad, plazo e intereses que rigen para sus empleados.

"9º Al señor Roberto Salazar Henaó no se le ha reajustado su pensión de jubilación de conformidad a lo ordenado por la Ley 7ª de 1967, la cual entró en vigencia a partir del 23 de septiembre de 1967.

"10. De conformidad a las convenciones colectivas y al laudo arbitral vigente y a las reglamentaciones existentes sobre adquisición de vivienda, todo trabajador que haya prestado cinco (5) años de servicios al Banco Central Hipotecario, podrá beneficiarse de un segundo préstamo, siempre que el primero haya sido cancelado en su totalidad y que hayan transcurrido cinco (5) años desde la fecha de éste.

"11. La Junta Directiva del Banco Central Hipotecario hizo extensivo el plan especial de vivienda para empleados a los pensionados, si éstos reúnen los mismos requisitos señalados en el reglamento de préstamos para empleados, tal

como consta en el Acta número 2609 del 9 de junio de 1960.

"12. A pesar de que el señor Roberto Salazar Henao ha cumplido los requisitos de la Circular número 7-340/41, en la cual se contienen las condiciones para que los empleados adquieran el derecho a un segundo préstamo de vivienda, extensibles a los pensionados, el Banco Central Hipotecario se ha negado a concederle a aquel dicho segundo préstamo que le ha sido solicitado reiteradamente, y pretende que el demandante-pensionado se someta al régimen común de los particulares.

"15. El señor Roberto Salazar Henao canceló en su totalidad el primer préstamo que le otorgó el Banco Central Hipotecario, ha transcurrido un lapso superior a cinco (5) años desde la fecha de concesión del mismo y alcanzó a laborar más de diez (10) años al servicio del Banco cumpliendo en esta forma los requisitos mínimos necesarios para la obtención de un segundo préstamo.

"16. De acuerdo a las reglamentaciones existentes para empleados, extensibles a los pensionados, según lo dispuesto por la Junta Directiva en Acta número 2609 de 9 de junio de 1960, los préstamos que se efectúen a aquellos se otorgarán hasta por $ 150.000 moneda corriente, a un interés anual del 4% y en un plazo de amortización de veinte (20) años; tanto el reglamento interno de trabajo como los estatutos especiales se refieren a empleados y a pensionados".

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 21 de julio de 1971, condenó al pago de "a) Ciento veintinueve pesos con treinta y seis centavos ($ 129.36) moneda corriente, mensuales, desde el veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta el día en que le satisfagan el reajuste de la pensión de jubilación, conforme a la parte motiva"; "b) Doce mil seiscientos veinticuatro pesos con veintidós centavos ($ 12.624.22) moneda corriente, por concepto de auxilios de cesantías definitivas de contratos laborales terminados antes de entrar el actor a gozar de pensión de jubilación", y "c) Ciento nueve pesos con sesenta y cinco centavos ($ 109.65) moneda corriente, diarios a partir del tres (3) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y hasta el día en que las demandadas le paguen la deuda de la prestación debida". Y absolvió a la demandada de los demás cargos formulados contra ella.

Por apelación de ambas partes conoció el proceso el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* el que, en sentencia de veinticinco (25) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972), revocó las condenas impuestas, absolvió de ellas al Banco y confirmó la absolución pronunciada por el *a quo* respecto de las demás peticiones de la demanda.

Es contra esta decisión contra la que se endereza el recurso extraordinario, cuyo alcance determina de esta manera el impugnante:

"Con la formulación de esta demanda de casación, y en un primer cargo, solicito a la honorable Corte se sirva casar parcialmente la sentencia de segunda instancia, en cuanto revocó el literal a) del punto primero del fallo recurrido y absolvió a las entidades demandadas de las súplicas correspondientes a rejuste de la pensión de jubilación del actor. Una vez constituida esa honorable Corte como tribunal de segunda instancia, se servirá confirmar la condena impuesta por el *a quo.*

"En un segundo cargo, solicito a la honorable Corte, se sirva casar parcialmente la sentencia de segundo grado en su numeral 2º, por el cual confirmó el punto segundo del fallo de primera instancia, que a su vez había absuelto a las demandadas de la petición consistente en que se declare que aquellas están obligadas a otorgar al actor un préstamo hipotecario en las mismas condiciones de cantidad, plazo e interés que rigen para los empleados que en la actualidad prestan sus servicios al Banco Central Hipotecario. Una vez constituida esa honorable corporación como tribunal de instancia, se servirá revocar la absolución impuesta por el a quo en este punto y proferir, en su lugar, la condena correspondiente.

"Como consecuencia de la prosperidad del recurso, también deberá casarse el numeral 3º de la sentencia de segunda instancia, así como su numeral 4º, y en su lugar, modificar lo resuelto por el a quo, imponiendo la totalidad de la condena en costas, en ambas instancias, a las entidades demandadas".

Para lograr estos fines formula dos cargos que se estudiarán en su orden:

Reza el primero:

"Acuso la sentencia del Tribunal por la causal primera (1ª) de casación contemplada en el artículo sesenta (60) del Decreto quinientos veintiocho (528) de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), que subrogó el artículo ochenta y siete (87) del Código de Procedimiento Laboral, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea del ar-

tículo primero (1º) de la Ley séptima (7ª) de mil novecientos sesenta y siete (1967), en concordancia con el artículo trece (13) del Código Sustantivo del Trabajo e infracción directa del artículo quinto (5º) de la Ley séptima (7ª) de mil novecientos sesenta y siete (1967).

"En la demanda del proceso se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de jubilación que venía disfrutando el actor desde el primero (1º) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961) con fundamento en el artículo primero (1º) de la Ley 7ª de 1967 aparte g), o sea en cuantía del 10% (diez por ciento), en vista de haber sido reconocida antes del 1º de enero de 1962".

Luego de indicar los hechos básicos admitidos por el sentenciador y que el casacionista no discute, afirma:

"Para el Tribunal, los reajustes ordenados por el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 sólo operan para las pensiones legales de jubilación o invalidez, y comoquiera que la pensión otorgada al demandante sólo fue legal a partir del 23 de abril de 1963, fecha en la cual aquel cumplió los cincuenta y cinco años de edad, el reajuste que le correspondía no era el del literal g) sino el del literal h) del artículo arriba citado (Fl. 365).

"Es cierto y esto tampoco se discute por el suscrito recurrente, que al ser pensionado el señor Salazar Henao no tenía los requisitos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo, pues no había cumplido 55 años de edad, lo cual sólo ocurrió el día 23 de abril de 1963; también es cierto que la pensión de jubilación que se le otorgó por las demandadas a partir del 1º de junio de 1961 se fundamentó en el Reglamento Interno del Trabajo.

"No obstante lo anterior, es equivocado el entendimiento que el ad quem hace del término 'pensiones legales' contenido en el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, texto que no puede entenderse como lo interpreta la sentencia acusada, desconectándolo del artículo 5º de la misma Ley, norma según la cual, los artículos de la presente ley no perjudican las pensiones otorgadas con anterioridad a su vigencia, en lo que tengan de más favorable, ni las que se pacten por convenciones o pactos colectivos.

"El Tribunal desconoció esta norma, que es una aplicación directa del principio general consagrado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, desconocimiento que lo condujo a infringir, por errónea interpretación el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, calificando de legal la pensión otorgada al señor Salazar sólo a partir del 23 de abril de 1963, simplemente porque en esa fecha el actor cumplió los 55 años de edad.

"Lo cierto es que desde que el demandante comenzó a recibir su pensión de jubilación de las demandadas, tal prestación se hizo obligatoria para las mismas y perfectamente calificable con el atributo de legal, ya que estaba respaldada en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, precepto según el cual las disposiciones laborales consagran el mínimo de derechos del trabajador, sin que ello obste para que el patrono pueda otorgar otras prestaciones más favorables para el trabajador, las cuales, al ser concedidas, son legales porque tienen el respaldo que emana de la citada disposición y por lo tanto, no pueden ser desconocidas en el futuro por el empleador. En el caso sub lite, tal principio tiene una especial aplicación en el artículo 5º de la Ley 7ª de 1967, regla que el sentenciador ignoró por completo".

El opositor contraargumenta, diciendo:

"Sobra casi afirmar, en razón de su evidencia, que el entendimiento del sentenciador, y no el del recurrente, es el exacto, aún en el lenguaje peculiar del mismo legislador de 1967, quien, por cierto, en el artículo 5º de su Ley 7ª creyó conveniente aclarar más todavía: 'los artículos de la presente ley... no perjudican las pensiones... que se pacten por convenciones o pactos colectivos', las cuales son un poco menos voluntarias que las creadas unilateralmente por los patronos en sus reglamentos.

"También la Ley 171 de 1961, sobre aumentos pensionales, explicó en su artículo 2º: 'para aplicar la mencionada tabla de aumentos se procederá así: A. 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... etc.'. Precisamente porque son conceptos distintos, lo *legal*, lo *convencional*, lo *reglamentario* y lo simplemente *voluntario*. El Decreto 1611 de 1972, en su artículo 22, reiteró esa misma distinción".

La Sala para resolver considera:

El Tribunal dijo a este respecto:

"A este propósito, el Juez a quo razona en los siguientes términos:

'... Si la pensión actual del actor (febrero 3/71, folio 256) es de $ 2.716.49, las demandadas no le han pagado el reajuste legal ordenado en la Ley 7ª en forma completa, sino solamente

con un aumento del cinco por ciento (5%), ($ 2.587.13 más el 5% = $ 2.716.49). Lo anterior indica que al actor se le adeuda por las demandadas, la suma de ciento veintinueve pesos con treinta y seis centavos ($ 129.36) mensuales, desde el 21 de septiembre de 1967, es decir, seis meses después de la sanción de la Ley 7ª por concepto de reajuste de la pensión de jubilación'.

"Este razonamiento sería perfecto si se refiriera a una pensión legal, como claramente lo estipula el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967: 'reajustar las pensiones legales de jubilación o de invalidez'. El Código Sustantivo del Trabajo —sobra decirlo— a través de su articulado ha afirmado la diferencia existente entre pensión legal y las convencionales y reglamentarias.

"¿Fue, en todo tiempo, pensión legal la concedida por el Banco demandado al demandante? No. Inicialmente fue una pensión reglamentaria, que, como tal, no estaba amparada por la ley aludida. En efecto, en el memorando a que alude la inspección ocular (Folio 233), se expresa que la pensión de jubilación, concedida a partir del 1º de junio de 1961, fue 'con base en la facultad del artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo'. El propio demandante, al responder a la 11ª pregunta del cuadro de posiciones (folio 96), acepta que fue el 23 de abril de 1963 cuando cumplió los 55 años de edad, que eran los que él requería para entrar a gozar de la pensión legal, en sustitución de la reglamentaria de que venía gozando hasta ese día.

"Si en la fecha del 23 de abril de 1963 se convierte en legal la pensión de que venía disfrutando el demandante, hay que ver, entonces, en cuál literal del artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, quedaba ubicado dicho caso.

"No en el literal g) —que fue el aceptado por el Juez a quo, porque este aumento estaba decretado— del 10 por ciento para la pensión que fuera legal antes del 1º de enero de 1962. Pero sí en el literal h), porque este aumento era para la pensión que fuera legal entre el 1º de enero de 1963 y el 31 de diciembre de 1965, y en virtud de que el demandante comenzó a recibir pensión legal a partir del 23 de abril de 1963.

"Como el aumento que recibió el demandante, en razón de la Ley 7ª de 1967, fue del 5 por ciento (artículo 1º, literal h), el reconocimiento que hace la sentencia recurrida de un 5 por ciento más, debe revocarse y así se hará".

Lo transcrito muestra que *el sentenciador tomó en sentido estricto el adjetivo "legales" con que el artículo en comento califica las pensiones de jubilación e invalidez que deben reajustarse, excluyendo de ellas las originadas en un acto voluntario del patrono por convenciones, pactos, reglamentos internos o estatutos. Esa distinción entre prestaciones legales y voluntarias, llamadas también extralegales, convencionales, reglamentarias o estatutarias, según el acto que les dé nacimiento, es innegable, pues la que no está consagrada inmediatamente por la ley, sino por alguno de esos actos, obviamente no es legal, sino extralegal.*

Es el origen de la prestación (la ley o la voluntad de las partes) lo que las diferencia, no su obligatoriedad, como lo pretende el casacionista cuando afirma: "lo cierto es que desde que el demandante comenzó a recibir su pensión de jubilación de las demandadas, tal prestación se hizo obligatoria para las mismas y perfectamente calificable con el atributo de legal". Las obligaciones se clasifican por su fuente y las que surgen inmediatamente de la ley son las legales, así como son contractuales o convencionales las que, del mismo modo inmediato, nacen de la convención o el contrato, pues en forma remota o mediata, toda obligación tiene su fundamento en la normatividad jurídica.

Y en el caso a estudio, al determinar el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 que son "las pensiones legales *(subraya la Sala) de invalidez o jubilación" las que deben reajustarse, excluye las que tienen por fuente convenciones, pactos, reglamentos o contratos de trabajo. Por lo tanto, esta interpretación del juzgador en la sentencia acusada no contiene el error que el recurrente le señala.*

Dedúcese de aquí que también es cierta la conclusión del mismo fallo cuando asienta que la pensión del actor no fue legal, sino convencional, ya que se le otorgó cuando aún no tenía los 55 años de edad, según lo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, y que se tornó en legal al arribar a la edad dicha, porque fue entonces cuando se cumplieron los dos requisitos señalados inmediatamente en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo para tener derecho (sin convención, ni pacto, ni reglamento) a la pensión mencionada.

La interpretación indicada encuentra plena corroboración en la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 1970 (Pablo Arango Londoño contra el Banco Central Hipotecario, G. J. Nº 2330, 31, 32), que al interpretar el artículo 1º de la Ley 77 de 1959, cuyo texto no empleó el calificativo de "legal" de las pensiones por reajustar, sino que se refirió en general a "las pensiones de

jubilación oficiales, semioficiales y particulares", expuso: "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 *(el subrayado es de la sentencia) 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 consuma o adquiere en los casos en que emana de un acto distinto de la ley, por el monto de la cuantía acordada entre las partes o convenida por el patrono... El concepto de pensión causada comprende así, no solamente la adquirida con sujeción a la tarifa legal mínima, sino también la consumada en virtud de obligaciones contraidas por el patrono en ejercicio de su libertad contractual".*

Por consiguiente, y a contrario sensu, *si el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 sí se refirió expresamente "a las pensiones* legales *de jubilación o invalidez", no comprendió las convencionales o reglamentarias, pues si cuando el legislador no distingue (como en el evento de la jurisprudencia citada) no es dable distinguir al que aplica o interpreta la ley, cuando con claridad se refiere a una situación determinada, tampoco es dable al sentenciador extenderla a eventos jurídicos distintos.*

El reajuste, por tanto, de las pensiones de jubilación o invalidez extralegales, ordenado por la Ley 7ª de 1967 debe hacerse desde cuando el jubilado adquirió el derecho a la pensión legal por haber reunido los requisitos señalados en la disposición respectiva, como lo entendió el ad quem *correctamente.*

Desde este punto de vista el cargo no prospera.

Imputa, además, el casacionista a la sentencia acusada "infracción directa del artículo 5º de la Ley 7ª de 1967", según la cual "los artículos de la presente ley no perjudican las pensiones otorgadas con anterioridad a su vigencia en lo que tengan de más favorable, ni las que se pacten por convenciones o pactos colectivos", y en el caso a estudio no se trata de que la pensión extralegal concedida al actor por la empresa fuese más favorable que los reajustes ordenados en la citada ley, ni se está perjudicando esa misma pensión convencional, que son los puntos regulados por la norma transcrita, ajenos a la que se discute, y la que, por tanto, el Tribunal no podía aplicar.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El otro cargo censura la sentencia "por ser violatoria de la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 13 del mismo Código".

Tal aplicación indebida la hace derivar indirectamente de evidentes errores de hecho en la estimación de algunas pruebas y en la falta de apreciación de otras, todas las cuales singulariza, así:

"I. *Pruebas apreciadas erróneamente:* a) Copia de las Actas de la Junta Directiva números 2609 de junio 9 de 1960 y 2795 del 17 de julio de 1972 (Fls. 274 a 286);

"b) Dictamen pericial rendido por el doctor Alberto Díaz Rubio (Fl. 256 y 257). Señaló esta prueba como mal apreciada, ya que el fallo no se fundamenta exclusivamente en ella, sino también en las mencionadas en el aparte a), de acuerdo con reciente jurisprudencia de esa honorable Sala de Casación (juicio de Luis Alberto Ramírez Vs. Industria Electro-Sonora S. A.); Sent. del 6 de octubre de 1972.

"II. *Pruebas no apreciadas:* a) Acta del Comité de Crédito del Banco demandado, número 866 del 8 de junio de 1960 (Fls. 41 y 42 y 262);

"b) Circular número 7-252 del 3 de marzo de 1962 (Fls. 44 y 45);

"c) Circular número 7-340/41 del 26 de julio de 1962 (Fls. 46 y 47);

"d) Contestación de la demanda, en cuanto a la confesión que en ella se contiene (Fls. 13 y 14);

"e) Posiciones absueltas por el doctor Jorge Cortés Boshell, en cuanto dicho representante del Banco demandado confesó judicialmente algunos hechos (Fls. 76 a 80)".

Los errores de hecho que imputa al fallo *sub judice* son los siguientes:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que no obstante haber cumplido el demandante los requisitos exigidos por el Banco demandado para tener derecho a un segundo préstamo de vivienda, en las mismas condiciones de los empleados en actividad, no se había hecho acreedor al mismo.

"2º Dar por demostrado, ni estarlo, que dicho préstamo se concede a juicio de la Junta Directiva del Banco.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que cumplidos los requisitos previstos en las reglamentaciones del Banco, sus pensiones tienen derecho a un segundo préstamo de vivienda, en las mismas condiciones de cantidad, interés y plazo que las que rigen para los empleados cuyo contrato de trabajo está vigente".

El opositor arguye del modo siguiente:

"El segundo 'cargo' del señor Salazar Henao es aún más deleznable, si cupiera serlo. Según el 'hecho' 2º de la demanda inicial del juicio, don Roberto fue despedido por el Banco Central Hipotecario en junio de 1961. Cuando era empleado, tuvo un préstamo especial del Banco, conforme a las regulaciones internas de éste. Con posterioridad a su despido solicitó un segundo préstamo especial, arguyendo que el reglamento de préstamos para los empleados prevé un nuevo préstamo. El Banco sostiene que los 'empleados' dejan de serlo cuando son 'despedidos', y no vuelven a serlo aunque se les jubile, por fuerza de la ley o en razón de normas convencionales, reglamentarias o voluntarias. Eso es todo. El cargo se formula por vía indirecta, por errores de hecho que consisten: 1º En dar por demostrado en la sentencia que don Roberto 'no se ha hecho acreedor' al segundo préstamo. 2º En dar por demostrado en la sentencia que el segundo préstamo para un exempleado pensionado 'se concede a juicio de la Junta Directiva'. En no dar por demostrado, estándolo en el proceso, 'que cumplidos los requisitos previstos en las reglamentaciones del Banco, sus pensionados tienen derecho a un segundo préstamo', en las mismas condiciones que rigen para los empleados. Obsérvese, para empezar, que los supuestos errores de hecho no se refieren a *hechos* concretos, susceptibles de ser percibidos por los sentidos corporales y comprobados por alguno de los medios admitidos en la ley procesal. Sino a un *derecho* pretendido por el actor, cuyo reconocimiento en juicio depende de la concurrencia de tres requisitos: que la norma (ley, convención, reglamento, manifestación de voluntad) sea pertinente al caso; que la norma sea rectamente entendida, y que los presupuestos fácticos de la norma estén comprobados...".

"Pero examínense con la mayor benevolencia, una a una, las referidas pruebas, y no se hallará ninguna que favorezca la pretensión de don Roberto. Lo más cercano a sus deseos (el Acta 866 del Comité, de 8 de junio de 1960), empieza por declarar que el objeto principal de la reunión es 'considerar las reformas que sea necesario introducir al reglamento de préstamos hipotecarios a favor de los empleados del Banco', y concluye 'recomendando' las siguientes *reformas al mencionado reglamento'* de préstamos. Para entender las cuales 'reformas' sería indispensable conocer el 'reglamento' reformado por ellas, que *no figura en los autos*".

La Sala considera:

El artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo quebranto se sostiene, dice que "el contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella".

En consecuencia, la viabilidad de este cargo depende de que resulte demostrado que el segundo préstamo para vivienda que el actor reclama del Banco demandado "emane precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o por ley le pertenezca".

De estos dos eventos debe también descartarse el segundo, pues la ley no impone a dicho establecimiento la obligación de efectuar a sus empleados, en actividad o jubilados, préstamos para vivienda.

Resta, pues, por examinar si el mencionado segundo préstamo "emana precisamente de la relación jurídico-laboral" que existió entre las partes. Para lo cual, proceden a estudiarse las pruebas que el impugnante señala mal apreciadas o dejadas de estimar.

Las dos actas de la Junta Directiva que el censor considera mal apreciadas y que son las números 2609 y 2795 no muestran que los contratos de trabajo de los empleados del Banco, llevaran implícita la obligación de concederles segundo préstamo para vivienda o que esa obligación "emanara precisamente de la relación jurídica" entre aquellos y éste.

En efecto. El primero de tales documentos en su punto IV, titulado: "plan de préstamos a empleados del Banco", dice lo que se copia: "al impartir su aprobación al Acta del Comité de Crédito número 866, la Junta Directiva aprobó igualmente las modificaciones al plan de préstamos a empleados del Banco, recomendadas por el Comité". Tales modificaciones son las que constan a folios 41 y 42 (prueba que el censor indica como no apreciada), cuyo punto 4º reza: "es entendido que cada empleado sólo podrá beneficiarse por una sola vez del régimen de préstamos especiales para empleados del Banco". No dice, por tanto, relación a un segundo préstamo,

que al contrario excluye, y que es la prestación reclamada por el demandante.

La otra acta en el punto distinguido también con el número IV y denominado: "plan de préstamos a empleados del Banco", establece en el punto 3º que "todo empleado, después de haber prestado diez años de servicio al Banco, podrá beneficiarse, por una sola vez, de un segundo préstamo, siempre que hayan transcurrido por lo menos cinco años de efectuado el primero y mediante cancelación de su saldo", y en el numeral 4º determina: "el Banco podrá otorgar estos préstamos para compra, ampliación o reparaciones de la casa destinada a vivienda del empleado, u otras causas, *todo a juicio de la Junta Directiva*" (subraya la Sala).

De esta acta sí resulta reglamentada la posibilidad de un segundo préstamo; pero si por el objeto del mismo queda "a juicio de la Junta Directiva" ésta puede concederlo o negarlo.

En cuanto a los documentos dejados de apreciar, resulta:

La circular del folio 46 es la que el gerente general dirige a los empleados de la institución para hacerles conocer lo resuelto por la Junta Directiva en el acta antedicha, y que nada agrega a lo ya expresado.

La circular de folios 44 y 45 se limita a aclarar algunas consultas hechas por los mismos empleados sobre el otorgamiento de préstamos; y en el penúltimo párrafo de la primera hoja, se lee: "como ustedes muy bien saben, los empleados sólo podrán beneficiarse por una sola vez del régimen de préstamos especiales". Se refiere, en consecuencia, a lo que consta en la primera acta estudiada, que no regulaba la posibilidad de un segundo préstamo, que es lo que el actor pretende.

De los documentos anteriores no puede deducirse que el Banco estuviese obligado a conceder a sus empleados o ex empleados un segundo préstamo para vivienda, sino que podía otorgarlo a juicio de su Junta Directiva. Esta fue la conclusión del Tribunal, que no aparece así tomada con manifiesto o evidente error de hecho, según lo afirma el impugnante.

El recurrente indica también como no apreciadas las contestaciones a los hechos 10, 11, 12, 14 y 16 de la demanda, que en su concepto envuelven una confesión. Ellas invariablemente dicen: "es cierto; pero aclaro que el segundo préstamo es a juicio de la Junta Directiva del Banco", y en estas condiciones por virtud de la indivisibilidad de la confesión, si se admite en cuanto a la posibilidad del préstamo, también debe aceptarse que su otorgamiento es potestativo de la Directiva del establecimiento demandado.

Lo propio ocurre con la absolución de posiciones del gerente general del Banco, que responde en todos los casos que la concesión del préstamo quedaba a juicio de la Junta Directiva de éste. Así, por ejemplo, al contestar la pregunta 8ª, asienta: "sí es cierto, y aclaro que los pensionados pueden disfrutar de créditos para vivienda, pero repito que su otorgamiento es potestativo de la Junta Directiva de la entidad y por consiguiente solamente a juicio de ella está en cada caso su aprobación o negativa". Respecto de la pregunta 9ª, manifestó: "sí es cierto, pero reitero una vez más que la aprobación de segundo préstamo queda a juicio de la Junta Directiva".

De estas últimas pruebas resulta igualmente que el otorgamiento de un segundo préstamo para vivienda es potestativo del Banco demandado, por lo cual no existió el error de hecho atribuido al fallo *sub examine*, ni fue quebrantado el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, pues una prestación de esa índole (potestativa) no puede emanar precisamente de la relación jurídica que ligó a las partes.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Observa la Corte que, como lo anota la censura, el ad quem, **no obstante que en las condenas que efectuó en el pronunciamiento que se revisa comprenden, primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, de una manera general indica que, desde la fecha de la** terminación del contrato de trabajo **—por muerte del trabajador— hasta la fecha de la notificación de la demanda no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo, cuando el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando dispone que: "las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código prescriben en tres años,** que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, **salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el prente estatuto". (Se subraya).**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Acta número 14.

Los señores: *Hipólito Betancourt y Emperatriz Rojas de Betancourt,* como herederos del señor Hipólito Betancourt Rojas, presentaron demanda laboral *contra la sucesión de Antonio J. Ramírez Castillo* representada por: Josefina, Jorge Arturo, Mercedes, María Luisa, Luis Alfredo Ramírez Castillo y Esther Ramírez de Núñez, con la finalidad de obtener el pago de: cesantía, primas de servicios por el tiempo servido, vacaciones por igual tiempo, salarios pendientes, salarios nocturnos y extras nocturnos, salarios en especie, dominicales y festivos e indemnización moratoria.

Como hechos se expuso en la demanda que:

El señor Hipólito Betancourt Rojas entró a trabajar con el señor Antonio José Ramírez Castillo desde el dos (2) de enero de 1960, a término indefinido, con un sueldo en dinero de $ 1.500, y en especie así: por concepto de alimentación $ 750 y por habitación $ 150. Que la actividad del trabajador fue la de administrar el establecimiento denominado "El 5 y 6" y que murió repentinamente el 8 de diciembre de 1966. Que ni el patrón ni sus herederos han cancelado el valor de las prestaciones que fueron objeto de la demanda.

La parte demandada, por medio de curador *ad litem* se opuso a lo principal de la acción, negó los hechos de la demanda y presentó la excepción de prescripción.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de diez de diciembre de mil novecientos setenta en el que resolvió de la siguiente manera:

"*Primero. Condénase* a la sucesión de Antonio Ramírez Castillo, abierta y radicada en el Juzgado Undécimo Civil de Bogotá, representada por los herederos del causante, María Luisa Ramírez Castillo, Josefina Ramírez Castillo, Mercedes Ramírez Castillo, Luis Ramírez Castillo y Ester Ramírez C. viuda de Núñez, a pagarle a Hipólito Betancourt y Emperatriz Rojas de Betancourt, mayores y vecinos de Bogotá y en su condición de herederos forzosos del ex trabajador Hipólito Betancourt Rojas, fallecido en esta ciudad al servicio del *de cujus,* las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que se indican adelante:

"a) La suma de quince mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con setenta y ocho centa-

vos ($ 15.944.78) moneda corriente por concepto de cesantía;

"b) La suma de siete mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 7.475) moneda corriente, por concepto de prima de servicios;

"c) La suma de cuatro mil setecientos noventa y seis pesos ($ 4.796) moneda corriente, por concepto de vacaciones;

"d) La suma de setenta y seis pesos con sesenta centavos ($ 76.60) moneda corriente, diarios, a partir del día 9 de diciembre de 1966, hasta cuando se le paguen todos los valores correspondientes, a razón de $ 76.60 diarios, como se ha dicho;

"e) La suma de veintisiete mil seiscientos pesos ($ 27.600) moneda corriente, por concepto del seguro de vida patronal obligatorio que le corresponde.

"*Segundo. Declárase no probada la excepción perentoria de prescripción* invocada por el curador de la parte demandada.

"*Tercero. Absuelve* a la *sucesión de Antonio José Ramírez Castillo*... de las demás peticiones de la demanda...".

Apelaron los apoderados de las partes de tal providencia y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* por medio de sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos setenta y dos resolvió así:

"1º *Confírmase* la condena del punto primero literal a) por concepto de auxilio de cesantía, pero modificada quedando en la cantidad de diez mil trescientos noventa y nueve pesos con noventa y seis centavos ($ 10.399.96) moneda corriente.

"2º *Confírmase* la condena del punto primero literal b) por concepto de prima de servicio, pero modificada, quedando en la cantidad de diez mil trescientos noventa y nueve pesos con noventa y seis centavos ($ 10.399.96) moneda corriente.

"3º *Confírmase* la condena del punto primero literal c) por concepto de vacaciones, pero modificada, quedando en la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000) moneda corriente.

"4º *Confírmase* la condena del punto primero literal d) por concepto de indemnización moratoria, pero modificada, quedando en la cantidad de cincuenta pesos ($ 50) diarios moneda corriente, a partir del día 9 de diciembre de 1966, hasta cuando se paguen las deudas laborales pendientes.

"5º *Confírmase* la condena del punto primero literal a) por concepto de seguro de vida patronal obligatorio, pero modificada, quedando la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000) moneda corriente.

"6º *Confírmanse* los puntos segundo, tercero y cuarto.

"7º *Condénase* a la *sucesión de Antonio José Ramírez Castillo*... a pagarles... la cantidad de un mil ochocientos pesos ($ 1.800) moneda corriente, por concepto de sueldos pendientes.

"8º *Costas* de esta instancia a cargo de la parte demandada".

Interpuso el recurso de casación contra esa sentencia el curador *ad litem* de la parte demandada, concedido éste y admitido aquí por la Sala, en tiempo oportuno fue presentada la respectiva demanda así como la réplica de la opositora.

En consecuencia se procede a decidir:

La demanda:

Dice el casacionista:

"El alcance de la impugnación se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia acusada en cuanto mediante ella se condenó a la sucesión que represento al pago de todas las primas y vacaciones causadas durante la ejecución del contrato, y también al pago de salarios insolutos de un mes y seis días sin declarar probada la excepción de prescripción respecto de los salarios, vacaciones y primas de servicio causados y exigibles con anterioridad al 28 de noviembre de 1969, fecha en que se notificó al curador el auto admisorio de la demanda. Pido que la Corte convertida en Tribunal de instancia revoque parcialmente o modifique la sentencia de primer grado y respecto de las primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos exigibles con anterioridad al 28 de noviembre de 1969, se declare probada la excepción de prescripción".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta un solo cargo en la siguiente forma:

"*Cargo único.* La sentencia acusada viola por interpretación errónea el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 57 numeral 4º, 134, 186, 189 y 306 del mismo estatuto, que se aplicaron indebidamente.

"El juzgador de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 488 precitado, porque considera que el término de la prescripción ordinaria de tres años que rige en materia laboral,

sólo principia a contarse desde la terminación del contrato, cuando según la norma se cuenta 'desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible'. Solamente por esa errónea interpretación pudo concluir, respecto de las primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, que 'entre la fecha de terminación del contrato de trabajo —por muerte del trabajador el día 8 de diciembre de 1966—, y la fecha en que tuvo lugar la notificación de la demanda el día 28 de noviembre de 1966 no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo'.

"Cierto que el término prescriptivo de algunas acreencias laborales, tales como la cesantía definitiva y la indemnización por despido, principia a contarse a partir de la terminación del contrato, pero otras, como las primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, son generalmente exigibles durante la vigencia del vínculo contractual, y es a partir de su exigibilidad que principia a contarse el término de la prescripción.

"Por la interpretación errónea anotada se incurrió también en quebrantamiento de las disposiciones precisadas en la enunciación del cargo y que consagran el derecho al pago de salarios, vacaciones y primas de servicio. La incidencia de tal interpretación errónea en el presente caso radica en que no se declaró —debiendo hacerlo— probada o fundada la excepción de prescripción respecto de los salarios, vacaciones y primas exigibles antes del 28 de noviembre de 1969. Debe casarse la sentencia y restablecerse el derecho en la forma indicada al señalar el alcance de la impugnación".

Se estudia el cargo:

El Tribunal en el paso de la sentencia acusada en donde trata de la prescripción se expresa de la manera como en seguida se transcribe:

"... En la contestación de la demanda, el curador *ad litem*, a cuyo cargo estuvo la defensa de los intereses de la parte demandada, doctor Héctor Pabón Lasso, propone la excepción de prescripción.

"Pero entre la fecha de terminación del contrato de trabajo —por muerte del trabajador el día 8 de diciembre de 1966—, y la fecha en que tuvo lugar la notificación de la demanda el día 28 de noviembre de 1969 no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo. No prospera, por consiguiente, la excepción propuesta por la parte demandada".

Observa la Corte que, como lo anota la censura, el ad quem, *no obstante que en las condenas que efectuó en el pronunciamiento que se revisa comprenden primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, de una manera general indica que, desde la fecha de la* terminación del contrato de trabajo *—por muerte del trabajador— hasta la fecha de la notificación de la demanda no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo, cuando el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando dispone que: "las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código prescriben en tres años,* que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, *salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto". (Se subraya).*

Y es bien sabido que, las primas de servicio empiezan a prescribir al día siguiente del indicado para su pago que no es otro que el determinado por el artículo 306, del Código Sustantivo del Trabajo. Vale decir que, la del primer semestre que tiene que pagarse en el último día de junio, empieza a correr su término de prescripción el 1º de julio subsiguiente, y la del segundo semestre que debe ser cubierta por el patrón dentro de los primeros veinte días de diciembre, corre en su término prescriptivo a partir del 21 del mismo mes.

En cuanto a vacaciones, el período de prescripción de éstas empieza a correr al vencimiento del año siguiente a la fecha en que se cumple el tiempo de servicio y se causa el derecho a exigirlas, porque el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo indica al patrón que dentro del año subsiguiente debe señalar la fecha en que el trabajador pueda disfrutarlas y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador. Cuando son acumuladas, lo que no puede hacerse sino mediante convención de las partes *dentro de los límites establecidos por la ley, la prescripción empieza a correr al término de la acumulación.*

Y en lo atinente a los salarios, éstos empiezan a prescribir al día siguiente del indicado para su pago.

Por manera que al entender de modo general el ad quem que la *prescripción para los efectos antes indicados empieza en tales casos desde la terminación del contrato de trabajo, ciertamente le dio al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo una interpretación contraria a sus tér-*

minos claros y que no corresponde a su verdadero espíritu.

En el caso concreto de las primas de servicio, la del primer semestre de mil novecientos sesenta y seis empezó a prescribir el primero de julio del mismo año, y como la demanda fue notificada en 28 de noviembre de 1969, ya había corrido para ese derecho el tiempo necesario para liberar al patrono-deudor del pago de la misma, por haberse cumplido los tres años necesarios para extinguir la obligación el 30 de junio de este último año citado. En cambio *está vigente la prima proporcional que corresponde al último semestre* de mil novecientos sesenta y seis para la que no alcanzó a correr la prescripción.

En lo atinente a vacaciones son exigibles en el caso de estudio; las proporcionales al tiempo servido desde el dos de enero de mil novecientos sesenta y seis hasta la muerte del trabajador 8 de diciembre del mismo año y las que corresponden al servicio de 2 de enero de 1965 a 2 de enero de 1966, para las que no alcanzó a transcurrir el período necesario para la prescripción.

En cuanto a las del trabajo comprendido entre el dos de enero de 1964 al dos de enero de 1965, cuyo término de prescripción empezó a correr el 2 de enero de 1966 *quedaron* prescritas el 2 de enero de 1969 toda vez que la demanda, como está anotado antes, fue notificada el 28 de noviembre de este último año, y, en consecuencia, está extinguida también por prescripción la obligación de pagar las anteriores.

Por lo que atañe a los salarios insolutos del último mes de trabajo y unos días, son exigibles, porque para ellos no alcanzó a transcurrir la prescripción extintiva de esa obligación patronal.

En consecuencia de lo expuesto, el cargo prospera en virtud de la mencionada interpretación errónea del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente en lo relacionado con las primas y vacaciones prescritas de cuyas fechas se da cuenta en los pasos anteriores de esta parte motiva.

Consideraciones de instancia.

Además de las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia, cabe anotar aquí que, comoquiera que están prescritas las primas anteriores al 1º de julio de 1966, y la del último semestre de este año es proporcional toda vez que el servicio duró cinco meses y siete días, hechas las operaciones aritméticas pertinentes teniendo en cuenta el sueldo mensual de un mil quinientos pesos ($ 1.500) reconocido en la sentencia, *corresponde a la parte demandante* una prima por la cantidad de seiscientos cincuenta y cuatro pesos con dieciséis centavos ($ 654.16) y por vacaciones, como están prescritas las anteriores al año de trabajo que empezó el dos (2) de enero de 1965, quedan vigentes sólo las de este indicado año y las proporcionales del 2 de enero de 1966 a la muerte del trabajador, 8 de diciembre del mismo año, cuya cuantía resultante es la de $ 750 por el primer concepto y de $ 698.88 por el segundo, o sea en total la cantidad de mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos ($ 1.448.88) moneda legal.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos setenta y dos, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto: en el ordinal 2º de la parte resolutiva condenó a la demandada a pagar por primas de servicios la cantidad de $ 10.399.96 y en el ordinal 3º de esa resolución condenó a pagar por vacaciones la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000) moneda corriente y en *sede* de instancia, *reforma* los apartes b) y c) del punto primero de la decisión comprendida en el fallo de diez de diciembre de mil novecientos setenta, proferido en este mismo juicio por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, los que quedan así:

b) La parte demandada deberá pagar a la actora del juicio la cantidad de: seiscientos cincuenta y cuatro pesos con dieciséis centavos ($ 654.16) por prima de servicios;

c) Así mismo la demandada pagará a la demandante por concepto de vacaciones la cantidad de un mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos ($ 1,448.88) moneda legal.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Los Magistrados.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

"El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección Primera - Acta número 16.

Pedro Nel Valdés Perea demandó, por medio de apoderado, a la *Nación —Ministerio de Agricultura—* para que lo reintegrara al cargo de obrero calificado que venía desempeñando en virtud de contrato de trabajo y del que fue despedido unilateral e injustamente, reintegro que pidió con pago de los jornales correspondientes desde la fecha del despido, y, en subsidio, la indemnización por este último hecho de acuerdo con el tiempo laborado; el salario de 17 días servidos con posterioridad al retiro; la cesantía; la compensación en dinero de vacaciones por el tiempo comprendido entre el 15 de marzo de 1967 y el 14 de marzo de 1968; subsidio familiar por cónyuge y cuatro hijos; aumento de sueldos para trabajadores de ministerios, desde el 1º de septiembre de 1968, e indemnización por enfermedad profesional, pretensiones que fundamentó en los siguientes hechos:

"1º Mi mandante señor Pedro Nel Valdés Perea concertó contrato verbal a término indefinido con el Ministerio de Agricultura a partir del día seis de febrero de mil novecientos sesenta y uno para desempeñar las funciones de obrero calificado.

"2º El Ministerio de Agricultura dio por terminado dicho contrato en forma unilateral y sin justa causa, debidamente comprobada a partir del primero de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, época en que Valdés se encontraba disfrutando de vacaciones las que vencían el día 17 del mismo mes de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho.

"3º El Ministerio de Agricultura no le ha cancelado hasta la fecha a mi mandante ni la cesantía, ni las vacaciones, ni los jornales pendientes, ni el subsidio familiar, ni el aumento ordenado a partir del 1º de septiembre de 1968, ni la indemnización por enfermedad profesional, indicados en la parte petitoria de esta demanda.

"4º Mi mandante agotó activamente la vía gubernativa, nota del 17 de enero de 1969".

El Procurador del Distrito Judicial de Bogotá se opuso a las acciones instauradas, con solicitud de costas para el demandante, manifestando, en cuanto a los hechos, que se atenía a lo que resultare probado en el juicio, y excepcionando declinatoria de jurisdicción por no ser contractual el vínculo aducido, ni competente la justicia del trabajo.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del actor corrigió la demanda para solicitar el reajuste de salarios de la Ley 1ª de 1963, salarios insolutos de 17 días, vacaciones, lucro cesante, subsidio familiar e indemnización por mora, con base en los siguientes hechos:

"Mi poderdante mediante contrato verbal de trabajo prestó sus servicios a la Nación en el Ministerio de Agricultura y Ganadería desde el 6 de febrero de 1961, como obrero hasta el 1º de diciembre de 1968 en que fue despedido unilateral e injustamente según la Resolución número 1129 de 22 de noviembre de 1968.

"2. Mi poderdante devengaba al momento de su despido un jornal diario de $ 33 moneda corriente.

"3. Mi poderdante no recibió los salarios correspondientes a 17 días trabajados.

"4. Mi poderdante al momento de su despido no recibió su indemnización por las vacaciones no disfrutadas durante el último año de servicios en tiempo remunerado.

"5. Mi poderdante no recibió tampoco el subsidio familiar de sus cuatro hijos correspondiente a los años de 1967 y 1968, así como tampoco los aumentos de jornales de la Ley 1ª de 1963.

"6. Mi poderdante tampoco recibió su indemnización por su despido.

"7. Mi poderdante agotó el procedimiento gubernativo con fecha 17 de enero de 1969 sin haber obtenido respuesta alguna dentro del término legal".

Posteriormente se desistió de la súplica sobre subsidio familiar, y el representante de la Nación negó otra vez el derecho y la razón para pedir, así como los hechos, y propuso las excepciones de inexistencia total o parcial de las obligaciones, pago y prescripción, si alguna vez existieron aquéllas.

En sentencia de 8 de marzo de 1971, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, reconoció naturaleza contractual a la relación de autos y condenó a la Nación a pagar al demandante Valdés, de las condiciones que registra el proceso, $ 495 por concepto de compensación de vacaciones, $ 3.465 por indemnización del lucro cesante y $ 33 diarios a partir del 21 de marzo de 1969 y hasta la cancelación del extremo por lucro, a título de sanción moratoria. Declaró probada la excepción de pago respecto de la cesantía y absolvió de las demás peticiones del libelo inicial.

Apelada esta decisión por los apoderados de los litigantes, *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* la revocó en todas sus partes, por estimar que el vínculo de trabajo no fue un contrato y que debía prosperar, en consecuencia, la excepción de declinatoria de jurisdicción, absolviéndose a la demandada de las acciones incoadas.

La providencia anterior se dictó el 6 de septiembre de 1972 y contra ella interpuso el recurso de casación el apoderado del trabajador; y habiéndoselo concedido el *ad quem* y recibido la Corte en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de oposición formulado por el Procurador Delegado en lo Civil.

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto de la sentencia del Tribunal para que, en la subsiguiente de instancia, se acojan las condenas del *a quo* por vacaciones y por lucro y la moratoria, con modificación de que ella opere hasta la cancelación de los dos extremos anteriores y no solamente del que señaló el juzgador de primer grado. Para estos efectos se formulan dos cargos, que se examinan en su orden, así como las razones del opositor.

Primer cargo.

Acusa infracción directa por no aplicación de los artículos 1º, 11 y 58, inciso final, de la Ley 6ª de 1945; 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; 4º, 20, 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 2º de la Ley 72 de 1931; 4º del Decreto 484 de 1944 y 3º del Decreto 2939 de 1944, cuyos ordenamientos principales reseña. En seguida (en página que señala con el mismo número que la anterior, por lo que al Procurador le parece que ésta dejó de retirarse, por el recurrente, de su escrito, por olvido) se acusa la sentencia de haber incurrido en infracción directa por errónea interpretación de los preceptos singularizados, y, además, de los artículos 1º y 2º del Código Procesal del Trabajo, textos cuyo contenido también sintetiza el impugnador.

En desarrollo del cargo, el casacionista alega que el Tribunal incurrió en la dicha infracción directa por errónea interpretación, al restringir el contenido y alcance del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y, específicamente, de su caso final exceptivo, cuando afirma que, en el litigio, la Nación no es una institución y por lo mismo sobra buscar otras identidades en la dicha norma, para darle aplicación a la excepción que más se acerca al caso en estudio. El acusador transcribe la dicha normación, que enuncia las entidades del orden nacional, departamental o municipal con las cuales puede existir el contrato de trabajo, siempre que ellas ejecuten las actividades a que se refieren los casos de excepción, y comenta que, por ello, no podía el Tribunal afirmar que la demandada es una institución no comprendida dentro de las personas a que se refiere dicho precepto y con las cuales puede existir la vinculación contractual. Invoca, además, sentencia de la Corte en la que al interpretarse la parte exceptiva del texto referido se expresó, respecto de la identidad de la institución oficial con cualquier establecimiento privado, que ella no puede ser esencial o metafísica sino analógica, más que todo en razón de la

forma externa de su fundación y manejo o de sus métodos de operación, debiéndose examinar también el trabajo que se efectúe, (4 de mayo de 1966, Pedro Villarreal contra Departamento del Magdalena) y concluye, el acusador, que al Tribunal le habría bastado examinar el trabajo del obrero calificado de autos, vacunador y viverista, para fijar la identidad o analogía entre el patrón oficial y el privado y entre las funciones desempeñadas por Valdés y un obrero de granja particular. El recurrente alega, en forma extensa, sobre estos particulares, con referencia a las piezas del proceso, y sostiene que no hay duda de que, en el *sub lite,* sí hubo un contrato de trabajo, con las modalidades de duración, salario devengado, etc., afirmados por el actor, por lo que la sentencia debe casarse y acogerse la decisión del primer grado.

El Procurador Delegado en lo Civil formula diversos reparos de carácter técnico a la demanda de casación, acerca de los cuales la Sala recogerá los que estime fundados, y, en cuanto al cargo mismo, el dicho opositor rechaza la exégesis del recurrente sobre su texto central, pues éste no consagra, para los efectos aducidos, el criterio de la actividad particular de la persona que trabaja sino el orgánico o institucional de la entidad, y la de autos es el Ministerio de Agricultura y Ganadería, dependencia típicamente estatal, ni idéntica ni similar a la de particulares o susceptible de ser fundada y manejada por éstos.

Se considera.

La infracción directa, la interpretación errónea y la aplicación indebida (y en ésta, la modalidad de la no aplicación) son conceptos distintos de violación de la ley, que no pueden predicarse, al tiempo, respecto de unos mismos preceptos, en un solo cargo, como lo han explicado extensamente la doctrina y la Corte, debido a las diferentes ocurrencias lógicas y circunstancias fácticas, en su caso, que los generan. Prescindiendo de la página que parece incorporada por equivocación en el escrito del recurrente —como lo observa el opositor— que agregaría un tercer concepto a su ataque, y concretándose la Sala a lo que se desarrolla en el mismo, él plantea infracción directa e interpretación errónea confundiendo dos de aquellos conceptos, que si bien caben en la vía directa no pueden darse simultáneamente, pues el primero implica ignorancia de la norma o rebeldía contra su ordenamiento y el otro equivocado entendimiento de lo que aquella dispone, reconociéndose su existencia y sin querer disponer contra su mandato. Ni siquiera es correcto, en razón de aquella precisión de conceptos, que se afirme la infracción directa como consecuencia de la interpretación errónea (que tal parece la intención del acusador) pues desde que se pretenda un entendimiento equivocado es ilógico señalar ignorancia del mismo texto o rebeldía contra su ordenamiento propio. Habrá que estimar, pues, respecto de la acusación formulada, que se trata de interpretación errónea del texto 4º del Decreto 2127 de 1945, por la que el Tribunal no la aplicó en su parte exceptiva, consagratoria de vinculación contractual, pero que no es infracción directa como también se la señala, aunque sí violación de esta vía, lo que posiblemente explica el defecto de presentación del cargo.

En cuanto al alcance de la impugnación, el Procurador observa que el recurrente pide la casación del fallo del *ad quem* y su invalidación, lo que no es correcto; en segundo lugar, que solicita a la Corte, como tribunal de instancia, que acoja el fallo de primer grado y condene a la Nación a las sumas y por los conceptos ordenados por el *a quo,* lo que sobra; y, finalmente, que se disponga que la indemnización moratoria se extienda hasta cuando la Nación pague la compensación de vacaciones, lo que no estaba ordenado así por el Juzgado en fallo que si bien apeló el apoderado del trabajador, ante el *ad quem* se limitó a solicitar su confirmación, careciendo hoy de interés, la dicha parte, para la adición que formula. Para la Sala impetrada la casación de la sentencia recurrida es impropio agregar que se la invalide, pues a eso equivale aquel quebranto, pero ello no constituye defecto de tal entidad que obligue a la descalificación del recurso; solicitar que se acoja el fallo de primer grado y se condene a lo que él dispone es lo mismo o repetición del pedimento, pero tampoco impone rechazo ya que la exigencia, en este punto, es la de que se exprese lo que deba hacerse en la decisión de instancia subsiguiente; y en cuanto a la falta de interés para que, en caso de prosperidad del recurso, se lleve la indemnización moratoria hasta la cancelación de las vacaciones, es cierto que, ante el Tribunal, el apoderado de Valdés al sustentar el recurso de apelación —interpuesto por los litigantes y concedido a ambos— pidió que se confirmara la sentencia de primer grado, pero agregó "que en todo lo que esté de acuerdo con las indemnizaciones de mi poderdante", expresión que también cabe entender en el sentido que le fija en el recurso extraordinario, por lo que la Sala no ha

de descalificar ese extremo de su *petitum,* por falta de interés.

En lo que se relaciona con el cargo mismo —centrado en la interpretación errónea del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, para las consecuencias de los demás preceptos que integran la proposición jurídica— la exégesis del acusador finca el contrato laboral del servidor de la administración en la actividad del trabajador —obrero calificado, vacunador, viverista del Ministerio de Agricultura— en el *sub lite,* y rechaza la del Tribunal, que estimó que la Nación no es una institución idéntica a la de los particulares ni susceptible de ser fundada y manejada por éstos en la misma forma que las instituciones particulares, que es como debe precisarse la frase principal del fallo que motiva el recurso.

En el campo de la norma, fuera de las implicaciones de hecho, como ha de hacerse frente a una acusación por interpretación errónea, la Sala no comparte la opinión del recurrente, pues en esta materia, su entendimiento de aquel texto de 1945 está contenido en la providencia que invocó el *ad quem,* de fecha 2 de octubre de 1970, reiterado en sentencias posteriores, conforme al cual *"el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios".* (Rosendo Jiménez Ruiz contra Departamento de Cundinamarca e Instituto de Seguridad Social. Y en el mismo sentido, Manuel Cabarico Bautista contra la Nación —Ministerio de Minas y Petróleos— 12 de febrero de 1973).

No se configura, pues, la interpretación errónea que acusa el apoderado de Valdés Perea, con base en el trabajo que cumplió éste como obrero calificado, vacunador y viverista, del Ministerio de Agricultura, pues *no es la actividad del trabajador, materialmente considerada y referida a la que se ejecute para persona de derecho privado, la que determina la calificación contractual, en los servidores oficiales, según el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, sino la de la entidad en que se prestan los servicios, que siendo el Ministerio de Agricultura, en el* sub lite, *en dependencia agropecuaria, no podía apreciarse ni como construcción o sostenimiento de obras públicas, ni como empresa industrial, agrícola o ganadera que se explote con ánimo de lucro, ni como institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma.* Que fue lo que hizo el fallador, con entendimiento que se ajustó al de la Corte sobre el precepto en cuestión, cuando juzgó que no fue contractual la vinculación de autos. No podían, por lo tanto, aplicarse los textos laborales que reclama el acusador, y el cargo, a más de los defectos que se le han anotado, carece de fundamento.

Segundo cargo.

Por la vía indirecta del error de hecho acusa aplicación indebida de los mismos textos del ataque anterior, reseñando el contenido principal de cada uno de ellos, violaciones en las que incurrió el Tribunal "por haber apreciado mal y parcialmente las documentarias de los folios 1 a 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35 a 38, 39 a 40, 58 a 62, 71 a 72, 77, 78, 79, 80, 81 a 86, 99, 106 a 108, 111, 112, relacionados con demanda ordinaria, su corrección, decretamiento de pruebas documentarias sobre tiempo de servicios, jornales devengados, lugares de trabajo, labor desempeñada, exclusión o terminación del servicio, relacionados con mi poderdante Pedro Nel Valdés Perea, así como actividades del Ministerio de Agricultura respecto a zonas agropecuarias, ya que el honorable Tribunal afirma que mi poderdante prestó sus servicios a la Nación - Ministerio de Agricultura, en sus funciones de obrero calificado, como vacunador y viverista, y dejó de apreciarlas en cuanto tales pruebas afirman que dicho trabajador prestó sus servicios desde el 6 de febrero de 1961 hasta el 23 de febrero de 1963, y del 16 de marzo de 1963 al 30 de noviembre de 1968, con un jornal último de $ 33, como obrero calificado, en las funciones de vacunador, ayudante viverista, y que el Ministerio de Agricultura ejecutó actividades análogas en las zonas agropecuarias, agrícolas, o de recursos naturales, a las de un patrono particular, en una granja agrícola o agropecuaria particular".

El acusador transcribe el pasaje de la sentencia del *ad quem* en que se apreció que la vinculación de autos no fue contractual —con las consecuencias que impugna el recurso— y sostiene que, por las razones del fallador, no se dio por demostrado, estándolo, que entre Valdés y la Nación existió el dicho contrato de trabajo; que el Ministerio de Agricultura radicó e incluyó en planillas al demandante en sus zonas agropecuarias del Meta, como Inspector Vacunador con jornal de $ 20, de Boyacá y Casanare con el mismo jornal, de Cundinamarca como ayudante viverista con $ 24 y como obrero calificado con $ 33 a partir del 1º de mayo de 1966, y en el

Inderena con esta última condición desde el 13 de noviembre siguiente; que fue radicado, incluido en planillas, declarado insubsistente y excluido de planillas en las distintas fechas que dichos documentos mencionan; que las funciones de vacunador, ayudante de viverista y obrero calificado, desempeñadas por Valdés en el Ministerio de Agricultura, en sus zonas agropecuarias del Meta, Boyacá, Casanare y Cundinamarca son idénticas o análogas a las ejercidas en tales cargos por "otro trabajador particular que ejerza iguales funciones o jornal, en granjas agrícolas o agropecuarias de carácter particular"; y que el demandante fue despedido, a partir del 1º de diciembre de 1968, cuando se encontraba en vacaciones y le faltaban tres meses y medio de la prórroga automática de su contrato, sin que le compensaran en dinero las vacaciones ni le indemnizaran el lucro cesante.

El acusador alega sobre estos particulares y luego manifiesta que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 solamente exige, "como elemento esencial para que exista el contrato de trabajo la *índole* de la *actividad* (subrayo) a que se dedique la respectiva entidad oficial", expresa que "lo anterior quiere significar que la labor del juzgador laboral para determinar su competencia, en las controversias surgidas entre la administración pública y sus servidores consistirá en rastrear y encontrar si el trabajador oficial ha prestado sus servicios a dicha entidad pública, en una de las actividades cuya índole sea la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a la de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por estos en la misma forma". Reitera este criterio en páginas siguientes, agregando que la identidad de la institución oficial con cualquier establecimiento privado no puede ser esencial o metafísica sino analógica, en razón de la forma externa de su fundación y manejo o de sus métodos de operación, y, volviendo sobre las pruebas, que, según el recurrente, el Tribunal no quiso apreciar o apreció mal y parcialmente, sostiene que se estaba en presencia de una granja agropecuaria oficial del Ministerio de Agricultura y de un trabajador oficial y que "bastaba que el honorable Tribunal examinara el trabajo de un obrero calificado de una zona agropecuaria oficial anexa al Ministerio de Agricultura, o también de un vacunador, o ayudante de viverista u obrero calificado en recursos naturales, con las funciones desempeñadas por el mismo obrero calificado, vacunador, ayudante de viverista, particular, en una granja agropecuaria o agrícola, de carácter particular, para concluir la identidad o analogía entre el patrono oficial y el privado y quien le presta tales servicios; y por ende el contrato de trabajo entre la entidad oficial y su trabajador. Porque tanto el patrono oficial de una granja agropecuaria, y el particular se comportan de igual manera frente a su trabajador".

Por todo lo cual se debe casar el fallo recurrido y disponerse, por la Corte, conforme a lo pedido en el alcance de la impugnación.

Para el opositor, entre los documentos citados por el recurrente figuran la demanda inicial y su corrección o adición, cuya censura por error de hecho, en la casación laboral, sólo es admisible en cuanto contengan confesión, y de los restantes se desprende que el demandante prestó sus servicios en el Ministerio de Agricultura y no en una institución de las contempladas por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Observa, además, que el acusador insiste en comparar la actividad del servidor con la de los particulares para reclamar la calidad de trabajador oficial y transcribe la jurisprudencia de la Corte que no admite tal criterio, como ya se expresó.

Se considera.

El cargo presenta unas mismas pruebas como dejadas de apreciar y como mal apreciadas, parcialmente, incurriendo en defecto técnico —anotable en esta oportunidad— pues las dos ocurrencias no pueden darse lógicamente, de modo simultáneo. Además, aduce, en unos pasajes, como "elemento esencial" para fijar el criterio sobre la existencia del contrato de trabajo en el orden de las relaciones oficiales, conforme al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, el de la actividad de la entidad pública y, en otros, el de la del trabajador, alegando también, respecto de aquella, que ha de comparársela con la de las instituciones particulares no en razón de identidad metafísica sino analógica, por la forma externa de su fundación o manejo o de sus métodos de operación.

Acerca de esto último fue reiterado ya el criterio de la Corte, al resolver el cargo primero. Y en lo que se relaciona con el presente basta anotar que ninguna de las probanzas que destaca el acusador muestra al Ministerio de Agricultura como institución idéntica a la de los particulares ni susceptible de ser fundada o manejada por ellos, por ningún respecto metafísico ni analógico. Inclusive, desde el punto de vista

de la forma externa de su fundación, manejo o método de operación, las pruebas no exhiben, ni para las granjas en que trabajó Valdés Perea, la pretendida analogía. Por el contrario varias de ellas revelan su condición diferenciada de la de cualquier trabajador particular, y a través de la sola materialidad del oficio desempeñado no es posible deducir el contrato a que se aspira.

Tampoco en el campo, pues, del error de hecho de este cargo se le puede encontrar fundado, y la decisión recurrida, que ya se había mantenido en el de la norma misma, de la vía directa del primer ataque, no ha de quebrantarse.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso dictada el 6 de septiembre de 1972 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de Pedro Nel Valdés Perea contra la Nación, Ministerio de Agricultura.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA

El pago tardío acarrea indemnización por mora, pero el pago equivocado sin malicia, no conlleva la sanción, mientras no se establezca la equivocación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril catorce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección Primera - Radicación número 4268

Acta número 16.

Miguel Angel Sanmiguel, identificado con la cédula de ciudadanía número 4873532 expedida en Neiva, demandó por medio de apoderado a *Taxi Aéreo Opita Limitada, "TAO",* para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: que entre las partes existió un contrato de trabajo sobre prestación de servicios como copiloto de aeronaves, a partir del 1º de enero de 1967; que dicho contrato terminó el 14 de diciembre de 1970, por despido injusto; que el actor adquirió enfermedad profesional que afecta sus facultades mentales; que tiene derecho a indemnización por daños y perjuicios, provenientes de no haberle suministrado las atenciones y tratamientos médicos requeridos, y haber causado la cancelación de la licencia de piloto comercial; que el actor sufrió accidente de trabajo que produjo fractura de la extremidad superior izquierda; que la demandada debe $ 13.735 como indemnización por despido, $ 7.277.77 por cesantía, $ 17.324 por primas de servicios, $ 6.250 por vacaciones causadas y no disfrutadas, $ 14.151.54 como valor descontado en la liquidación de prestaciones, la indemnización por falta de pago, $ 27.324 como salarios de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1970; la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria requerida; $ 25.000 por disminución de la capacidad de trabajo a consecuencia del accidente, la indemnización laboral por enfermedad profesional, la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la enfermedad y del accidente, y los gastos del juicio.

Los hechos en que se apoyan las pretensiones, son: que el 1º de enero de 1967 las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, por el cual Miguel Angel Sanmiguel prestaría servicios como copiloto, bajo subordinación y mediante sueldo mensual de $ 5.000, con la condición de que se le practicaría chequeo sobre sus buenos conocimientos para ascenso a oficial mayor y aumento de sueldo; que no se practicó examen médico de ingreso; que transcurridos once meses de trabajo, el actor comenzó a sentir trastornos mentales que le impedían seguir el control de la nave; que la empresa envió al copiloto Sanmiguel a exámenes médicos en el Hospital Militar, donde el especialista Luis Casasbuenas Duarte manifestó después de 8 días, que se podía reintegrar a las actividades de copiloto, pero continuando el tratamiento prescrito por el galeno; que al reincorporarse, le fue imposible seguir el tratamiento, porque la empresa le obligó a prestar servicios forzados que trajeron nuevamente los estados depresivos y la pérdida de conocimiento en pleno vuelo; que la Aeronáutica Civil le canceló la licencia de piloto comercial mediante diagnóstico de hipertensión arterial y encefalopatía angioespástica; que según memorandum de 21 de julio de 1970, se le nombró jefe de tanqueos de los aviones HK-1078 y HK-556, con el mismo sueldo y sin solución de continuidad; que la empresa tuvo conocimiento de los padecimientos sufridos por el trabajador y no le puso en tratamiento, sino que le aumentó el trabajo; que su enfermedad se agravó porque se le obligó a volar nuevamente, no como copiloto,

sino para vender los jueves y domingos pasajes en apartados lugares; que en octubre de 1970, cuando se encontraba cargando un avión, se resbaló en la escalera y la caída le produjo fractura del brazo; que no recibió atención médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica; que a consecuencia del accidente quedó prácticamente incapacitado para trabajar; que se dio la orden de no transportarlo por no ser ya trabajador, a pesar de lo cual siguió prestando servicios hasta el 14 de diciembre de 1970, cuando fue liquidado y le hicieron firmar el recibo; que de la liquidación le fueron descontados $ 14.151.54; que dentro de la misma faltaron la cesantía de un año de trabajo, la prima de servicios de tres años y medio; y las vacaciones de 1967 y 1968 y de junio a diciembre de 1970; que el actor trabajó hasta el 14 de diciembre de 1970, pero no le pagaron los salarios desde el 1º de julio de ese año hasta la fecha de terminación; que no le han pagado las prestaciones debidas, por lo cual tiene derecho a indemnización moratoria; que el trabajador ha quedado afectado en su sistema nervioso; que el actor recibió oferta de la empresa por valor de $ 40.000 pero no la aceptó por insuficiente; y que la empresa incumplió la promesa del chequeo profesional.

La compañía demandada se opuso a todas las declaraciones solicitadas, negó los hechos afirmados en el libelo y propuso excepciones de pago y de inexistencia de la obligación.

En sentencia de primera instancia se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, su duración y el salario mensual de $ 5.000 y se absolvió de todas las pretensiones. La providencia fue dictada por el Juez Laboral del Circuito de Neiva, el 1º de diciembre de 1971. Apeló el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en fallo de 22 de junio de 1972, revocó la sentencia apelada, y en su lugar, después de declarar la existencia y duración del contrato de trabajo y el monto del salario, condenó a Taxi Aéreo Opita Limitada, TAO, a pagar $ 5.000 por cesantía, $ 15.000 por primas de servicio, $ 2.500 por vacaciones, indemnización moratoria a razón de $ 166.66 diarios desde el 1º de julio de 1970 hasta el pago, con descuento de $ 2.500, y las costas de ambas instancias, y absolvió de los demás cargos. Ambas partes interpusieron recursos de casación, les fueron concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, pero el recurso del trabajador fue declarado desierto, por lo cual solamente se estudia la demanda de la empresa, junto con el escrito de oposición.

El recurso.

La acusación está presentada en dos cargos que se apoyan de la primera causal de casación laboral.

Alcance de la impugnación.

Dice el procurador de la compañía recurrente:

"Como apoderado de la sociedad demandada en el negocio de la referencia, y demandante en casación, me propongo acusar la sentencia de segunda instancia proferida el 22 de junio de 1972 en dicho juicio por el honorable Tribunal Superior de Neiva, con la aspiración de que sea casada parcialmente, en cuanto revoca la del a quo y condena a mi mandante a pagar las sumas determinadas en sus ordinales segundo y tercero, para que esa honorable Corte, en función de instancia, confirme el mencionado fallo de primer grado y condene en costas a la parte que lo apeló".

Primer cargo.

Está concebido así:

"Violación, por vía indirecta, y por aplicación indebida de los artículos 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, a consecuencia de evidentes errores de hecho por equivocada apreciación de documentos auténticos, a saber: la confesión judicial que implica la demanda; los exámenes y certificados de ingreso (Fls. 20, 27, 28, 29, 31 y 35), las facturas, constancias y certificados médicos y hospitalarios de folios 3, 4, 27, 28, 33, 34 y la historia clínica de folios 46 a 48, del cuaderno principal, 2, 3 y 21 del cuaderno II y 70 y 71 del cuaderno III; la solicitud de vacaciones (Fl. 32) y el recibo de pago de sus salarios (Fl. 23); los comprobantes de pagos y de préstamos a folios 21 a 26, y la liquidación y finiquito de folio 37, cuaderno principal. Los errores de hecho consecuenciales fueron: dar por demostrado, sin estarlo, que el trabajo efectivo del actor fue de tres y medio años; que no se le dieron las vacaciones por 1968, ni las primas de servicio en 1967, 1968 y 1969, y que la empresa demandada obró de mala fe al hacer y entregar la liquidación final en diciembre de 1970 y al dar por arregladas con el capitán Sanmiguel sus deudas recíprocas entonces. Y no dar por demostrado, estándolo, que la demanda reclama, ella sí de mala

fe, deudas ya canceladas, examen de ingreso que sí se practicó al actor, indemnizaciones que no se causaron y mora en un pago de lo no debido".

Afirma el recurrente que el solo examen del documento firmado por el capitán Sanmiguel, el 14 de diciembre de 1970, en el que la empresa le liquida prima de servicios por el último semestre y vacaciones por los dos últimos años y medio, y donde existe la constancia aceptada por Sanmiguel, de que el trabajador recibió todo lo relacionado con sus prestaciones sociales y el patrono quedó a paz y salvo por todo concepto, demuestra que las primas anteriores a 1970 y las vacaciones anteriores a 1969 fueron canceladas en su oportunidad legal. Considera el impugnador que existe mala fe del demandante en reclamar esas prestaciones ya reconocidas, como se desprende de los documentos en que solicita vacaciones y en que recibe el pago de las correspondientes a 1967, lo que también extiende a la afirmación de que no hubo examen médico de ingreso, ya que lo contrario fue claramente establecido en el juicio.

Admite el atacante que hubo error en el cálculo de la cesantía, pues se dejó de computarla por un año, pero que la forma detallada de la liquidación, muestra la buena fe del patrono, que si hubiera tratado de engañar, hubiera hecho un pago global y no hubiera empleado esa forma discriminada.

Termina el cargo de la siguiente manera:

"Los errores de hecho que dejo singularizados condujeron a la indebida aplicación de las normas que regulan el pago de las vacaciones (Art. 186 del C. S. T. y 14 del D. 2351) y las primas (Art. 306 del C. S. T.), puesto que mi mandante nada adeuda por tales conceptos. Y aunque sí considero que debe los $ 5.000 de cesantía, a causa del error aritmético o de computación ya comentado, la aplicación de los preceptos que la regulan (Art. 249 del C. S. T. y 17 del D. 2351), en relación con el artículo 65, sobre indemnización moratoria, resulta indebida porque no hubo mala fe".

El opositor considera que en la demanda de casación no fueron relatados correctamente los hechos e incidencias del proceso, hace una versión semejante a la del libelo inicial y presenta los motivos que a su entender, determinaron el fallo de segundo grado.

El replicante combate el primer cargo por el aspecto de no haber demostrado el error de hecho en la apreciación del documento de liquidación en cuanto a la cesantía, asevera que por ser la liquidación fraudulenta no produce fe respecto al pago de las primas y vacaciones anteriores a las liquidadas, que debían haber sido demostradas como pagadas, asevera que hubo mala fe de la empresa al no mostrar la contabilidad y los documentos de personal, y hace especial referencia a la libertad y autonomía de la apreciación probatoria del ad quem, que respalda con algunas citas jurisprudenciales.

Se considera.

El primer error de hecho anotado por el impugnador, no aparece cometido en la sentencia acusada, pues el documento del folio 37 del cuaderno número uno, indica varias veces de manera clara, que el servicio fue prestado entre el 1º de enero de 1967 y el 30 de junio de 1970, luego la deducción del sentenciador acerca de trabajo por tres años y medio no es errónea sino ajustada a la correcta apreciación de las pruebas. Otra cosa es que haya ocurrido una equivocación en el cálculo del valor de la cesantía, cuando al tomar el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1967 y el 31 de diciembre de 1969, se haya dicho que corresponde a dos años cuando en realidad comprende tres.

Al no haberse cometido el error comentado, no hubo violación legal de la norma sobre cesantía, aplicada para condenar al valor dejado de reconocer por la equivocada liquidación del tiempo que se tomó como base para la prestación. Por lo tanto no se casará la sentencia de segunda instancia en cuanto condenó al pago de $ 5.000 por cesantía del año que dejó de computarse.

El segundo error de hecho se hace consistir en que se dio por demostrado sin estarlo, que al trabajador no se le dieron las vacaciones correspondientes al año de 1968, ni las primas de los semestres comprendidos en los años de 1967, 1968 y 1969.

La sentencia impugnada dice que en la liquidación no aparecen las citadas vacaciones y primas de servicio, por lo cual condena a ellas.

En la liquidación final de prestaciones se incluyen las que se encuentren pendientes en el momento de la terminación, pero no las que ya han sido concedidas o pagadas en la oportunidad legal, luego el razonamiento del sentenciador se muestra incorrecto.

Además, el documento del folio 37 del cuaderno primero contiene la declaración firmada por el trabajador, en el sentido de haber recibido de conformidad, todo lo relacionado con sus prestaciones sociales, sueldos, dominicales, festivos, horas extras, transportes y demás, quedando la empresa a paz y salvo por todo concepto.

Esa manifestación no puede referirse simplemente a lo que se le liquidó en ese documento, sino precisamente a los salarios y prestaciones que con anterioridad le habían sido pagados o reconocidas. Es pues evidente que el sentenciador, por no haber apreciado correctamente esa constancia del documento citado, incurrió en el error de dar por no concedidas las vacaciones correspondientes al año de 1968 y no pagadas las primas de los años 1967, 1968 y 1969.

Ese error de hecho, estimar que se debían tales vacaciones y primas de servicios, cuando la manifestación escrita del trabajador en el documento citado, hace evidente que las había recibido en su oportunidad legal, llevó al sentenciador a violar por aplicación indebida los artículos 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y el 14 del Decreto 2351 de 1965, que consagran tales derechos, porque condenó a pretensiones que ya habían sido solucionadas.

En esta parte prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia acusada en cuanto a las condenas por vacaciones y por primas de servicio.

El tercer error propuesto, dar por demostrado que la empresa demandada obró de mala fe al hacer y entregar la liquidación final en diciembre de 1970 y al dar por arregladas con el capitán Sanmiguel sus deudas recíprocas entonces, ha de analizarse como lo hizo el ad quem en dos etapas: la primera hasta el 14 de diciembre de 1970, y la otra de tal fecha en adelante.

El recurrente trata de justificar la mora de cinco y medio meses, entre el 30 de junio de 1970, fecha de la terminación del contrato, y el 14 de diciembre del mismo año, fecha de la liquidación y pago de las prestaciones, con la consideración de que se estaban arreglando las deudas recíprocas, pero no indica prueba alguna que establezca tal hecho, por lo cual es correcta la apreciación del ad quem en el sentido de que no existe justificación alguna para esa mora.

El fundamento de la sentencia impugnada para condenar a indemnización por falta de pago después de la liquidación de 14 de diciembre de 1970, es el que se debían algunas prestaciones que no fueron pagadas. Pero habiéndose visto que la apreciación del documento en que consta la liquidación, es errónea en cuanto se refiere a vacaciones y a primas de servicio, no queda como prestación pendiente sino la cesantía en cuanto se relaciona con el año dejado de computar en el error de la liquidación. Como ese error fue cometido sin que se haya demostrado malicia, y la liquidación fue aceptada por el trabajador, no aparece mala fe del patrono al pagar equivocadamente y con el consentimiento del señor Sanmiguel, o sea que *el pago tardío acarrea indemnización por mora, pero el pago equivocado sin malicia, no conlleva la sanción, mientras no se establezca la equivocación.*

Consecuencialmente la condenación en costas de las instancias carece de fundamento, pues ella estaba apoyada en parte en las condenas que quiebran.

El opositor tiene razón en cuanto no se demostró el error de hecho propuesto sobre el tiempo tenido en cuenta para la cesantía, pero no aparece que la liquidación hubiera sido fraudulenta aunque sea equivocada, ni la falta de exhibición de libros de contabilidad que se afirmó no estaban en Neiva, sino en Bogotá, puede producir mala fe en la equivocación cometida en la liquidación, como tampoco es exacto que los jueces laborales tengan absoluta libertad para apreciar las pruebas, ya que han de ceñirse a los principios de la crítica de la prueba, y atender circunstancias procesales.

Por lo anterior, habrán de casarse las condenas por vacaciones, primas de servicio, indemnización indefinida por falta de pago y costas, contenidas en la sentencia de segunda instancia.

No se casan la condena por cesantía ni el descuento de $ 2.500 contenidos en el numeral 2º de la sentencia impugnada, lo primero por no haberse demostrado el error de hecho respectivo, y lo segundo por no haber sido materia de impugnación.

No es necesario estudiar el cargo segundo presentado como subsidiario, por buscar lo mismo que el primero, en lo relativo a la indemnización por mora, que ya fue resuelta.

Consideraciones de instancia.

Las absoluciones por concepto de vacaciones y primas de servicios contenidas en la sentencia del a quo, tienen fundamento en el escrito del folio 37 del cuaderno principal, pues allí expresamente dice el trabajador que recibió a satisfacción todos los salarios y prestaciones debidos, por lo cual es evidente que con esa manifestación está comprobado que las prestaciones no liquidadas en 14 de diciembre de 1970, que debieron otorgarse o pagarse en oportunidades anteriores fueron satisfechas en forma legal. Deben confirmarse tales absoluciones.

En cuanto a la absolución sobre indemnización por falta de pago, el fallador de primera instancia omitió dar razones que apoyaran esa decisión, pues la mora en el pago de las presta-

ciones entre el 30 de junio y el 14 de diciembre de 1970, no tiene explicación satisfactoria en el proceso. En cambio, desde el 14 de diciembre de 1970 en adelante no ha de entenderse mora, porque el pago erróneo aceptado por el trabajador, hace que la situación de pago excluya la indemnización por falta de él, mientras se determine la equivocación. Se revocará la absolución del a quo por el extremo indemnizatorio, para condenar a los salarios desde la terminación del contrato hasta el 14 de diciembre de 1970.

La condenación a la correspondiente indemnización se hará sobre un salario de $ 5.000 y un tiempo de 5 meses y 14 días, o sea, por la cantidad de $ 27.333.34.

Debe reducirse a un 50% la condenación en costas del demandante en la primera instancia, porque el actor no pierde totalmente sus aspiraciones, y en segunda no debe hacerse esa clase de condenación, porque la demandada no fue recurrente y el apelante logró algún resultado con su recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de veintidós de junio de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio seguido por Miguel Angel Sanmiguel contra Taxi Aéreo Opita Limitada "TAO", en cuanto condenó al pago de vacaciones, primas de servicio, indemnización por falta de pago y costas, y en su lugar *confirma* las absoluciones por vacaciones y primas de servicio contenidas en la sentencia de primero de septiembre de mil novecientos setenta y uno, dictada en el mismo juicio por el Juez Laboral del Circuito de Neiva, *revoca* la absolución sobre indemnización por falta de pago, de la sentencia de primera instancia, ya indicada, y en su lugar *condena* a Taxi Aéreo Opita Limitada "TAO" a pagar a Miguel Angel Sanmiguel la cantidad de veintisiete mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 27.333.34) moneda corriente, como indemnización por falta de pago, y al señor Miguel Angel Sanmiguel al 50% de las costas de la primera instancia. Sin costas en la segunda.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIO EN LA PENSION PROPORCIONAL DE JUBILACION

Lo esencial es que todos los servicios, cualquiera que sea el patrono o empleador oficial, se basen en un contrato de trabajo para fines de su acumulación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril treinta (30) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección Primera - Acta número 17.

Leopoldo Emilio Vahos Henao, por conducto de apoderado demandó al *Departamento de Antioquia, a las Empresas Departamentales de Antioquia, al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín y a los Municipios de Barbosa y Medellín,* para que todas esas entidades, en forma solidaria, conjunta o separada fueran condenadas mediante sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, a pagarle:

a) El valor de la jubilación sanción en la forma establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961;

b) Las mensualidades atrasadas de dicha pensión desde el momento en que fue despedido injustamente;

c) Un día de salario por cada día de retardo en el pago de la jubilación;

d) Los honorarios profesionales "causados por el agotamiento de la vía administrativa" y "por la acción judicial promovida", en cuantía de diez mil pesos ($ 10.000) de los cuales ya pagó la mitad a su apoderado y le adeuda el resto;

e) Las agencias en derecho en caso de oposición de algún demandado; y,

f) La indemnización por el despido injusto.

El apoderado de Vahos Henao indicó como hechos de las anteriores pretensiones:

"1º Mi poderdante Leopoldo Emilio Vahos Henao, con cédula de ciudadanía número 514458 de Medellín, prestó considerables servicios bajo la relación de trabajo ficto al Ferrocarril de Antioquia, cuando estos estaban bajo la subordinación del Departamento de Antioquia por ser de propiedad de él, pero que hoy las prestaciones causadas por servicios prestados a ese extinto Ferrocarril son solucionadas por las Empresas Departamentales de Antioquia.

"2º Las labores desempeñadas por Vahos Henao al servicio del antiguo Ferrocarril de Antioquia, consistieron en cargue y descargue de trenes y camiones en la Estación Santiago, según certificado anexo; en efecto, laboró durante 341 días en el año de 1928 desde el 1º de enero hasta el 10 de diciembre de dicho año.

"3º Posteriormente, laboró mi mandante como agente de la Policía Municipal de Barbosa (Antioquia), desde el año de 1942, hasta el año de 1944.

"4º Igualmente Leopoldo Emilio Vahos H. laboró durante los años de 1944, hasta el año de 1950, 14 de febrero fecha en la cual fue desempleado del Municipio de Medellín.

"5º Laboró además el señor Vahos Henao, al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, por medio de Resolución número 056 de agosto 22 de 1964, emanada del señor Ingeniero Jefe de la obra de la Canalización del Río Medellín, a pretexto de hacer economías en la obra.

"6º El retiro forzoso a que acaba de aludirse de que fue víctima mi poderdante Leopoldo

Vahos, no está de acuerdo con las normas previstas en las leyes y Constitución colombianas, a fin de proteger el trabajo humano:

"a) Porque mi poderdante fue un caballero en el desempeño de su oficio, lo cual debe presumirse por cuanto no existe prueba contraria;

"b) Por cuanto esa causal prevista por la empresa en la citada resolución, no está prevista como justa por los artículos 48 y 50 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, para que el empleador pudiese dar por terminado el contrato ficto de trabajo que con mi poderdante había celebrado;

"c) Por cuanto hoy en día todavía existe la obra de la Canalización del Río Medellín, necesitándose en consecuencia su oficio.

"7º Por lo visto se trata de servicios que ascienden y sobrepasan los diez (10) años, a varias entidades de derecho público, habiendo estado vinculado con ellas mediante la forma de contrato ficto de trabajo.

"8º Leopoldo Emilio Vahos Henao, nació hace más de sesenta (60) años y también tenía la misma edad para la época en que fue víctima de la injusta despedida.

"9º No cabe duda frente a lo que se deja expuesto que Leopoldo Emilio Vahos Henao, tiene derecho a la correspondiente pensión de jubilación, bajo la denominación especial 'jubilación sanción', conforme a las reglas —ya citadas—, previstas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961; y anótase que en el parágrafo de la misma disposición se lee que ella o sea la norma es aplicable a los trabajadores públicos vinculados para con la administración mediante contrato ficto de trabajo, así como vinculado mi cliente se encontraba.

"10. Son aplicables a su caso entonces a más de las normas citadas las contenidas en los artículos 17 y 29 de la Ley 6ª de 1945, 3ª de la Ley 65 de 1946, 9º de la Ley 64 de 1946, 1ª de la Ley 24 de 1947, 21 de la Ley 72 de 1947, Ley 4ª de 1966, Ley 5ª de 1969, concordantes y similares.

"11. Para los efectos jubilacionales a que haya lugar, conviene insistirse en que de una vez debe tenerse en cuenta que el cargo desempeñado por mi poderdante ha sufrido variaciones económicas que a mi patrocinado le son favorables y en cuya virtud la cuantía jubilacional será proporcional a los aumentos aritméticos que se indiquen procedentes durante el juicio, según la Ley 4ª de 1966 y la Ley 5ª de 1969.

"12. Es conveniente que se comience a sancionar a ciertas entidades públicas que hacen caso omiso de sus obligaciones laborales y legales, y día a día menosprecian más y más los derechos laborales de los asalariados obligando a estos en la mayoría de los casos, a iniciar juicios que en más de las veces, son los únicos eventos posibles a fin de evitar que el derecho del trabajador sea desconocido y dejado en un silencio ilegal que toca con el incumplimiento; es por ello que de buena fe se ha solicitado la aplicación del Decreto 797 de 1969, por cuanto es más grave que la empresa demore el pago de la jubilación, que cualquier otra prestación, así se trate de jubilación sanción.

"13. Cabe anotarse, que no existe duda alguna en cuanto al derecho de jubilación de mi cliente, aún para el evento de acumulación de servicios a varias entidades públicas, trátese de la jubilación común o de la jubilación especial, por cuanto así lo ha previsto la ley sin distinción alguna en el artículo 29 de la Ley 24 de 1947, modificatorio del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945.

"14. Se suma a ello el hecho de que la jurisprudencia, ha sido constante y reiterada y sólo nos basta la afirmación de varios ejemplos entre los cuales citamos: sentencia del honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en el juicio ordinario laboral de Miguel Quinchía Castrillón contra la Nación, el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, producida el 24 de agosto de 1970. Además la sentencia en el ordinario de Manuel Tapias Henao Vs. la Caja Nacional de Previsión Social, en que fueron citadas al juicio varias entidades, tales como el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y el Municipio de Medellín, que se han pronunciado *sobre hechos completamente iguales*".

Admitida la demanda por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Medellín, que conoció del juicio, fue contestada por algunas de las entidades contra las que se dirigió, así:

Las Empresas Departamentales de Antioquia no aceptaron los hechos 1º, 2º, 3º, 5º y 8º y sobre los demás manifestaron que eran apreciaciones jurídicas y personales del demandante. Propusieron la excepción de "falta de legitimación en causa".

El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín dijo sobre los hechos que del 1º al 4º, nada le constaba, ni le correspondía; que el 5º era del todo confuso e ininteligible. Sobre el 6º mani-

festó que a Vahos Henao no se le había despedido injustamente, sino "que fue necesario desemplearlo, por absoluta incapacidad económica temporal de la empresa para proseguir los trabajos y sostener el numeroso personal de que hacía parte el demandante". Sobre el 7º y 8º se remitió a lo que se probara en el juicio y en relación con los demás expresó que no eran hechos sino conceptos jurídicos y apreciaciones erradas del demandante. En cuanto a excepciones, propuso como perentorias las de carencia de acción, petición antes de tiempo y la genérica.

El Municipio de Medellín sólo aceptó el hecho 4º del libelo y sobre los demás se atuvo a lo que se probase o manifestó que consistían en meras apreciaciones jurídicas. Propuso la excepción de prescripción y como dilatoria la de "declinatoria de jurisdicción", por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Tramitado el juicio el Juzgado puso fin a la primera instancia, por sentencia de 26 de enero de 1972, en la que resolvió: "Condénase al 'Instituto Colombiano de Energía Eléctrica' Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín, representado por el doctor Jorge Restrepo Uribe a pagar al señor Leopoldo Emilio Vahos Henao, cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con sesenta y ocho centavos ($ 459.68) a título de indemnización por despido antes del vencimiento del plazo presuntivo del contrato. Se absuelve al mismo Instituto de los demás cargos formulados. Se absuelve también de los cargos formulados al Departamento de Antioquia, representado por el señor Gobernador. Al Municipio de Barbosa, representado por el Personero; y al Municipio de Medellín, representado por su Personero y a las Empresas Departamentales de Antioquia, representadas por el doctor Conrado Mejía.

"Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"Sin costas".

Contra la providencia anterior apeló el representante judicial del actor y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín,* Sala Laboral al resolver la alzada, en sentencia de 21 de febrero de 1972, confirmó la del a quo.

Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación el apoderado de Vahos Henao, el recurso le fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso.

Con él pretende el impugnador "que la sentencia recurrida sea casada parcialmente en cuanto confirma la decisión absolutoria de primera instancia, en relación con las solicitudes de la demanda sobre pago de la jubilación sanción, que consagra el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, el valor de las mensualidades atrasadas a partir de la fecha del despido e indemnización por mora de esa prestación para que, convertida esa superioridad en tribunal de instancia revoque la absolución de primer grado en esos mismos puntos y, en su lugar, haga las condenaciones correspondientes".

Con esta finalidad, e invocando la causal primera de casación laboral, el recurrente formula dos cargos que se estudiarán en el orden en que fueron propuestos.

No hubo escrito de oposición.

Primer cargo. Lo enuncia así, el recurrente:

"Interpretación errónea del parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, reglamentado por el artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, en relación con los artículos 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945; 3º de la Ley 65 de 1946; 47, literal g); 48, 49 y 50 del Decreto 2127 de 1945, y consecuente falta de aplicación del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, sustitutivo del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, y de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con el artículo 1º parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 y 52 del Decreto 2127 de 1945".

El impugnador, después de transcribir un pasaje del fallo del ad quem, en el cual éste analiza las pruebas documentales que se llevaron al juicio concluyendo que no es posible para efecto de la pensión reclamada acumular el tiempo servido bajo contrato ficto de trabajo con el prestado dentro de una relación de derecho público, manifiesta que el Tribunal acepta que Vahos laboró para las distintas entidades demandadas, todas ellas de naturaleza pública; que fue despedido sin justa causa; que al momento de su desvinculación con ICEL, era un trabajador oficial ligado con aquél por contrato de trabajo y que tenía más de 60 años de edad.

En seguida se refiere el recurrente al parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, lo copia parcialmente y dice que consultado el verdadero espíritu de la norma y haciendo un raciocinio nacido de un criterio social bien fundado, como de su sano entendimiento por lo menos es preciso concluir de acuerdo a su tenor literal que el trabajador oficial con "más de sesenta años de edad" que haya sido despedido sin justa causa tiene derecho a la pensión jubilatoria.

Hace el recurrente otras observaciones y afirma que no es lícito hacer la distinción entre una vinculación de derecho administrativo y la nacida de una relación jurídica de contrato ficto, toda vez que cuando se reclama la jubilación sanción, "primeramente ha de mirarse la causa y lo es el despido injusto" y éste sí procedió en el caso de Vahos.

Puntualiza en seguida la errónea interpretación del parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, diciendo:

"Para el correcto entendimiento del parágrafo de la norma mencionada no es preciso entonces distinguir los servicios entre aquellos prestados mediante vínculo de derecho administrativo, y los que se prestan mediante contrato ficto suponer en los primeros que el servicio no se prestó —habiéndose prestado— o para omitirlos simplemente y sólo aceptar la existencia de los últimos, porque ello conlleva errónea interpretación de la norma, porque ella jamás exige la no acumulación de los servicios, pero en cambio exige un despido injusto en un trabajador ligado a la entidad por contrato de trabajo, como ligado mi cliente se encontraba al momento del injusto despido. Luego interpretó erróneamente la ley el honorable Tribunal, cuando fundamentó su decisión absolutoria en la distinción preindicada".

A continuación el recurrente luego de transcribir parte del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, manifiesta que su no aplicación llevó a la interpretación equivocada del parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por cuanto el precepto citado en primer término no distingue entre servicios prestados dentro de una relación de derecho público y los ejecutados en virtud de contrato ficto de trabajo.

Finaliza el cargo el casacionista invocando la ecuanimidad y la justicia para que se reconozca al actor la pensión especial solicitada.

Se considera.

El ad quem, en la sentencia objeto de la censura se expresó así:

"Al sumar los tiempos de servicios del demandante a la extinguida empresa del Ferrocarril de Antioquia y al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico —Comisión de Canalización y Reembolso del Río Medellín— se observa que no alcanzan siquiera a diez (10) años de trabajo continuo o discontinuo, puesto que los servicios que él prestó a los Municipios de Barbosa y de Medellín como agente de Policía Municipal —sumados los anteriores— los cuales sí podrían sobrepasar los 10 años de servicios totales a la administración pública y a establecimientos públicos descentralizados, sin embargo no pueden tenerse en cuenta estos últimos para efectos de la acumulación que pretende la parte demandante, y en la cual ha continuado insistiendo durante la segunda instancia, después de que el a quo le negó por dichas razones el reconocimiento de la referida pensión especial o restringida vitalicia de jubilación, de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Ello, por cuanto los servicios del demandante a los Municipios de Barbosa y de Medellín, en calidad de agente de Policía Municipal, lo fueron en virtud de una relación de derecho administrativo y no de un contrato ficto de trabajo, requisito este último que es indispensable para que el demandante de este juicio pudiese aspirar legalmente al reconocimiento por él impetrado a su favor, no importa que éste tuviese que hacerse únicamente contra la última entidad a la cual prestó sus servicios, o sea el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín— antes Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico —Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín—.

"Pero tanto este Tribunal —en jurisprudencia que hasta ahora no ha estimado del caso variar por su sola iniciativa— como la honorable Corte Suprema de Justicia, han reiterado en distintos fallos recientes la tesis de que situaciones como la que aquí se presenta, *cuando un trabajador trata de acumular servicios prestados continua o discontinuamente por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, a servicios que ha prestado en el sector oficial, pero por medio de una relación de derecho administrativo, para efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión especial o proporcional vitalicia de jubilación contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, no es posible admitirle tal acumulación; y ello a pesar de que, por razones obvias, los últimos servicios hayan sido precisamente originados en un contrato de trabajo con la administración pública o con establecimientos públicos descentralizados, sin que para nada importe que los anteriores hayan nacido de una relación de derecho administrativo, puesto que lo esencial y lo que se viene exigiendo por la expresada jurisprudencia es que todos los servicios, cualquiera que sea el patrono o empleador oficial, se basan en un contrato de trabajo para fines de su acumulación*".

En este pasaje del fallo se hace la exégesis del parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que no comparte el recurrente.

Sin embargo, todas las argumentaciones hechas en el ataque por el impugnador son meras opiniones suyas porque dados los términos en que está concebido el artículo 8º de la ley ya mencionada y su parágrafo, es preciso concluir que el derecho a pensión especial o restringida que consagra, tiene como uno de sus fundamentos esenciales la vinculación del trabajador durante cierto tiempo, a patronos particulares u oficiales mediante contrato de trabajo.

El parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no puede interpretarse aisladamente con olvido del precepto de que hace parte. Por eso su tenor es el siguiente:

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

Uno de los casos "allí previstos", es precisamente el del inciso primero del citado artículo 8º que en relación con el tiempo de servicios lo fija en más de diez años y menos de quince continuos o discontinuos, laborados para la empresa o sus sucursales o subsidiarias, mediante un contrato de trabajo.

El ad quem al no tener en cuenta el tiempo servido por Vahos en los Municipios de Medellín y Barbosa (A.), no hizo cosa distinta a aplicar la jurisprudencia uniforme de esta Sala, que no ha aceptado en relación con la pensión especial o restringida la acumulación del tiempo de servicio dentro de un contrato de trabajo con aquel en que la vinculación fue legal y reglamentaria. Es más para absolver a las entidades demandadas por concepto de pensión sanción y mesadas atrasadas de la misma se fundamentó en la sentencia que en caso similar dictó la Corte en el juicio de Oliverio Passos contra el Municipio de Medellín, que en parte transcribió.

No se demostró en el ataque la interpretación errónea de la ley sustancial por parte del fallador, como tampoco las demás violaciones de los preceptos citados en el cargo y por tanto éste no prospera.

Segundo cargo. Fue enunciado por el recurrente, así:

"Acuso la citada sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación del artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores manifiestos de hecho por equivocada apreciación de la demanda primitiva, especialmente en las solicitudes de los literales c) y f), en relación con los hechos 5º y 6º, seguidos por los literales a), b) y c)".

El impugnador sostiene que los errores de hecho consistieron:

"a) Juzgar que como no hay bases para reconocer a favor del demandante la pensión especial o proporcional vitalicia de jubilación (pensión sanción), tampoco se encuentran para hacer la condenación impetrada en el literal c) de la parte petitoria de la demanda;

"b) Considerar que la solicitud del literal c) es una mera consecuencia de la súplica contenida en el literal a);

"c) Concluir, contra la evidencia del planteamiento formulado en la demanda, que la indemnización moratoria fue relacionada sólo con el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación especial;

"d) No dar por demostrado, estándolo, que la demanda también se refiere al pago de una indemnización moratoria por el no pago oportuno del resarcimiento de perjuicios por despido injusto".

En la sustentación del ataque el recurrente manifiesta que "la demanda primitiva persigue el pago entre otros de los siguientes conceptos":

"... c) Un día de salario por cada día de retardo en el pago de la jubilación que establece la ley citada, desde el día en que la empresa haga el pago de lo que por ley debe, hasta que haga el pago del último concepto laboral debido.

"f) La indemnización por el despido injusto".

Transcribe en seguida los hechos 5º y 6º del libelo y expresa que cuando el demandante, en el literal e), después de aludir a la jubilación habla de la indemnización moratoria "hasta que se haga el pago del último concepto laboral debido", se está refiriendo a todos los derechos inclusive a la indemnización por despido injusto.

A continuación copia el recurrente el pasaje del fallo recurrido en que el Tribunal no accede al pago de la indemnización moratoria y concluye expresando:

"Como consecuencia de la motivación anterior, el ad quem no aplicó las disposiciones señaladas en el cargo y confirmó en este punto el fallo de primer grado. Y de no haber sido por los citados errores de hecho hubiera considerado que el demandante solicitó indemnización moratoria en

relación con el derecho al resarcimiento de perjuicios por despido injusto, hubiera revocado en ese aspecto el fallo de primera instancia y reconocido el derecho demandado''.

''Importa manifestar que el Instituto demandado despidió a mi mandante como ya se dijo por medio de la Resolución número 056 de agosto 22 de 1964 y que la razón que lo movió a tomar esa determinación fue buscar economías en la obra que ejecutaba, lo que implica una violación del contrato, porque tal motivo no está entre las causales de despido que contempla la ley. Así lo entendió el a quo cuando condenó a la correspondiente indemnización, y es indudable que la misma institución demandada encontró justa esa providencia y se conformó con ella, puesto que no apeló''.

Se considera.

El recurrente, en este ataque, plantea a la Corte un concepto de violación de la ley sustancial, no consagrado en la casación del trabajo la que sólo admite tres: infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

La falta de aplicación de norma sustancial es una de las causales de violación establecida para la casación civil, que no puede aceptarse en el remedio extraordinario de carácter laboral.

Además, la vía escogida por el recurrente para demostrar la violación de la ley, es la indirecta y sólo señala para sustentarla los errores de hecho que dice cometió el ad quem, pero no indica las pruebas no apreciadas o las indebidamente estimadas que condujeron a la comisión del error y se limita a afirmar que la demanda con que se inició el juicio fue mal apreciada.

No se cumple así con lo ordenado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que establece que el error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de la falta de estimación o apreciación equivocada de la confesión judicial, del documento auténtico o de la inspección ocular.

La demanda es pieza fundamental del juicio, pero ella no constituye documento auténtico en el sentido propio que ha explicado la jurisprudencia de esta Sala. Si el libelo contiene confesiones del demandante y ellas no fueren estimadas o se apreciaren erróneamente por el fallador podrían dar lugar a error de hecho en relación con tal prueba.

Sin embargo, este no es el caso del cargo, pues lo que se sostiene en él, es que el ad quem interpretó erróneamente la demanda.

Las dos observaciones de técnica que se han hecho obligan a la Corte a rechazar el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 21 de febrero de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Leopoldo Emilio Vahos Henao contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín y otros.

Sin costas por no haberse causado.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCILIACION

La voluntad de las partes queda fijada en los términos en que por fin se concretan sus propuestas iniciales y si una de éstas no resulta acogida en la forma en que se presentó, sino en una distinta, es ésta la que recoge dicha voluntad y no la propuesta modificada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 18.

Ramón Jiménez Pérez, mediante apoderado, instauró demanda ante el Juzgado Laboral Municipal de Santa Marta con el objeto de que la *Compañía Frutera de Sevilla* fuese "condenada a pagarle a mi mandante la pensión plena de jubilación por veinte años de servicio, más los reajustes legales, a partir de la fecha desde la cual se le está pagando la que actualmente disfruta, computada sobre tiempo menor de trabajo; o, en subsidio, el valor de la indemnización por retiro injusto conforme a los términos del literal d) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y las costas del juicio, en caso de oposición".

Fundamento de la petición anterior es, en síntesis, el siguiente:

El demandante trabajó al servicio de la demandada entre el 17 de junio de 1948 y el año de 1965, período por el cual está recibiendo una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 637.47, la que se le paga desde enero de 1966; pero además de este período sirvió a la misma Compañía "entre los años de 1946 y 1948, inclusive" y a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, que forman con la primera una sola empresa, "entre los años de 1935 y 1946", de donde se desprende que mi mandante trabajó en una misma empresa el tiempo que se requiere para disfrutar de pensión plena de jubilación". Afirma, por último, que "la terminación del contrato de trabajo de mi mandante tuvo por causa la liquidación de la empresa lo cual es hecho que constituye despido injusto" y manifiesta a este respecto que "el salario básico para la liquidación de la indemnización es de $ 33.33 moneda legal".

La empresa, al responder la demanda, admitió el primer hecho, diciendo que "es cierto que le fue concedida la pensión de jubilación, pero en virtud de una conciliación o convención, especialmente en su cuantía, por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla, que fue del 17 de junio de 1948 al 26 de enero de 1966" y negó los demás, haciendo hincapié en la negativa de que las actividades de las tres sociedades que cita el actor "fueran sucesivas y que hubiera sustitución y unidad de explotación económica", por lo que "dichas empresas, la Magdalena Fruit Company y la United Fruit Company no son una misma". Sobre el retiro injusto del demandante, afirmó: "niego este hecho, pues el contrato terminó por mutuo acuerdo y para concederle pensión". Propuso las excepciones de pago, carencia de acción, prescripción, cosa juzgada y compensación.

Tramitado el juicio en legal forma, lo desató el Juzgado Segundo del Circuito Laboral de *Santa Marta* en sentencia de 16 de agosto de 1972, cuya parte resolutiva determina:

"Primero. Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, de los Estados Unidos de Norteamérica, debidamente legalizada en Colombia, con negocios permanentes y sede en Santa Marta, a pagar al señor Ramón Jiménez Pérez, lo que a continuación se expresa:

"Por pensión plena de jubilación la suma de setecientos cincuenta y nueve pesos con 96/100 ($ 759.96) moneda legal mensuales a partir del

día veintiséis (26) de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta el día treinta (30) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), y la suma de un mil once pesos con 92/100 ($ 1.011.92) mensuales a partir del día primero (1º) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971) en adelante.

"Segundo. Autorízase a la Compañía Frutera de Sevilla a descontarle al señor Ramón Jiménez Pérez de cada una de las mesadas pensionables por las cuales se elevó condena, la suma de seiscientos treinta y siete pesos con 47/100 ($ 637.47) mensuales, desde el día veintiséis (26) de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966), hasta la fecha de la cancelación del valor de la pensión plena.

"Tercero. Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda.

"Cuarto. Declárase probadas parcialmente las excepciones de pago y cosa juzgada.

"Quinto. No se declaran probadas las excepciones de carencia de acción, prescripción y compensación.

"Sexto. Costas a cargo de la demandada".

Apeló de esta providencia la demandada y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial* de la misma ciudad lo decidió con fallo de 4 de octubre de 1972, en la siguiente forma:

"1º Confírmase la sentencia de primer grado, que ha sido objeto de revisión, apelada por la parte demandada, y pronunciada por el Juzgado Segundo del Circuito Laboral de esta ciudad, a los 16 días del mes de agosto de 1972, con la única aclaración de que la Compañía Frutera de Sevilla queda autorizada para deducir de cada una de las mesadas pensionables, la suma de seiscientos treinta y siete pesos con 47/100 ($ 637.47) de las ya canceladas.

"2º Con costas a cargo del apelante".

La empresa recurrió en casación ante esta Sala de la Corte y por su apoderado plantó la respectiva demanda, no replicada por el demandante, "con la aspiración, dice, de que sea casada (la del Tribunal) y de que la honorable Corte, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar declare probada la excepción de cosa juzgada o, en subsidio, la de transacción; absuelva a mi mandante de toda condena y ordene al actor satisfacer las costas de la litis".

Formula en busca de este fin un solo cargo del tenor siguiente:

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964, Art. 60 y L. 16 de 1969, Art. 7º), acuso la sentencia ya individualizada de violar, por vía indirecta, los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicar indebidamente los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º del Decreto ley 435 de 1971 a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del artículo 121 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo y los ordinales 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2469 y 2483 del Código Civil.

"El error de hecho provino de la equivocada apreciación de los documentos de folios 22 y 23; 81 a 95; 24 y 25; 15 a 20 y 21, y los transcritos en el acta de inspección ocular de folios 49 y 50, 52 a 54, 55 y 56, 58 y 59, 60 a 62, 63 y 64, y consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la Compañía, discutida y aceptada por el Sindicato de Braceros y por éstos individualmente, aprobada por los funcionarios del trabajo y ratificada como transacción por cada trabajador (Ramón Jiménez Pérez entre ellos, al Fl. 20), estipuló el reconocimiento de una pensión especial, distinta de la legal en algunos casos y siempre de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomarse el salario promedio del último año de servicios como base de liquidación, se tomaría el del año que terminó el 7 de noviembre de 1965, por haber sido mucho mayor, y que en vez de computarse los años, días u horas servidos a la Magdalena Fruit Company y a la Frutera de Sevilla, conjuntamente, se computarían únicamente los 17 años 7 meses y 10 días servidos a la última sociedad, como también en no dar por probado, estándolo, que la pensión reclamada en el juicio laboral fue la misma discutida, conciliada, liquidada y pagada por la Compañía demandada.

"En efecto, reproduciendo sus propias motivaciones en fallos anteriores de asuntos similares para reiterarlas expresamente y aplicarlas como fundamento de su decisión en éste, el honorable Tribunal de Santa Marta sostiene (Fl. 23 cuaderno II): 'leyendo detenidamente la parte pertinente del acto conciliatorio o convenio colectivo de enero 19 de 1966 y las otras piezas atinentes a este asunto, no encuentra la Sala, *en parte alguna*, el hecho de que los trabajadores hayan aceptado que se les reconozca pensión especial de jubilación y por los servicios prestados úni-

camente a la empresa cuando ésta se denominaba Compañía Frutera de Sevilla, no obstante tener otros períodos laborados que le daban derecho al disfrute de una pensión plena...'. Y más adelante agrega: 'la Compañía Frutera de Sevilla no dijo ni en el pacto conciliatorio, ni en los antecedentes de él, que la pensión la iba a otorgar tomando únicamente el tiempo servido a esa Compañía, es decir, con la denominación que ahora tiene' (Fl 27, Cuad. II).

"Pues bien: el arreglo conciliatorio no consiste apenas en el acta de folios 92 a 94, que se firmó el 19 de enero de 1966 en desarrollo de lo ofrecido, discutido y acordado con el Sindicato anteriormente, como consta en las actas de 24 de diciembre de 1965 (Fls. 83 a 86) y de la asamblea sindical del 19 de enero de 1966 (Fls. 88 a 90). Por el contrario: el acuerdo de voluntades se logró precisamente cuando el Sindicato aceptó, el 24 de diciembre de 1965, después de grandes explicaciones, deliberaciones y discusiones, la oferta clara y concreta de la Compañía. Al folio 84 se lee que en la asamblea sindical del 24 de diciembre de 1965 el literal b) de la oferta de la Compañía: 'las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre'. No propuso la empresa: 'las pensiones de jubilación se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre', como el Tribunal entendió. Sino: 'las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre'. Ni los trabajadores ni los miembros del Tribunal sentenciador, ni los jueces y ex jueces del trabajo de Santa Marta, ni los honorables Magistrados de la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral han podido jamás abrigar la menor duda de que cuando la Compañía Frutera de Sevilla habla de 'el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla', se refiere necesariamente al tiempo trabajado para ella, con exclusión del trabajado para la Magdalena Fruit Company o para la United Fruit Company. ¿Por qué? Porque más de trescientos expedientes pregonan ese entendimiento, y más de cincuenta sentencias de la honorable Corte han sostenido que la Compañía está equivocada al entenderlo así. Pero desconocer que la Frutera de Sevilla no confunde el tiempo de servicios a ella, con los servicios prestados a la Magdalena o a la United y que cuando hizo una oferta condicionada a que se computaran solamente los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla no quería referirse a los prestados sucesivamente a la United Fruit Company, a la Magdalena Fruit Company y a ella misma, cuya acumulación laboral ha venido y continúa rechazando, sí es una aberración.

"Esa fue la condición que impuso la Frutera de Sevilla y esa la que le aceptó el Sindicato y esa la que figura en la transacción del señor Jiménez Pérez, como en las de todos los demás pensionados convencionales. Lo acordado el 24 de diciembre de 1965 fue simplemente ejecutado en los pasos posteriores: en el literal 'h' de la oferta de la Compañía se pidió que previamente el Ministerio autorizara la clausura de actividades; que los contratos individuales se extinguieran 'por mutuo acuerdo', que la asamblea del Sindicato ratificara posteriormente el acuerdo, y así lo hizo en el acto que el sentenciador tomó como único acuerdo conciliatorio (simple 'formalidad' exigida por la empresa, como sostuvieron entonces los líderes sindicales (Fls. 88 a 90), y que todavía se firmara con cada trabajador el escrito de transacción.

"El error no puede ser más evidente. De no haber incurrido en él, es claro que el sentenciador habría dado a los documentos en que consta la conciliación aprobada por los funcionarios del Trabajo la fuerza de cosa juzgada, que le confieren los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, y al dársela, habría absuelto a la Compañía. Por no darle a la conciliación esa fuerza, aplicó indebidamente, no siendo pertinentes, los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre pensión plena de jubilación, y 5º del Decreto 435 de 1971, porque tomó de esas normas el tiempo de 20 años de servicio, pero no la base de liquidación, que es el promedio del último año de servicios. Con lo cual escindió la norma convencional, contra la prohibición del artículo 21 del Código, pues tomó de la ley laboral los veinte años desechando los límites temporales de la convención (17-7-10) y de la convención el salario promedio mayor que el del último año de servicios".

La Sala, para resolver, considera:

El tema por dilucidar es el siguiente: ¿la Compañía Frutera de Sevilla, al celebrar el acuerdo conciliatorio con el Sindicato de Braceros de Santa Marta, aceptó como base para liquidar las pensiones de jubilación de los miembros de éste un salario más alto que el devengado por cada estibador, a cambio de que sólo se computara el tiempo servido a dicha Compañía, sin tener en cuenta el que hubiera podido prestarse a la Magdalena Fruit Company, que según repetida jurisprudencia forma con aquélla y con la United Fruit Company una misma empresa?

Para resolverlo procede la Sala a examinar los antecedentes del mencionado acuerdo y este mismo, según lo plantea el casacionista.

El primer antecedente invocado es el documento de folios 22 y 23 en que la Junta Directiva del Sindicato de Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta se dirige el 19 de noviembre de 1965 al Gerente de la demandada para plantearle "la situación de hambre que están atravesando los trabajadores al servicio de la Compañía" y para rechazar la prórroga propuesta por ella de la convención colectiva de trabajo, en estos términos:

"A este Sindicato no se le escapa que el objetivo perseguido por la Compañía Frutera de Sevilla, al pretender una prórroga automática de la convención de hambre vencida el 7 del presente mes, no es otro que el rebajar el monto de los salários devengados en el último año de servicio, base de todas las prestaciones sociales que se verá obligada a reconocer a sus trabajadores cuando termine por completo la exportación de banano por el puerto de Santa Marta. Esto es una maniobra que los trabajadores de la exportación en los muelles les denunciamos ante la opinión pública y ante las autoridades".

Este antecedente, pues, lo que señala es que a juicio del Sindicato lo pretendido por la empresa era "el de rebajar el monto de los salarios devengados en el último año de servicio, base de todas las prestaciones sociales que se verá obligada a reconocer a sus trabajadores cuando termine por completo la exportación de banano por el puerto de Santa Marta.

El segundo antecedente (Fl. 82) es la resolución por la cual el Ministerio del Trabajo "autoriza a la empresa... para suspender definitivamente sus labores en el frente de trabajo correspondiente a la Zona Bananera del Departamento del Magdalena y dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscritos con la totalidad de los trabajadores que laboran en dicho frente..." y determina que "la empresa garantizará legalmente ante la Inspección Nacional del Trabajo de Santa Marta, o ante el funcionario designado para tal efecto, los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, como consecuencia del cierre autorizado".

El tercer antecedente (Fls. 83 y 84) es la copia del acta del 24 de diciembre de 1965 por la cual la asamblea general del Sindicato nombrado, con asistencia de 455 afiliados discutió el "memorandum antecedente y bases del acuerdo entre los trabajadores de los muelles y la Compañía Frutera de Sevilla".

Dice la mencionada acta que "la presidencia ordenó darle lectura al citado memorandum presentado por la Compañía Frutera de Sevilla para responder a las peticiones hechas por el Sindicato por el elevado conducto del delegado oficial", a cuyo fin "nombró lector al compañero Guillermo López Russo, quien dio lectura a los siguientes puntos:

"a) La convención se entiende prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales, y éstos serán terminados por mutuo acuerdo entre las partes, al cancelarse los embarques de banano; b) Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre, dicha previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la Compañía; c) También con base en ese salario la Compañía otorga la indemnización consagrada en el artículo 3º del Decreto 2351; d) La cesantía se pagará así: todo el tiempo anterior al 8 de noviembre de 1965, con el salario hasta el 7, y el resto del tiempo posterior con el salario resultante. Es decir conforme a la convención colectiva vigente; e) Las pensiones de invalidez se fijarán de acuerdo con las posiciones (sic) legales y tomando en cuenta que los trabajadores prestan servicio a tres empresas; f) Los descuentos a los pensionados antes del 4 de septiembre de 1965, imputables a la cancelación de las cesantías recibidas por ellos, serán suspendidos y luego en lo tocante a las sumas descontadas después de tal fecha al pronunciarse el Ministerio da un proveído de carácter general, se resolverá lo que sea procedente".

"Los puntos anteriores, continúa el acta, fueron aprobados después de varias intervenciones del Delegado del Ministerio, de Directivos del Sindicato y asistentes a la asamblea, con lo cual quedaron suficientemente aclarados.

El aludido documento sigue diciendo:

"Se discutieron a continuación los puntos h) y j) los cuales son los siguientes: h) El Ministerio del Trabajo, antes de las liquidaciones, autorizará la suspensión de activos (sic) y la terminación de los contratos por mutuo acuerdo; i) Los acuerdos serán, en todo caso, pactados en audiencia oficial con el Delegado del Ministerio y la Inspectora del Trabajo y mediante autorización que en asamblea general del Sindicato a la Junta Directiva concretados los puntos y se le entregarán a la Compañía dos ejemplares del acta; j) Es prudente, además, que se firme una conciliación para cada contrato individual. Estos puntos, después de varias intervenciones acla-

ratorias fueron aprobados; se puso en consideración el punto g) del memorandum de la Frutera de Sevilla el cual dice así: g) Las liquidaciones se harán al terminarse los contratos y los embarques. Abierta la discusión hicieron uso de la palabra varios compañeros quienes coincidieron en solicitarle a la Compañía la mayor prontitud de los pagos de las indemnizaciones y pensiones, dada la gravísima situación económica que estaba atravesando el personal por la enorme baja de la exportación de la Frutera de Sevilla".

Por último, narra el acta que fue aprobada la proposición siguiente: "la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, reunida en la fecha, después de oir las conclusiones a que ha llegado la Compañía Frutera de Sevilla para resolver la situación de los trabajadores con motivo de la baja de sus embarques de fruta, autoriza a la Junta Directiva para que consolide en la forma más conveniente las aspiraciones de los miembros de este Sindicao en el menor tiempo posible, dada la precaria situación económica de los mismos".

De este documento fluye que entre las bases del memorando pasado por la Compañía y aprobado por la asamblea general del Sindicato, están éstas: que "las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre"; que la terminación de los contratos obedecería a justa causa; que con el mismo salario se pagaría la indemnización del artículo 8º del Decreto 2351 y el auxilio de cesantía "por todo el tiempo anterior al 8 de noviembre de 1965". Surge igualmente del mismo, que la Junta Directiva del Sindicato recibió autorización "para que consolide en la forma más conveniente las aspiraciones de los miembros" de éste, "en el menor tiempo posible".

El cuarto antecedente (Fl. 88) es copia del acta de la asamblea general del Sindicato en cuestión, celebrada el 19 de enero de 1966, "con asistencia de 408 compañeros", en la que se discutió "el acta de audiencia celebrada en la Inspección Nacional del Trabajo con la presencia del titular de esta oficina, del señor doctor Gerardo Zúñiga Herrera, delegado especial enviado por el Ministerio del Trabajo, representantes de la Compañía y el Sindicato", respecto de la cual el Presidente de éste "manifestó que el acto que se iba a hacer a continuación era una formalidad exigida por la empresa, pues dicha acta consagraba las aspiraciones del Sindicato, de acuerdo con la autorización dada a la Junta Directiva en la asamblea anterior, celebrada el 24 de diciembre del año pasado". Luego de narrar algunas otras intervenciones, el documento reza: "seguidamente la presidencia anunció el cierre del debate sobre el acta suscrita en la Inspección del Trabajo, la cual fue aprobada por unanimidad".

El acta de audiencia así aprobada, en su parte dispositiva, es del tenor siguiente:

"1º El Sindicato actúa en esta diligencia en virtud de la autorización que le fue conferida por la asamblea general de fecha 24 de diciembre de 1966, y así lo aceptan tanto los funcionarios del Ministerio del Trabajo como la Compañía. 2º La convención colectiva de 18 de noviembre de 1963 continuará prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales de los trabajadores de la Compañía o sea, hasta el 25 de enero de 1966. 3º Habiendo el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución número 0006, del 14 de enero en curso, autorizado a la Compañía para terminar sus contratos individuales con sus empleados y obrando en esta Sección y en la Zona Bananera del Departamento del Magdalena, se procederá en consecuencia, y por tanto cada trabajador y la Compañía declararán la respectiva cancelación por mutuo acuerdo entre ellos; regirán hasta el 26 de enero del presente año y quedarán definitivamente terminados a partir del día siguiente. 4º Como la Compañía continúa con algunas otras actividades en esta región, quedarán prestándole servicios los trabajadores de los muelles que están dedicados a las respectivas labores, y al ser liquidados gozarán de las concesiones a que este convenio conciliatorio se refiere. 5º No obstante la terminación de los contratos en la forma expresada la Compañía, (sic) a lo siguiente: a) Conceder a cada trabajador, una indemnización pecuniaria de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, teniendo en cuenta los datos que están registrados en las planillas y archivos de la Compañía y tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectuar tal liquidación o sea, en la fecha de la terminación de contratos pues para entonces son los salarios mucho más bajos; b) Al (sic) otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada aunque es entendido

que no se produce en favor de ellos la indemnización especial a causa de que sus contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditan su edad en forma legal; c) Al liquidarlos y pagarles el auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales a que tengan derecho en armonía con las disposiciones legales. 6º La liquidación de cada trabajador se efectuará individualmente será firmada por las partes y por testigos, y para preparar los documentos correspondientes y efectuar los pagos la Compañía tendrá un plazo por lo menos de un mes después del 26 de enero ya dicho, aun cuando se procurará terminarlos antes por tiempo. 7º A los trabajadores que habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados sin haber llegado a la edad legal, se les concederá dicha prestación social una vez que la soliciten por haber llenado los debidos requisitos, que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones oficiales. 8º Queda expresamente convenido que la Compañía descontará de cualquier suma que se pague por virtud de este arreglo a cada trabajador, el saldo a cargo de ellos exista por razón de préstamos, anticipo de salarios o por cualquiera otra causa. 9º Queda expresamente entendido, que, por el hecho de la terminación de los contratos y por la liquidación y pago de las prestaciones que se reconocen en este documento, la Compañía queda a paz y salvo por razón de las relaciones tanto colectivas como individuales que han existido entre las partes así como en relación con los trabajadores afiliados al Sindicato. 10. Las partes dejan expresa constancia de la buena fe con que siempre han procedido en sus prolongadas relaciones y de cordialidad y el mutuo interés que han presidido sus actuaciones. 11. Este convenio deberá ser aprobado por la asamblea general del Sindicato de Trabajadores puesto que las partes de acuerdo, en forma conciliatoria, sobre los puntos anteriores en presencia y con la intervención de los suscritos funcionarios del Ministerio del Trabajo, le dan su aprobación y declaran que esta conciliación, de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo tiene el valor de cosa juzgada".

Comparada esta acta con las bases del memorando presentado por la Compañía y que fueron aprobadas por la primera asamblea del Sindicato, arriba relacionada, resulta que en aquélla se suprimió la frase: "por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla" y se redactó el punto b) de esta manera: "a otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada, aunque es entendido que no se produce en favor de ellos la indemnización especial, a causa de que sus contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditarán su edad en forma legal".

Es importante notar cómo la propuesta de la empresa contenida en la proposición: "por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla", se substituyó por "otorgar pensión de jubilación, *de acuerdo con las disposiciones legales* a los trabajadores de la Compañía, *que tengan derecho a ella*" (subraya la Sala), o sea, que se verificó un cambio fundamental en la redacción definitiva del convenio.

¿A qué se debió este cambio? No hay dato alguno en el proceso que permita averiguarlo; pero es evidente que se efectuó con aquiescencia de la empresa, pues de otra manera no lo hubiera suscrito, ni exigido que así como quedó redactado en definitiva fuera aprobado por la asamblea del Sindicato, no obstante la autorización que tenía para ello la Junta Directiva del mismo.

La voluntad de las partes queda fijada en los términos en que por fin se concretan sus propuestas iniciales y si una de éstas no resulta acogida en la forma en que se presentó, sino en una distinta, es ésta la que recoge dicha voluntad y no la propuesta modificada.

Es cierto que cuando una cláusula aparece ambigua u obscura y es preciso interpretarla para conocer la voluntad real de las partes, los antecedentes del convenio encierran importante valor para efectuar esa interpretación; pero en el caso *sub judice* el punto b) del acta de conciliación, que es el texto del acuerdo definitivo, no es ni obscuro, ni ambiguo, pues lo que reza es claro: la empresa se compromete "a otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente...". En este texto no cabe, sin variar su redacción y sentido, interpolar la frase: "por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla".

Plantea también el casacionista violación del artículo 78 del Código de Procedimiento Laboral en cuanto que el acta de conciliación tiene fuerza de cosa juzgada, que el sentenciador desconoce. Pero si el acta suscrita ante el Inspector de Tra-

bajo de Santa Marta y que recogió la redacción definitiva del acuerdo, no dice relación en sus cláusulas "al tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla", es obvio que en este punto no hay cosa juzgada, pues ésta no la establece dicha norma para las propuestas de las partes que antecedieron al convenio final, sino para lo que se dispuso en el acta misma de conciliación.

A este respecto, lo que sí aparece en los antecedentes invocados y quedó expreso en la citada acta de conciliación, fue lo relativo a la congelación del salario, ya que su deterioro por la disminución de la exportación de banano motivó la carta del Sindicato a la empresa (cuyos principales apartes se transcribieron al principio), fue una de las bases presentadas por ésta en el memorando aprobado por la primera asamblea general del Sindicato y se consignó en el acuerdo conciliatorio, aprobado, a su vez, por la segunda asamblea del mismo. Con relación a este punto, como lo dice el Tribunal, existe cosa juzgada.

Se argumenta diciendo que no aparece entonces la contraprestación a esa congelación salarial, contraprestación que consiste en que sólo se tome "el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla". Pero no habiendo quedado esta propuesta en el acta de conciliación varias veces invocada, es preciso atenerse a lo que ella dice y no a lo que debió haberse dicho o a lo que ella pretendió que expresara una de las partes.

Del estudio que acaba de hacerse de las pruebas señaladas por el recurrente como estimadas con error, éste no resulta manifiesto en la sentencia acusada al no considerar que para el otorgamiento de la pensión de jubilación únicamente debía tenerse en cuenta el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla.

Podría argüirse que este modo de juzgar el "acta de conciliación" es demasiado ajustado a su texto, lo toma al pie de la letra; pero conviene recordar que no sólo respecto de los preceptos legales sino también con relación a los convenios, no cabe desentenderse de su tenor literal claro, para consultar sus antecedentes o su espíritu. Si en la redacción definitiva del acuerdo conciliatorio fue suprimida la tántas veces citada locución del memorando inicial de la empresa: "por el tiempo servido a la Compañía Frutera de Sevilla" y en cambio se dispuso que la pensión se otorgaría "de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella", no puede desconocerse este texto preciso para interpretarlo por el antecedente desechado.

No resulta, por tanto, probado el error de hecho imputado a la sentencia, ya que, aunque es cierto que la propuesta de la empresa en su memorando aprobado por la primera asamblea general del Sindicato, se refería al "tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla", en el acta de la conciliación celebrada ante el Inspector del Trabajo por el representante de aquélla y la Junta Directiva del mismo y aprobada también por la segunda asamblea general ibídem, se dejó de lado esa expresión y se cambió por la fórmula: "a otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella".

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

HONORARIOS PROFESIONALES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., mayo once (11) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda - Acta número 18.

El doctor *Gualberto Rodríguez Peña,* por medio de apoderado, presentó demanda laboral de mayor cuantía contra el señor *Luis Eduardo Caicedo,* con la finalidad de obtener el pago de la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000) moneda legal que dice le debe el demandado por concepto de honorarios profesionales.

Como hechos fundamentales de su demanda presentó el procurador judicial del actor del juicio los siguientes:

"1. Contra don Luis Eduardo Caycedo, The H. D. Lee Company Inc. instauró un juicio para la cancelación de las marcas LEC y LEE, juicio del que conoció el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá.

"2. En el curso de la segunda instancia, en la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el señor Luis Eduardo Caycedo obtuvo los servicios del doctor Gualberto Rodríguez Peña como abogado asesor y se comprometió a remunerarlos en la siguiente forma: $ 50.000 al quedar ejecutoriado el fallo favorable a sus intereses; $ 50.000 seis (6) meses después de este primer pago; y los $ 100.000 restantes un año después.

"3. Los términos del contrato quedaron consignados en carta de diciembre 1º de 1967, enviada por el doctor Gualberto Rodríguez Peña y aceptada por el demandado.

"4. No obstante la carta y no obstante haber quedado ejecutoriado el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, el demandado se ha negado a pagar los honorarios debidos al demandante".

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, aceptó el primer hecho y expresó que no son ciertos los restantes.

Explicó que los apoderados en el aludido juicio sobre cancelación de marcas, lo fueron los doctores: Jaime Vélez en primera instancia con la asesoría del doctor Hernando Pryor Varón, y en casos especiales como consultor el doctor José Gavino Pinzón. En la segunda instancia el doctor Hernando Pryor Varón quien luego sustituyó el poder al doctor Alvaro Leal Morales quien terminó la actuación.

Que ni en el expediente ni en las juntas celebradas por sus abogados figuró el doctor Rodríguez Peña, ni aparece ningún concepto suyo.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y carencia de acción.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, puso fin a la primera instancia con fallo de fecha seis de marzo de mil novecientos setenta y dos, por el que absolvió al demandado de los cargos de la demanda y condenó en costas al demandante.

Apeló éste, y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* por medio de sentencia de fecha treinta de agosto del año próximo pasado, confirmó el pronunciamiento del a quo y condenó también en costas al apelante.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el apoderado del actor, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro de tiempo fue presentada la correspondiente demanda y así mismo oportunamente la réplica de la opositora y en consecuencia se procede a decidir:

La demanda.

Dice así el recurrente:

"*Alcance de la impugnación.* Al reclamar mediante el presente recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en este juicio, aspiro a que la Corte case o anule en su totalidad la mentada providencia, revoque la

de primer grado que ésta confirmó, y que, erigida en sentenciador de instancia, condene al demandado Luis Eduardo Caicedo a pagarme la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000) moneda corriente, en que, para el caso de obtenerse fallo favorable a sus intereses en el proceso sobre cancelación de marcas a que antes se hizo referencia, como se obtuvo, señalamos el valor de los honorarios que debía pagarme por los servicios profesionales de que trata la carta-contrato de fecha 1º de diciembre de 1967, que se acompañó a la demanda, así como las costas del proceso''.

Seguidamente presenta el casacionista la acusación en dos partes intituladas cargos, que en realidad están ligados en su presentación formal de tal manera, que constituyen un solo cuerpo de ataque con presentación de dos errores de facto, generadores según el impugnante de infracción indirecta de las disposiciones sustanciales que invoca, por lo que el estudio de esos dos apartes se llevará a cabo en un solo capítulo.

Se expresa la censura de la siguiente manera:

''*Causales del recurso.* Como se ha visto, y quizá no sobra recordarlo, las estipulaciones del contrato suscrito con el señor Caicedo, previnieron dos clases de servicios: los que de manera cierta debía prestarle y le presté, como fueron los de consulta, estudio del proceso, confección del alegato para ante el Tribunal, y el de la obligada disposición en que debí mantenerme para ejecutar los que él considerara necesarios al éxito del negocio; y los de su representación personal y directa o de simple colaboración que decidiera él exigirme, en conformidad con lo convenido en los numerales b), c) y d) de la carta de contrato y que, si no los presté, fue porque Caicedo no consideró necesario pedírmelos.

''*Concretada así la causa de la obligación* que demando a solamente los primeros o sea, a los *servicios prestados y no a los eventuales que no se realizaron,* como erróneamente lo entendieron los juzgadores de instancia, *la fuente de esa obligación no ha de buscarse en un* contrato de trabajo, propiamente dicho, porque a las actividades ejecutadas *les falta el grado de subordinación o dependencia* que lo caracteriza y sirve para distinguirlo de otros con que a menudo se le confunde. *Como tampoco en la del contrato de* mandato, por cuanto en tales actividades *no se ve la facultad de representación* que específicamente lo identifica, y que sólo hubiera podido producirse a través del poder que, dentro del *estado de obligada disposición* en que me coloqué, me confiriera el señor Caicedo para apersonarlo en el juicio. Se trata por consiguiente de un simple arrendamiento de servicios de carácter intelectual, que *en el orden de la competencia* ha de regirse por las normas establecidas para el contrato de trabajo (Decreto número 0456 de 1956) y por las del mandato, *en lo que corresponde a su ejecución o cumplimiento.*

''Así las cosas, con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal de Trabajo, modificado por los artículos 60 del Decreto ejecutivo número 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969, acuso la sentencia de segundo grado pronunciada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en audiencia celebrada el día treinta de agosto del año en curso (1972) en el presente juicio, por indirecta infracción de la ley sustancial en las disposiciones que adelante señalaré; proveniente dicha infracción, de los *manifiestos errores de hecho* en que incurrió el sentenciador *al apreciar tanto el contenido de la carta de contrato* —que es un documento auténtico (Art. 252 del C. de P. C.)— como los *fundamentos mismos de la demanda,* y que lo llavaron a *desconocer la existencia de hechos que el documento de contrato acredita en debida forma,* y al propio tiempo, *a reconocer y tener como probados otros que no existen.* Tales errores le condujeron fatalmente a la decisión absolutoria que el fallo contiene, y sin los cuales ésta no se hubiera producido.

''*Primer cargo.* Al declarar el Tribunal que 'en los autos no aparece demostrada la prestación personal de esos servicios, vale decir la ejecución o realización de ese evento por parte del demandante', y con este único fundamento absolver al demandado, incurrió el sentenciador en error manifiesto de hecho al abstenerse de apreciar el contenido de la misma carta de contrato que reconoce la existencia de los servicios profesionales que hasta entonces le había prestado yo, al señor Caicedo, como también el de la obligada disposición en que de allí en adelante quedé colocado para ejecutar los de representación o colaboración que en cualquier momento tuviera a bien pedirme. En efecto, dicen los dos primeros apartes de la carta que el sentenciador se abstuvo de apreciar:

'' 'Para que de ello quede la correspondiente constancia, me permito concretar a continuación las bases de nuestro arreglo para la prestación de mis servicios profesionales en el juicio que para la cancelación de sus marcas de fábrica 'L.E.C.' y 'LEE' promovieron contra usted

los señores 'The H. D. Lee Company Incorporated' y que ahora debe subir al Tribunal'.

"'a) *Al expresar usted su conformidad* con estas bases, *usted recibirá del suscrito el alegato que ya tiene preparado* para la sustentación del recurso ante el Tribunal, con derecho a usarlo en la forma que estime conveniente'. Con lo que, a través de estas dos primeras cláusulas del 'documental que no fue tachado ni redargüido de falso', quedaban acreditados de manera plena e incontrovertible, los siguientes dos hechos, total y absolutamente ignorados por el Tribunal: que para la fecha en que lo suscribíamos con el objeto de hacer constar el acuerdo verbal que teníamos celebrado, el suscrito había efectuado ya *un detenido estudio del proceso* y de la sentencia del Juez; y que con base en tal estudio, *había también elaborado el alegato* para la sustentación del recurso ante el Tribunal y que en el mismo acto puse en manos del señor Caicedo, 'con derecho a usarlo en la forma que estime conveniente'. Como efectivamente lo hizo al entregarlo a su abogado consultor y gratuito difamador de mi nombre, el doctor Hernando Pryor Varón, y quien al respecto nos dice en su declaración: '... Días después, el señor Luis Eduardo Caicedo *nos enseñó al doctor José Gabino Pinzón y a mí* un escrito, dizque elaborado por este señor (Rodríguez Peña) y que no era otra cosa que un resumen del alegato presentado en ese juicio de primera instancia. Entiendo que se lo hizo llegar al señor Caicedo por intermedio de otra persona'.

"Sin embargo, señores Magistrados, el Tribunal no vio en las anteriores cláusulas del contrato prueba alguna de los servicios profesionales —*estudio del proceso y elaboración del alegato*— que hasta el momento de suscribirse había yo prestado al señor Caicedo. Como si al tropezar sus ojos (si es que tropezaron) con los destellos de luz que ellas arrojan, les hubiera fatalmente enceguecido...

"Mas no son éstos los únicos servicios profesionales que presté al señor Caicedo y que el Tribunal ignora en su sentencia. Las cláusulas b), c) y d) del propio contrato acreditan a través del *resultado* que se obtuvo en el pleito, y al cual se encaminaba tal obligación, otro no menos importante como fue el del *estado de obligada disposición* en que, durante el trámite de la apelación debía mantenerme, para *asumir su representación en el* proceso o *para colaborar con quien la ejerciera,* en el momento en que él así lo resolviera. Quien como abogado, médico, ingeniero, etc., se coloca a órdenes de su cliente para, en determinadas condiciones de tiempo y de lugar, prestarle uno o más servicios que eventualmente pueda necesitar, por el mismo hecho, e independiente de que las actividades previstas se hayan o no cumplido, le presta a su cliente un servicio de obligada disposición que, como todos los demás, y salvo estipulación en contrario, da lugar al correspondiente salario, y en caso de incumplimiento, impone la obligación de indemnizar por el perjuicio ocasionado. 'El objeto de este contrato, escribe el conocido expositor Cabanellas en concepto que es común para el contrato de trabajo propiamente dicho y el de arrendamiento de servicios, es el trabajo, aunque siendo contrato sinalagmático existan dos contraprestaciones: de una parte, el trabajo, la prestación del servicio, la realización de un esfuerzo físico o intelectual, *el hecho de ponerse una persona a disposición de otra para que ésta utilice o emplee su energía productiva;* de parte del patrono, la contraprestación es el salario, la retribución que debe ser proporcionada al esfuerzo, a la duración y al mérito del trabajo' (Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Pág. 182, Nº 91).

"El Tribunal, sin embargo, no encontró establecido en el contrato el servicio de obligada disposición que a órdenes de Caicedo le presté, ya fuera por no haberle reconocido su entidad jurídica de tal, o ya por haberlo entendido erróneamente identificado con el de las eventuales actividades a que iba dirigido, y que no se produjeron por no haber sido requeridas por quien tenía derecho a hacerlo. De esta suerte, al desestimar las cláusulas del contrato que describieron el expresado servicio y cuya ejecución patentiza no sólo la presunción que conlleva su propia naturaleza y que ninguna prueba en contrario desvirtúa, sino el mismo resultado favorable que se obtuvo con la sentencia, el sentenciador incurrió en nuevo y manifiesto error de hecho que precisamente lo llevó a la violación de la ley sustancial y a la consiguiente absolución del demandado.

"*Segundo cargo.* Al desconocer el Tribunal 'la *prestación personal* de los servicios profesionales *que alega el demandante',* porque no se demostró que él hubiera tenido 'la más mínima intervención *en el proceso',* ni participado jamás 'en ninguna de las reuniones celebradas por los profesionales que asistían al señor Caicedo' para, con ese fundamento absolver al demandado, incurrió en doble y manifiesto error, en cuanto da por establecidos —a través del contenido de las cláusulas contractuales y del mismo libelo

de la demanda— hechos total y absolutamente inexistentes.

"Porque no es exacto, como resulta ser el supuesto de donde parten los anteriores conceptos de la sentencia, que los servicios estipulados a mi cargo, *se hubieran limitado y precisamente concretado* a los anexos a mi personal intervención en el proceso, o en las reuniones que para el mismo pudieran celebrar los abogados consultores del señor Caicedo, de modo que si tales servicios no se prestaban, el contrato viniera a quedar como jurídicamente ineficaz por carencia de objeto. Absolutamente no; los mencionados servicios desde luego, formaban dentro de los que el señor Caicedo me podía exigir, pero su prestación no era cierta sino eventual: en cuanto su voluntad de que exclusivamente dependía, tuviera por bien demandármelos, y sin que, por lo tanto, el sentido de su pronunciamiento tuviera por qué hacer, ni más gravosa la situación jurídica del empleador, ni menos útil y hasta ineficaz la de quien comprueba haberle prestado otros de los servicios convenidos y reconocidos en el contrato.

"Tampoco en el libelo de la demanda, ni accidentalmente en parte distinta del proceso, se ha invocado como causa de la obligación remuneratoria cuyo reconocimiento demando, la prestación de ninguno de los servicios eventuales previstos en el contrato pero que no llegué a prestar, como lo expresa la sentencia al declarar que, *por no haber intervenido personalmente ni asistido a las reuniones de los abogados consultores,* resultan sin acreditar los servicios profesionales que alega el demandante, debe por lo tanto absolverse al demandado. La causa y fundamento de la demanda está, como tántas veces lo he repetido, en los servicios que ciertamente le presté a Caicedo y que él se ha negado a remunerarme; y no en los eventuales que no le presté, como erróneamente lo supone el Tribunal, atribuyéndole —tanto a la carta contentiva del contrato como al mismo libelo de la demanda— valor probatorio de un hecho inexistente y contrario a lo que tales documentos expresan, para violar así por este nuevo concepto la ley sustancial, y absolver en consecuencia al demandado.

"*Disposiciones sustanciales violadas.* A través de los errores manifiestos de hecho que dejo relacionados, el Tribunal quebrantó por modo indirecto las siguientes disposiciones de la ley sustancial: 1494, 1495, 1602, 1603, 1620, 1627, 2142, 2144, 2184 —3º del Código Civil, y 1º—, 55 y 57 —4º— del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes conceptos:

Porque le desconoció a las estipulaciones contenidas en la carta que ha servido de base para la demanda, su condición jurídica de contrato (Arts. 1494 y 1495 del C. C.) y específicamente, la que corresponde a los servicios de carácter intelectual que 'se sujetan a las reglas del mandato' (Arts. 2142, 2144 y 2150 Ibid.); les negó con ello el carácter de ley para las partes (1602 Ibid.), obligadas a ejecutar de buena fe no solamente lo que en ellas se expresa, sino todas las cosas que emanan de su naturaleza (Arts. 1603 del C. C. y 55 del C. S. del T.), así como a la ley sustantiva laboral, su finalidad de lograr la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores (Art. 1º - C. S. del T.). Al desestimar los servicios ciertos que le presté a Caicedo y de que hablo en los cargos que sirven de fundamento a este recurso, dejó sin sentido alguno, y por lo tanto sin que pudiera producir ningún efecto, el numeral a) de la carta de contrato en que se reconoce, la *confección del alegato* con que debía sustentarse el recurso ante el Tribunal, *y que en el mismo acto de suscribirme le entregué* (Art. 1620 del C. C.). Y, finalmente, sin causa justificativa alguna, exoneró al empleador de la obligación en que se encuentra aún, de pagarle al suscrito su trabajador, la remuneración acordada por sus servicios (Arts. 1627 y 2184 —3º— del C. C. y 57 —4º— del C. S. del T.).

"A través de las consideraciones que hasta aquí me he permitido presentaros, creo, señores Magistrados, haber establecido suficientemente, las numerosas infracciones de la ley sustantiva en que incurrió el sentenciador de segunda instancia al decidir este proceso en el sentido en que los hizo, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho en que incurrió al apreciar el documento contentivo del contrato y desconocer la realidad de los servicios profesionales que le presté al señor Caicedo, como fueron los de *consulta, estudio del pro y elaboración del alegato* con que habría de sustentarse el recurso ante el Tribunal, que comprueba el numeral a) de la carta y el de la *obligada disposición* en que durante todo el curso de la segunda instancia hube de mantenerme para ejecutar los previstos en los numerales b), c) y d) subsiguientes, en el momento en que él me lo exigiera: y al propio tiempo, al encontrar en ese mismo documento y en el del libelo de demanda, como deducido el fundamento de ésta, de la simple estipulación de servicios eventuales que no presté, y que tampoco hube de invocar.

"En tal virtud, os reitero mi respetuosa solicitud para que al desatar este recurso, caséis el

fallo del Tribunal, revoquéis el de primera instancia, y constituida la Corte en tribunal de instancia, condenéis al demandado al pago de los honorarios que me adeuda y que fueron pactados en la carta de contrato tántas veces mencionado, como también al pago de las costas del proceso".

A su turno el opositor manifiesta que:

"... La proposición jurídica presentada por el recurrente no se ajusta a las disposiciones legales que pudieran haber dado origen a la obligación a cargo de mi mandante, pues se acusan normas relativas al mandato y el propio recurrente en su demanda afirma, que su relación con el demandado no estuvo regida por el contrato de mandato, en esas condiciones es absurdo pretender que se vulneró, por la sentencia, normas legales que rigen ese contrato al cual no estuvo sometido el recurrente como él mismo lo acepta en su escrito de demanda".

Y luego agrega:

"... El recurrente fundamenta toda su acusación, según se puede desentrañar de su demanda, en manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador 'al apreciar tanto el contenido de la carta de contrato que es un documento auténtico (Art. 252 del C. de P. C.) como los juramentos mismos de la demanda', o sea la documental que obra a folios 4 a 5 del expediente, pero resulta que el Tribunal realmente apreció la prueba, en el real valor probatorio que ella tiene, es decir, como un convenio para la prestación de servicios profesionales pero que de ninguna manera podía originar unos honorarios a favor del doctor Gualberto Rodríguez Peña, si él no podía acreditar la real prestación de los servicios convenidos, pues eran éstos los que realmente creaban la obligación al señor Luis Eduardo Caycedo de pagar unos honorarios profesionales, pero lógicamente el doctor Gualberto Rodríguez Peña no pudo acreditar los servicios profesionales porque ellos nunca se prestaron y si el Tribunal hubiera apreciado la documental a que me he referido en el sentido de que ella por sí sola podía engendrar una obligación de pago de honorarios profesionales, entonces sí, habría incurrido en una errónea apreciación de mérito probatorio de tal documento, pues entendería el Tribunal que el solo convenio de las partes para la prestación de un servicio profesional, podría engendrar una obligación a cargo de quien se beneficiaba de esos servicios, pero eso sería tanto como pretender que la sola firma de un poder, sin ejecutar el mandato contenido en él, puede engendrar honorarios profesionales para quien recibió dicho mandato".

Se estudia:

La censura enfoca el ataque pues, sobre la base de que el sentenciador de segundo grado, para absolver a la parte demandada infringió indirectamente las disposiciones sustanciales que invoca, por haber interpretado erróneamente la carta-contrato que indica y los fundamentos de la demanda, errores consistentes en considerar que el actor del juicio no confeccionó un alegato con destino al demandado para sostener la segunda instancia del litigio a que alude, del cual podía el señor Caicedo hacer el uso que a bien tuviera; haber estimado que el doctor Rodríguez Peña no tuvo ninguna intervención personal en ese proceso y haber desestimado la "obligada disposición" en que el doctor Gualberto Rodríguez Peña dice se encontró, para servir al señor Caicedo, a todo lo largo de la segunda instancia de ese litigio sobre marcas mencionado en este juicio y origen de los honorarios reclamados.

El Tribunal al desatar la litis en segundo grado se pronunció en la forma como se transcribe:

"De folios 4 a 5 obra una documental que no fue tachada ni redargüida de falsa, y que acredita que entre las partes se convino la prestación de unos servicios profesionales en la forma allí estipulada. Pero en los autos no aparece demostrada la prestación personal de esos servicios, vale decir la ejecución o realización de ese convenio por parte del demandante, pues el dicho de los señores Ernesto Escallón Vargas y Hugo Vela Camelo (folios 90 a 95 y 105 respectivamente), no tiene fuerza de prueba porque son testigos cuyas declaraciones se fundan en haber oído al demandante el relato de los hechos en que éste basa su reclamación. Tampoco la documental que corre de folios 140 a 154 tiene valor probatorio alguno porque no fue solicitada ni decretada como prueba en la primera instancia, documental que, además, proviene exclusivamente del actor.

"De otra parte, el testigo Hernando Pryor Varón (folios 108 a 114), quien manifiesta que conoce a Luis Eduardo Caicedo —(demandado)— hace algunos años como fabricante de prendas de vestir y en razón de la asesoría legal que le prestó con motivo del juicio de cancelación de las marcas Lee y Lec que contra él adelantó la sociedad The H. D. Lee Company Ltda. (sic) afirma en su declaración que el doctor Gualberto Rodríguez Peña, demandante, 'no tuvo la más mínima intervención en el proceso'

a que se refiere el mencionado documento que obra de folios 4 a 5, ni participó jamás en ninguna de las reuniones celebradas por los profesionales que asistían al señor Caicedo, con motivo del juicio seguido contra él por la citada sociedad.

"No estando demostrada en el plenario, como se ha visto, la prestación personal de los servicios profesionales que alega el demandante, se impone como consecuencia lógica la absolución del demandado...".

Observa la Corte que, ciertamente como lo anota el *ad quem*, la carta-contrato a que se refiere el censor, no fue tachada ni redargüida de falsa, y figura de folios 4 a 5 del expediente.

Esa misiva señalada por el recurrente como mal apreciada por el Tribunal dice en el encabezamiento y en el ordinal a) lo que en seguida se copia:

"Para que de ello quede la correspondiente constancia, me permito concretar a continuación, las bases de nuestro acuerdo para la prestación de mis servicios profesionales en el juicio que para la cancelación de sus marcas de fábrica 'L.E.C. y LEE' promovieron contra usted los señores The H. D. Lee Company Inc., y que ahora debe subir al Tribunal:

"a) Al expresar usted su conformidad con estas bases, usted recibirá del suscrito el alegato que ya tiene preparado para la sustentación del recurso ante el Tribunal, con derecho a usarlo en la forma que estime conveniente".

Luego en los ordinales b), c) y d) de esta carta, se pormenorizan o detallan unos servicios profesionales eventuales que se enuncia como dispuesto a prestar el doctor Rodríguez Peña, remitente a disposición o voluntad del señor Luis Eduardo Caycedo, a quien fue remitida.

Al final de la misma y bajo la leyenda "aceptada, Bogotá, diciembre 1º de 1967", sobre la antefirma Luis Eduardo Caicedo, aparece la firma correspondiente respaldada con el sello de gerente.

Es decir que, como esa misiva obra en los autos con conocimiento de parte y no fue tachada ni redargüida de falsa, tiene el valor probatorio intrínseco que de ella se deduce, cual es el de que *al ser aceptada* por el señor Caicedo, *tal como aparece sin anotación alguna* ni discusión en el proceso al respecto, éste debió recibir *el alegato* mencionado en el aparte a), "con derecho a usarlo" en la forma como el destinatario lo creyera conveniente.

Si el señor Caicedo no hubiera recibido ese *alegato* es indudable que habría dejado la constancia pertinente, ya que como lo dice la cláusula mencionada, al expresar *su conformidad* con las bases estipuladas en el texto del escrito dirigido a él por el doctor Rodríguez Peña, recibiría el aludido escrito.

En estas objetivas condiciones, no puede deducirse de la aquiescencia demostrada con la firma bajo la palabra aceptada, sino que evidentemente el señor Caycedo recibió la tan repetida alegación confeccionada por el doctor Rodríguez Peña, para los fines consiguientes y de la cual desde luego —como se repite— podía hacer el señor Caycedo el uso que a bien quisiera.

En consecuencia, erró el juzgado de segundo grado, al considerar de manera general en la sentencia acusada que el doctor Rodríguez Peña no prestó ningún servicio profesional al demandado. Desde luego el *ad quem* tiene como fundamentos de su decisión absolutoria esa carta, en realidad mal apreciada, en lo atinente de manera específica a la cláusula a) aquí examinada y el testimonio del doctor Pryor, el cual no podía ser motivo o causal de casación dadas las restricciones del recurso, empero como la prueba principal desestimada en su valor probatorio lo es la cláusula a) de la carta-contrato, documento auténtico aceptado por el demandado y no redargüido de falso, ese error afecta fundamentalmente la decisión en cuanto a ese punto se refiere. Es decir que prospera la acusación en esta parte concretamente determinada.

En lo atinente a los servicios profesionales comprendidos en los ordinales b), c) y d) de la carta-contrato, que son eventuales según se desprende de su enunciación, ellos no fueron en realidad prestados por el demandante doctor Gualberto Rodríguez Peña, quien explica que prestó sus servicios en cuanto a la confección del antecitado alegato y que en verdad esos otros no fueron desempeñados por él, pero considera que, el Tribunal se equivocó al absolver al demandado, sin tener en cuenta que él estuvo en "estado de obligada disposición", según sus propias expresiones, a las órdenes del señor Caicedo, durante la segunda instancia del proceso sobre marcas, "obligada disposición" de la que el actor del juicio pretende derivar honorarios profesionales.

Es decir que, plantea el recurrente la tesis de la *disponibilidad* para la ejecución de un servicio contratado, según él, empero, de ninguna de las disposiciones sustanciales que invoca en su demanda, como tutelares del derecho que reclama, se desprende el que deba ser remunerada esa disponibilidad de *arrendamiento de servicios,*

relación jurídico-contractual en que el censor ha ubicado su posición de actor del juicio frente al demandado. Y no apareciendo en la acusación precisamente determinado ese precepto, no puede en consecuencia hacerse emerger el concepto de violación de una norma que aquí se desconoce.

Si pues, el Tribunal consideró al apreciar la prueba que de esos eventuales servicios no ejecutados por el demandante, relacionados en las letras b), c) y d) de la tan repetida carta-contrato, no podía de ninguna manera derivarse pago de honorarios como obligación del demandado, por no aparecer la prestación personal de los mismos, no surge de esa conclusión el error evidente que anota la censura, y por lo tanto la impugnación en esta parte no puede tener éxito.

Al prosperar la demanda de casación solamente en cuanto se refiere a la interpretación de la carta en el aparte a), a ese solo servicio se concretará la casación del fallo recurrido, porque el monto de los honorarios demandados se refiere según la misma prueba a la prestación de todos los servicios comprendidos en los ordinales a), b), c) y d), de los cuales sólo fue demostrado el primero, mas no los restantes.

Pero como al casar la sentencia en virtud del error evidente de hecho demostrado tiene que dictarse fallo de instancia, y para fijar *el quantum* de los servicios acreditados no hay material probatorio concretamente determinado para ese efecto, porque el señalamiento contractual los comprende todos, no se proferirá ese fallo por el momento sino que en conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 del Código Procesal del Trabajo, se ordenará la práctica de un dictamen pericial tendiente a fijar el valor de tales honorarios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha treinta de agosto de mil novecientos setenta y dos, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, en cuanto absolvió a la parte demandada del pago de honorarios por los servicios prestados por el doctor Gualberto Rodríguez Peña al señor Luis Eduardo Caycedo.

Para efectos del fallo posterior de instancia y para mejor proveer, decrétase la práctica de un avalúo pericial con el objeto de que el perito justiprecie el monto de los honorarios que puedan corresponder al demandante por el servicio a que alude la cláusula a) del escrito que aparece de folios 4 a 5 del expediente, en relación con los testimonios que figuran en los folios 90 a 95 y 108 a 114 del mismo y demás pruebas del proceso.

Ejecutoriada esta providencia vuelva al despacho para señalar fecha para que tenga lugar el sorteo del perito mencionado.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

—

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección Segunda.- Acta número 32.

Esta Sala de la Corte casó parcialmente la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y dentro de esa decisión que desató el recurso extraordinario expresó:

"Al prosperar la demanda de casación solamente en cuanto se refiere a la interpretación de la carta en el aparte a), a ese solo servicio se concretará la casación del fallo recurrido, porque el monto de los honorarios demandados se refiere según la misma prueba a la prestación de todos los servicios comprendidos en los ordinales a), b), c) y d), de los cuales sólo fue demostrado el primero, mas no los restantes.

"Pero como al casar la sentencia en virtud del error evidente de hecho demostrado tiene que dictarse fallo de instancia, y para fijar *el quantum* de los servicios acreditados no hay material probatorio concretamente determinado para ese efecto, porque el señalamiento contractual los comprende todos, no se proferirá ese fallo por el momento sino que en conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 del Código Procesal del Trabajo, se ordenará la práctica de un dictamen pericial tendiente a fijar el valor de tales honorarios".

En desarrollo de esta decisión fue sorteado como perito el doctor Cástor Jaramillo Arrubla,

quien una vez posesionado, dentro del término indicado para ello presentó el experticio que fue puesto en conocimiento de las partes por medio de proveído de fecha catorce del mes en curso.

El término legal del traslado corrió sin que los interesados presentaran objeción ni observación alguna.

El perito, quien es un destacado jurista, hace un análisis pormenorizado del asunto de que aquí se trata, y con precisos y sólidos fundamentos concluye que el trabajo profesional prestado por el doctor Gualberto Rodríguez Peña al demandado vale la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000) moneda legal.

Evidentemente en cuanto a los servicios a que se refiere el actor del juicio en su demanda, determinados en los apartes a), b), c) y d) de la *carta contrato* aceptada por el demandado en ella se señala para todos en conjunto un valor de doscientos mil pesos ($ 200.000), en caso de que así mismo la totalidad de ellos hubiesen sido desempeñados por el doctor Rodríguez Peña.

Empero como éste sólo demostró la ejecución del primero, indicado en el ordinal a) de esa prueba, no resulta exagerado estimar el valor de tal servicio llevado a efecto por el demandante, en esa cantidad de cincuenta mil pesos según el dictamen pericial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sede de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *revoca* el fallo de seis de marzo de mil novecientos setenta y dos pronunciado en este mismo juicio por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió por el mencionado aspecto a la parte demandada, y en su lugar *resuelve:* condénase al señor Luis Eduardo Caycedo, mayor y de esta vecindad a pagar al demandante doctor Gualberto Rodríguez Peña la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000) moneda legal, dentro de los diez días subsiguientes al de la ejecutoria del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior.

Con costas en primera instancia en un 25% a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ADOPCION DEL DECRETO 2351 DE 1965, COMO LEGISLACION PERMANENTE

Cuando la acusación no versa sobre la vigencia de norma del Decreto 2351 de 1965 sino sobre su propio contenido, como en el presente caso, no se requiere citar la Ley 48 de 1968, que adoptó aquél como legislación permanente pues el asunto consiste en el ordenamiento sustancial de aquél y no en si rige por razón de la otra, de modo semejante a como la Corte nunca ha exigido respecto de normas del Código Sustantivo que se incluya en el cargo el precepto de ley que le dio permanencia en la legislación laboral.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección Primera - Acta número 21.

En libelo que se radicó en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, *Wolfgang Karl Hinz Nass,* mayor y de esta vecindad, identificado con la cédula de extranjería número 42590 expedida en la dicha ciudad, demandó, por medio de apoderado, a *Acerías Paz del Río S. A.,* del mismo domicilio, representada por su Presidente, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral en sentencia definitiva se declarara que entre ellos existió un contrato de trabajo que duró del 14 de febrero de 1954 al 14 de febrero de 1968, día éste en que la sociedad lo dio por terminado en forma unilateral, injustificada e ilegal, y, como consecuencia de esas declaraciones, se la condenara a pagarle, a favor suyo, como indemnización por despido injusto, $ 66.000 colombianos y 3.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, valor del salario, pactado en esas dos monedas, correspondiente a los doce meses de prórroga fija del contrato de trabajo que tenían celebrado, y una pensión vitalica de jubilación, proporcionada a sus años de servicio, de valor de $ 2.827.50 y US$ 131.25 mensuales, más las costas del proceso.

En apoyo de sus pretensiones Hinz afirmó haber trabajado para la demandada desde el 14 de febrero de 1954 hasta el 14 de febrero de 1968, en virtud de contrato escrito de duración determinada que vencía el 13 de febrero de 1968; pero el patrono no le comunicó oportunamente, con antelación de treinta días, su intención de terminarlo en la fecha de ese plazo, por lo que se prorrogó automáticamente por un año, pese a lo cual aquel lo dio por concluido, injustificada e ilegalmente, el dicho 14 de febrero, cuando desempeñaba el cargo de Ingeniero Jefe de Topografía y Geología en las minas de carbón de La Chapa, con salario integrado por $ 5.500 colombianos y 250 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. El escrito inicial agrega que, con algunos días de anterioridad a la fecha en que la empresa terminó el contrato en forma unilateral, intempestiva e injusta, alguno de sus ejecutivos le ofreció al demandante que "ingresaría al rol de nómina especial, con todos los derechos y prestaciones de ese tipo de personal, con un salario único en pesos colombianos cuyo monto se discutía al momento del despido", y que la sociedad se ha negado a pagarle la indemnización y la pensión proporcional que reclama.

En derecho invocó los artículos 5º, 10, 14, 37, 55 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 2351 de 1965 y 1373 de 1966; las Leyes 171 de 1961 y 48 de 1968, y el Decreto 2158 de 1948, para el procedimiento.

Por medio de apoderado, Acerías Paz del Río S. A. se opuso a las peticiones del actor admitiendo, tan solo, respecto de los hechos del libelo, los relativos a la fecha inicial del contrato, a la forma escrita de éste con duración determinada hasta el 13 de febrero de 1968, y al valor del salario, en sus dos monedas; pero negando el trabajo hasta el 14 del mismo mes, la falta de

comunicación oportuna del vencimiento del plazo fijo y la prórroga automática por un año, y rechazando así mismo los demás hechos en la forma como fueron redactados. Excepcionó, además, carencia de causa, cobro de lo no debido, prescripción y "la genérica".

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, en fallo de 19 de abril de 1971, resolvió:

"Artículo 1º Condénase a la sociedad Acerías Paz del Río S. A., debidamente representada, a pagar en favor de su extrabajador Wolfgand Karl Hinz Nass, las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos: a) Por concepto de lucro cesante, la suma de $ 66.000 y US$ 3.000 (dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), al tipo de cambio oficial existente en el momento de efectuarse el pago; b) Por concepto de pensión de jubilación la suma de $ 2.888.07 y US$ 131.28 mensuales al tipo de cambio oficial existente en el momento de efectuarse el pago y una vez el demandante demuestre ante la sociedad demandada, haber cumplido 60 años de edad.

"Artículo 2º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"Artículo 3º Costas a cargo de la parte demandada".

Apelada esta decisión por el apoderado de la sociedad, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* la confirmó, en todas sus partes, con costas al recurrente, en la suya de 31 de agosto de 1972.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Acerías Paz del Río S. A., y habiéndoselo concedido el *ad quem* y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a decidir mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del apoderado del trabajador, opositor en el mismo.

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto del fallo del Tribunal, en cuanto confirma el de primera instancia, para que en la decisión subsiguiente se revoque éste y en su lugar se absuelva a la sociedad demandada de todas y cada una de las condenas que él impuso "y se resuelva sobre costas lo que se estime procedente".

Al efecto, con base en la causal primera de casación laboral, se formulan dos cargos, el primero de los cuales se sintetiza así:

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los artículos 4º numeral 3º y 8º numeral 3º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, a consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación, por el Tribunal, del documento auténtico de folio 36 fechado el 12 de enero de 1968, de la confesión judicial del trabajador Wolfgang Hinz visible a folios 37 y 38, de la confesión judicial de Darío Vallejo Jaramillo a folios 26 a 30 y de la inspección ocular de folios 58 a 61 y 77 a 77 vuelto.

El error de hecho se hace consistir, en el párrafo final de este cargo y en remate de su sustentación, en que el fallador, por equivocada interpretación de las pruebas reseñadas, llegó a la conclusión de que el contrato de autos terminó el 14 de febrero de 1968, "siendo así que ese vínculo, pactado por escrito venció y fue terminado, por voluntad de ambas partes, el 13 de febrero de 1968". Todo lo cual produjo la aplicación de las normas citadas en el ataque, condenándose indebidamente a la sociedad demandada, en los términos de la sentencia que se acusa.

En el desarrollo del cargo el recurrente manifiesta que no se discuten la existencia del contrato de trabajo, ni la fecha en que Hinz Nass ingresó al servicio de la empresa, ni las funciones que desempeñaba, ni el salario, sino únicamente la fecha en que terminó el contrato de trabajo firmado a plazo fijo por las partes. Pues, para el Tribunal, acorde con el *a quo* y acogiendo el planteamiento del demandante en la litis —precisa la Sala, para mejor expresión y comprensión de su estudio— tal hecho de terminación, fundamental para las condenas impuestas, ocurrió el 14 de febrero de 1968, en forma unilateral, por el patrono, e ilegal, porque se produjo la prórroga automática de la vinculación que existía entre los litigantes; mientras que para el acusador el contrato de autos terminó el 13 de febrero de 1968, conforme a estipulación expresa, oportunamente reiterada o manifestada por las partes, sin que hubiese acontecido la prórroga que apreciaron los falladores con base en trabajo de Hinz Nass al día siguiente de aquella terminación.

Y esta tesis la sustenta el recurrente en las pruebas que singulariza como mal apreciadas, manifestando que, para el Tribunal, la primera de ellas, el documento de folio 36, no reúne los requisitos para que, por medio de él, se diese por terminado el contrato de trabajo, además de que su firmante en representación de la empresa, no estaba autorizado para tomar una decisión como la adoptada en ese escrito. Sin embargo —sostiene el acusador— tal documento auténtico no sólo era idóneo para terminar el contrato

sino que ratifica esa decisión, pues sólo así ambas partes pudieron hablar dentro del mismo de "un nuevo contrato de trabajo", ya que "de no haberse dado por terminado éste, mal podría tratarse de otro distinto como el que se pretende celebrar". Agrega que si en esa pieza se habló de condiciones, especialmente sobre salario, para celebrar un nuevo contrato, ello fue como consecuencia lógica de haberse dado por terminado el existente y para lo cual ambas partes se acogen a la fecha de vencimiento señalada para el 13 de febrero de 1968; y que la apreciación del Tribunal acerca de que el doctor Diego Cardona no estaba autorizado por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo está fuera de toda realidad, pues el Presidente de ella, doctor Vallejo Jaramillo, confesó en posiciones que Hinz Nass trabajó hasta el 13 de febrero de 1968, todo lo cual obedece a que el contrato fue terminado en esta fecha como consta en aquel documento de 12 de enero, firmado precisamente por el doctor Cardona. En cuanto a la absolución de posiciones que el recurrente destaca en segundo lugar recalca que, en ella, el demandante Hinz ratificó que el contrato fue terminado y la empresa le quería ofrecer uno nuevo, lo cual no se hizo efectivo. Agrega que al absolver otra pregunta, la tercera, el ex trabajador, contradiciéndose, pretendió haber trabajado también en otros días posteriores al 14 de febrero sin que se vea por qué estas otras fechas no fueron las acogidas como de terminación, que sólo podía precisarse en el 13 del dicho mes, como aparece del comprobante de pago de las prestaciones firmado por Hinz Nass el 14 de febrero en virtud de haberse terminado el contrato el día anterior, como lo señala este mismo documento. En cuanto a la inspección ocular observa que lo que contiene la nota que se apreció, de fecha 14 de febrero, son unas recomendaciones de Hinz sobre trabajos que quedaban pendientes y que lo que se anotó en aquella diligencia como fecha de salida reafirmaba que el contrato había terminado el día anterior y no que se hubiese seguido trabajando el 14 de febrero.

Por todo lo cual se incurrió en el error señalado, con las consecuencias que impugnan este cargo.

Para el opositor la demanda de casación adolece de defectos técnicos, pues en su capítulo primero no presenta el resumen de los hechos sino un planteamiento unilateral de ellos, como si de trámites de tercera instancia se tratara; y los cargos no contienen proposiciones jurídicas completas, pues omitieron las normas relativas a la duración del contrato, a las causas o modos como éste termina y a la adopción del Decreto 2351 de 1965 como legislación permanente, ni las de carácter *medio* correspondientes a una violación indirecta, como consecuencia de un posible error de hecho.

Y en cuanto al fondo del ataque estima inobjetables las consideraciones del Tribunal transcribiendo, además, el análisis probatorio del *a quo;* afirma sofísticas las razones del acusador relativas a las confesiones contenidas en las posiciones absueltas por el trabajador y por el representante legal de la sociedad, e improcedente concluir que hubo error al apreciar la inspección ocular pues ella revela que el contrato se prolongó hasta el 14 de febrero de 1968 conforme al análisis que hizo de dicha prueba el Tribunal, el cual transcribe.

Finalmente el opositor advierte que las conclusiones del *ad quem* tienen su fundamento no sólo en las pruebas señaladas por el recurrente sino en otros medios probatorios· "tales como los testimonios de Gustavo Jaramillo y William Botero cuyo alcance y significación permanecen intactos quedando de esta manera incompleto".

Por todo lo cual sostiene que el cargo debe rechazarse.

Para resolver se considera:

I. El capítulo primero de la demanda de casación intercala, ciertamente, en el relato de los hechos de la litis algunas referencias del recurrente a la posición defensiva de la empresa; pero contiene lo fundamental de aquélla y la forma como fue resuelta por los juzgadores de las instancias. Por lo tanto ha de estimarse cumplido el correspondiente requisito de ley, sin que los comentarios censurados lo desvirtúen ni conviertan el escrito en un alegato de "tercera instancia" obligando a su desestimación.

De la falta de indicación, en el cargo, de la norma que adoptó como legislación permanente el Decreto 2351 de 1965, la Sala, que nunca había exigido tal señalamiento, con ocasión de reclamo igual al que aquí se comenta expresó: "en relación a la crítica que hace el opositor al cargo por no haber mencionado el recurrente como violado el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que dispuso que el Decreto legislativo número 2351 de 1965 seguiría rigiendo como ley, con algunas modificaciones, después de levantado el estado de sitio, estima la Sala que perteneciendo las normas sustanciales al citado decreto, no es estrictamente necesario citar la disposición de la ley que lo adoptó como legislación permanente, pues no se trata en este caso concreto de una acusación relacionada con la vigencia de las dis-

posiciones del mencionado decreto que el recurrente considera fueron violadas por el ad quem. Hecha esta aclaración, se procederá al estudio del cargo''. (Sentencia de la Sección Segunda de 26 de febrero de 1971, Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada). En otras palabras, que *cuando la acusación no versa sobre la vigencia de norma del Decreto 2351 de 1965 sino sobre su propio contenido, como en el presente caso, no se requiere citar la Ley 48 de 1968, que adoptó aquél como legislación permanente pues el asunto consiste en el ordenamiento sustancial de aquél y no en si rige por razón de la otra, de modo semejante a como la Corte nunca ha exigido respecto de normas del Código Sustantivo que se incluya en el cargo el precepto de ley que le dio permanencia en la legislación laboral.*

Respecto de las *normas medio* que el opositor también reclama, el cargo no plantea propiamente un asunto que las implique, y si por hacérsele consistir en un error de hecho el opositor alude al artículo 61 Código Procesal del Trabajo, tampoco es estimable esta censura, porque tal señalamiento no es indispensable, en el presente caso, como no lo ha sido para la Sala para estudiar los que le han sido formulados en otras demandas, por el mismo concepto. Y así, en sentencia de 29 de marzo de 1973, suscrita en pleno, se expresó sobre este tema: ''conclúyese de lo dicho que no es necesario por regla general indicar como violado el artículo 61 del Código Procesal Laboral cuando se formula un cargo por error de hecho en la estimación o en la falta de apreciación de pruebas, para integrar la proposición jurídica, salvo los casos en que el juez haya aplicado tarifa legal o le haya negado valor probatorio a la conducta procesal observada por las partes o haya prescindido de atender a las circunstancias relevantes del pleito.

''Y como en el caso a estudio el error de hecho atribuido a la sentencia no se funda en los casos dichos, sino en el mérito que asignó a las pruebas del proceso para persuadirse racionalmente de los hechos básicos del mismo, el cargo está correctamente planteado, por lo que se procede a analizarlo en el fondo''.

No era necesario, en fin, incorporar en la proposición jurídica del ataque otras normas que las que él contiene, y concretamente los artículos 45 Código Sustantivo del Trabajo sobre duración del contrato y 61 del mismo estatuto, sobre sus modos de terminación, como lo exige el opositor, porque tratándose de impugnar, como se trata aquí, condenas que se fundamentan concretamente en los artículos 8º, numeral 3º, del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, por haberse, según el sentenciador, prorrogado el contrato de plazo fijo que vinculaba a los litigantes, el cargo sólo necesitaba señalar aquellos preceptos y el numeral 3º del artículo 4º del dicho Decreto 2351, como lo hizo el recurrente de autos, pues en ellos está contenida toda la decisión judicial, sin que se requiera ningún otro texto para someterla completa y debidamente al proceso de confrontación legal en que consiste el remedio extraordinario. Por todo lo cual no se acogen los reparos técnicos del opositor y procede el estudio del ataque formulado.

II. El *ad quem* precisó el motivo central de la litis en la fecha ''en que finalizó el contrato de trabajo a plazo fijo'', ''pues mientras el demandante afirma que aquél se terminó el 14 de febrero de 1968, fecha hasta la cual prestó sus servicios, la demandada alega que la relación de trabajo terminó el 13 del mes y año antes citados, fecha fijada por mutuo acuerdo entre las partes, para el vencimiento del contrato''. (Fl. 111). Y desechando la prueba testimonial, por mal producidos dos testimonios (Pedro Patiño y Diego Cardona) y por no aportar datos que definiesen el hecho discutido, los otros dos que obraron en el proceso (Gustavo Jaramillo y William Botero) apreció de la inspección ocular, practicada por el Juez Civil Municipal de Paz de Río, que Wolfgang Hinz ''entregó el 13 de marzo de 1968'' material de la oficina que tenía a su cargo, como lo eran los libros y libretas que se registraron en la dicha diligencia, y que en un archivador A-Z de correspondencia interna de la Oficina de Topografía apareció una nota fechada el 14 de febrero de 1968 y firmada por el demandante Hinz, sobre ''la ejecución de '... los siguientes trabajos especiales...' pendientes'', así como ''fue visto'', por el Juzgado, ''el plano cronológico preparación de la mina de carbón de La Chapa'', con nota de aquella fecha de febrero, de acuerdo con la cual se observó que ''el señor Wolfgang Hinz desempeñaba el cargo de Jefe de Topografía La Chapa, al servicio de la empresa Acerías Paz del Río S. A.'' (Fl. 112). Como apreció igualmente, el Tribunal, de esta probanza, que sobre la hoja de vida del trabajador se anotó el 14 de febrero de 1968 como fecha de salida del demandante, elemento éste de juicio al que dio mayor valor que a los comprobantes de pago de prestaciones que consignaron como fecha de terminación el 13 de febrero de 1968 y que a la cláusula que fijó el vencimiento del contrato en esta última fecha, según lo expresó al folio 113 del expediente. Por todo lo cual llegó al convencimiento de que ''el

trabajador demandante *prestó sus servicios hasta el 14 de febrero de 1968''*. (Subraya la Corte). En consecuencia resolvió, al mismo folio, tomar esta fecha ''para posteriores efectos'', que lo fueron las condenas por ''los salarios de doce meses de prórroga del contrato a plazo fijo'' y por pensión proporcional de jubilación, en pesos y dólares, con base ''en el despido del demandante en las condiciones dichas'', despido que ''debe estimarse ilegal y sin justa causa'', conclusiones que se informaron en el documento del folio 36 en relación con las posiciones absueltas por Hinz Nass y Vallejo Jaramillo, probanzas de las cuales el *ad quem* apreció que no hubo decisión de terminar el contrato a término fijo sino de modificar el salario del que venía ejecutándose, para unificarlo en moneda nacional, y que aquel documento tampoco podía tenerse como el aviso escrito del patrono para no prorrogar el contrato que vencía el 13 de febrero de 1968, ni se acreditó que el señor Cardona, quien lo suscribió por la empresa estuviese ''habilitado para tomar semejante decisión'' (Fls. 114 a 118).

Claramente se observa que la decisión judicial reposa en las siguientes apreciaciones, que deben repetirse: que Hinz trabajó el 14 de febrero de 1968, por lo que el contrato escrito que tenía celebrado a plazo fijo, con vencimiento para el día anterior, se prorrogó automáticamente por doce meses más; y que ese contrato no terminó el 13 de febrero de 1968, como lo tenían pactado sus celebrantes, a pesar de la cláusula respectiva y de los comprobantes de pago de las prestaciones, porque, además del trabajo efectuado al día siguiente, conforme a aquella primera estimación, el documento de folio 36 no establece la decisión de terminarlo en su fecha señalada sino la de modificar el salario del que venía ejecutándose, sin que, de otra parte, constituyese el aviso legal de la intención del patrono de darlo por terminado, ni, finalmente, apareciese que quien lo suscribió por Paz de Río estuviese autorizado para tal decisión.

La pieza últimamente referida, que el acusador destaca como mal apreciada, reza así:

''Acerías Paz del Río, S. A. - Paz de Río, 12 de enero de 1968. - Director División Minas. - Señor ingeniero Wolfgang Hinz. De acuerdo a las conversaciones que hemos sostenido en días anteriores, en las cuales hemos analizado las diferentes modalidades que podría tener un nuevo contrato de trabajo entre usted y Acerías, me permito ratificar los puntos que hemos esbozado al respecto: 1º De común acuerdo, ambas partes contratantes dan por terminado y así lo ratificamos en este memorando el contrato número... cuyo vencimiento legal es el próximo 13 de febrero de 1968. 2º La empresa ofrece a usted un nuevo contrato de trabajo, con las modalidades propias de un contrato en moneda nacional, es decir, que usted entraría al rol de nómina especial de la compañía con todos los derechos y prestaciones de que actualmente disfruta dicho personal, y de todos aquéllos que en el futuro puedan beneficiarlo. La asignación mensual ofrecida es de $ 6.200. 3º Usted acepta un nuevo contrato en las condiciones dichas en el numeral 2º pero solicita una asignación mensual de $ 8.500, habida consideración a los altos costos de manutención que le corresponde sufragar. Informo a usted que en los primeros días de la semana próxima, entraré en conversaciones con la dirección de la empresa sobre la posibilidad de mejorar la oferta inicial en forma tal que procure satisfacer su demanda. Atentamente, Diego Cardona C.''.

Para la Sala es incuestionable, porque sus términos no admiten entendimiento distinto, que el contenido de lo que se expresó como punto primero de un común acuerdo, en este documento de 12 de enero suscrito por Hinz y por Diego Cardona C., es que ambas partes dieron por terminado, y así lo ratificaron, el contrato que tenían celebrado el demandante y Paz del Río con vencimiento expreso para el 13 de febrero de 1968, y que sus demás manifestaciones recogen las conversaciones adelantadas, entre los dichos firmantes, para que Acerías y Hinz celebrasen un nuevo contrato, con las modalidades de que el trabajador entraría al rol de nómina especial de la compañía, con todos los derechos y prestaciones actuales y futuros de este personal, con asignación en moneda nacional, ofrecida en suma de $ 6.200 mensuales. Y que Hinz, ''aceptando un nuevo contrato en las condiciones dichas'' solicitaba, en vez de ese salario, uno de $ 8.500, por consideraciones de altos costos de manutención, los que Cardona ofreció conversar con la dirección de la empresa ''sobre la posibilidad de mejorar la oferta inicial en forma tal que procure satisfacer su demanda''.

Para la Sala es ostensible, en razón de este documento, que en él se ratifica el vencimiento del contrato en 13 de febrero de 1968, que era la fecha para su duración pactada, y que sus otras manifestaciones significan, de manera inequívoca también, no que se le continuaba o prorrogaba en las condiciones en que venía ejecutándose, sino que se adelantaban conversaciones para celebrar uno nuevo por el que se incorpora-

ría a Hinz al rol de nómina especial de la compañía, con todos los derechos y prestaciones del personal de éste, y se unificaría el salario en moneda nacional, en cuantía que se ofrecía de $ 6.200 mensuales pero que Hinz reclamaba de $ 8.500. Sólo en apreciación equivocada, de equivocación notoria, puede entenderse de él, como lo hizo el fallador, que no "se estuviera terminando el contrato de trabajo entre las partes", sino tan solo tratando de resolver una diferencia sobre el salario en moneda nacional. Pues esto, a más de que se separa abiertamente de lo expresado en el documento, que ratifica la terminación del contrato en la fecha que las partes habían pactado, desconoce el propósito de celebrar uno nuevo, en determinadas condiciones y con remuneración que precisamente no logró acuerdo entre Acerías y Hinz Nass. El error, para la Sala, es evidente.

Como lo es también el negarle a esta pieza, suscrita el 12 de enero de 1968, el valor de intención, en el patrono, de no prorrogar el contrato, pues si el numeral 3 del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, reclama que se le avise tal intención a la otra parte, por escrito, con antelación de 30 días, ninguna duda existe acerca de ella, ni puede desconocérsela en derecho que no es sacramental, cuando se la expresa en forma recíproca, con anticipación no inferior, en documento que también la contiene y la manifiesta de común acuerdo. Y lo es así mismo —erróneo con ostentación— rechazar todo lo anterior so pretexto de que "el señor Cardona no apareciera habilitado para tomar semejante decisión", pues la empresa, que aportó el documento al proceso (Fls. 36 y 37) nunca le desconoció tal aptitud ni tal actuación, y el demandante mismo, que lo reconoció en posiciones (Fl. 37) tampoco lo descalificó atribuyéndole esa procedencia no autorizada y, antes por el contrario, su apoderado en la litis, en el hecho 12 del libelo inicial, afirmó que "la empresa, a través de alguno de sus ejecutivos, ofreció a Wolfgang Karl Hinz Nass que ingresaría al rol de nómina especial —con todos los derechos y prestaciones de ese tipo de personal— con un salario único en pesos colombianos cuyo monto se discutía al momento del despido", que es parte del contenido de la carta para la que el Tribunal, sin base en el proceso, afirmó que había sido suscrita sin autorización por el señor Cardona.

Debe todavía anotarse —porque la apreciación de que el contrato escrito de autos no terminó en su fecha expresa, la relacionó el Tribunal con la prueba de posiciones— que tanto el Presidente de Acerías como el trabajador expresaron lo contrario en las diligencias respectivas, así: Darío Vallejo Jaramillo, a folio 28, "octava pregunta. ¿Diga el absolvente cómo es cierto, si o no y bajo la gravedad del juramento, que el último contrato de trabajo escrito que vinculaba a Acerías Paz del Río S. A. y Wolfgang Karl Hinz Nass vencía el trece (13) de febrero de mil novecientos sesenta y ocho (1968)? Contestó: sí es cierto. Leída la aprobó". Y Wolfgang Hins, a folio 37, "diga ¿cómo es cierto sí o no, que según comprobantes de pago de prestaciones sociales número 0581 de 14 de febrero de 1968 y de 26 de febrero del mismo año, usted recibió de la empresa el pago de sus prestaciones sociales y salarios pendientes, a la terminación de su contrato de trabajo? (Se le pusieron de presente los documentos en mención). Contestó: 'sí es cierto y aclaro que el contrato que se dio por terminado era el que había firmado en Alemania y la empresa me quería ofrecer un contrato nuevo, en moneda nacional, pero no me hizo ningún contrato nuevo'. Leída la aprobó".

De todo lo cual aparece ostensible que el contrato escrito que vinculaba a las partes terminó el 13 de febrero de 1968, y constituye error de hecho manifiesto, como lo acusa el recurrente, no haber apreciado, el fallador, ese hecho así, resolviéndose, en cambio, que él se prorrogó hasta el día siguiente, 14 de febrero de 1968, como lo afirmó el demandante en la litis, en supuesto por el que impetró los derechos que le fueron despachados favorablemente. La decisión judicial debe, en consecuencia, quebrantarse para resolver la litis conforme a este extremo fundamental, que aparece demostrado en el recurso extraordinario.

Mas el Tribunal agregó que a aquella conclusión, y a las condenas que produjo, llegó también por estimar, con base en la prueba de inspección ocular, que Hinz prestó sus servicios, para Acerías, hasta el dicho 14 de febrero, en razón de que trabajó este día, según las notas que aparecieron, con esta fecha, en el archivador A-Z de correspondencia interna, sobre la ejecución de trabajos especiales pendientes y en el plano cronológico de preparación de la mina de carbón de La Chapa, en la que el juzgador observó que él desempeñaba el cargo de Jefe de Topografía (Fl. 112) además de que, en esa misma diligencia, se registró repetidamente que varios de los actos de entrega del material de la dicha oficina se efectuaron el 13 de marzo de 1968, (Fl. 111) y en la hoja de vida del trabajador se registró el indicado 14 de febrero como fecha de salida de la empresa (Fl. 113). Para el acusador esa prueba de inspección judicial fue mal apreciada,

por las razones que se le sintetizaron, esto es, que aquella nota sobre ejecución de trabajos pendientes contiene simples recomendaciones para que el ingeniero que recibió la oficina supiese el estado en que quedaban aquellas obras, y la fecha de salida que registró la empresa, significa que el día anterior terminó el contrato, pues en ese día 14 era cuando Hinz no tenía por qué seguir trabajando sino que sólo lo hizo hasta el 13 ya que de no haberlo hecho "hubiera tenido que salir el 13", confundiendo el Tribunal "terminar con salir". Para la Sala estas consideraciones del recurrente no exhiben que Hinz no hubiese trabajado el 14 de febrero; pues aunque la nota sobre obras pendientes tuviese el sentido que se afirma, esta alegación no alcanza a mostrar que no hubiese habido trabajo, al hacerlas, ni, menos, que no lo hubiese respecto del plano cronológico, al que no alude el impugnador, como tampoco alude a los actos de entrega en 14 de marzo, registrados repetidamente, ni refuta el hecho de la salida en 14 de febrero que, obviamente, no puede servir, pese a lo que se arguye, para demostrar que no hubo trabajo de Hinz en el dicho día. No se acogen, pues, estas opiniones del acusador, presentadas además con equivocación en varios puntos y con deficiencias que no cubren otros aspectos de la apreciación de la prueba.

Más concreta la Sala que lo que se estableció con esta probanza, y no se ha destruido, es que Hinz trabajó el 14 de febrero de 1968, hecho distinto del de que el contrato escrito que tenía celebrado con Paz del Río y venía ejecutando para ella no hubiese terminado en la fecha, 13 de febrero de 1968, que le fijaron expresamente las partes y que ratificaron, de común acuerdo, el 12 de enero del mismo año, según el documento de folio 36 y las posiciones absueltas a los folios que también se han señalado. Y este hecho distinto, del trabajo de Hinz en 14 de febrero, ni sostiene el de que el contrato hubiese terminado en esta fecha, como se apreció para todas las consecuencias judiciales, ni desvirtúa el que el acusador afirma como dejado de apreciar, y fundamental para la posición defensiva de la empresa, de que aquel contrato escrito terminó, por mutuo acuerdo, el 13 de febrero, como ya fue reconocido por la Corte.

Entonces se trata de que, habiendo terminado el contrato en que se apoyan las acciones de la litis —indemnización y pensión proporcional— en la fecha y por el modo que sostuvo la empresa, y no el 14 de febrero, por despido injusto además, sin que se sepa de dónde surgió esta calificación, para aquella situación fáctica que los juzgadores dejaron de apreciar estando probada en el proceso, la ley no predica los derechos a que condenó el Tribunal. Pues para la indemnización y la pensión proporcional que ordenó el *ad quem* la ley exige los supuestos fácticos de la terminación unilateral sin justa causa, que aquí no se dieron, respecto del contrato escrito de que se les afirmó, y que el Tribunal dio por establecidos con base solamente en el trabajo de Hinz en 14 de febrero de 1968. Y es que por este hecho no se prorrogó automáticamente el contrato escrito anterior, que inequívocamente las partes dieron por terminado en la fecha que habían convenido. Para tal prórroga automática se requería también el elemento de ley de que no se avisase, por escrito, con antelación de 30 días, la determinación de no continuarlo, elemento que no se dio respecto del contrato de autos pues en forma asimismo escrita y con aquella antelación, ambas partes se manifestaron su voluntad de terminarlo el día que tenían pactado.

Se configura, por lo tanto, el error de hecho examinado (no dar por establecido, cuando sí lo está, que el contrato escrito de trabajo que venían ejecutando los litigantes venció en su fecha expresa, apreciando, en cambio, el juzgador, que concluyó al día siguiente) y el hecho del trabajo de Hinz el 14 de febrero de 1968 (no destruido por el cargo) no constituía prórroga de la dicha contratación, por lo cual era erróneo también apoyar en él la apreciación probatoria de que hasta el 14 de febrero se extendió aquel contrato escrito, inequívocamente terminado por la expiración del plazo fijo.

Prospera el cargo, conforme a lo expuesto, y, en consideraciones de instancia, la Sala agrega que, habiendo terminado el contrato escrito, que ejecutaron los litigantes, el 13 de febrero de 1968, por la llegada de esta fecha que pactaron las partes para ese efecto, lo que aparece corroborado por las posiciones absueltas en el proceso, tanto por Hinz como por el representante de la empresa, Vallejo Jaramillo, y por los comprobantes de pago del salario y de las prestaciones del trabajador (Fls. 34 y 35), no se generaron los derechos que pretende el demandante Hinz con fundamento en un contrato escrito prorrogado automáticamente y terminado por el patrono de modo unilateral y sin justa causa. Debe, en consecuencia, revocarse el fallo del *a quo*, que acogió las pretensiones sin que se diesen los supuestos de hecho para los que la ley predica efectos jurídicos, y, en su lugar, absolverse de ellas pues la litis no estableció tales generadores fácticos, sino otros distintos que no causan los derechos pretendidos.

Podrá pensarse, sin embargo, que de todos modos el hecho del trabajo de Hinz el 14 de febrero de 1968 ha de tener consecuencias en la ley y reconocimiento judicial. Mas no fue esto lo que se planteó en la litis, ni las acciones instauradas tuvieron esa *causa petendi,* sino otra muy distinta, ya esclarecida. No puede la Corte, ahora, por lo tanto, ni habría podido el juez de la primera instancia cambiar la *causa petendi* llevándola a una relación diferente y resolver sobre pretensiones indemnizatoria y jubilatoria que tendrían supuestos distintos de los planteados en este proceso y no controvertidos en él. En consecuencia, cualquier acción que repose en el trabajo de Hinz, como hecho diferente al prestado en razón de un contrato escrito, (trabajo que generó relación laboral terminada, ella en sí misma, y no, como se afirmó, en continuación del contrato anterior) no puede considerarse en este juicio, que ha versado sobre acciones que tienen una determinada *causa petendi,* que no fue demostrada. La decisión judicial ha de ser, pues, absolutoria.

Las costas gravarán, en ambas instancias, a la parte vencida, esto es, al demandante Hinz Nass. (Artículo 392-4 C. P. C. en relación con el artículo 145 C. P. T.).

La prosperidad del cargo estudiado hace innecesario considerar el segundo ataque del recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia materia del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 31 de agosto de 1972, en el ordinario de trabajo de Wolfgang Karl Hinz Nass contra Acerías Paz del Río S. A., litigantes de las condiciones que registraron; en sede de instancia *revoca* la de primer grado, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de abril de 1971, y, en su lugar, *absuelve* a la sociedad mencionada de las pretensiones del libelo inicial.

Costas de las instancias al demandante Hinz Nass.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Valencia Arango - Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEPENDENCIA O SUBORDINACION

La vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solas, pruebas de dependencia o subordinación jurídica, pues son elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo. — Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. — Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio catorce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 20.

Ciro Gómez Mejía, mediante apoderado, instauró demanda contra la *Empresa de Licores de Cundinamarca* con el fin de que fuese condenada a pagarle salarios insolutos, primas y bonificaciones, vacaciones causadas y no disfrutadas, auxilio de cesantía e indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949 por la no cancelación oportuna de las anteriores acreencias laborales.

Fundó esta pretensión en 18 "hechos y omisiones", cuya síntesis es la siguiente: que prestó sus servicios el demandante como agente vendedor de la demandada, "de acuerdo con el contrato de trabajo firmado el 27 de agosto de 1963, desde el 1º de septiembre de este año, hasta el 31 de diciembre de 1966"; que el salario del actor era variable y "sólo puede determinarse en el juicio, mediante la práctica de las diferentes pruebas, especialmente mediante la práctica de la inspección ocular"; que la empresa contrató al demandante para que vendiera sus productos y "determinó una zona o territorio, llamado Zona Sur" para ese efecto, previa determinación del valor a que debía venderlos y "comprometiéndose a no vender licores que no fueran producidos por la Empresa"; que ésta "ejercía control y vigilancia sobre mi poderdante, lo cual se manifestaba por medio de inspecciones contables, asistencia y vigilancia, obligación de llevar registro de compradores y archivo de los mismos informes que debía rendir a la Empresa cuando se le exigieran, etc."; que "la Empresa de Licores de Cundinamarca para desconocer los derechos laborales que le correspondían a mi poderdante, cambió el contrato de trabajo que había celebrado el 27 de agosto de 1963, por otro que calificó de comercial, firmado el 30 de diciembre de 1966, entre la Empresa y la sociedad distribuidora Gómez Mejía, lo que demuestra claramente que la Empresa quiso cambiar una relación de carácter laboral para una relación jurídica de otra naturaleza"; que la demandada no ha cubierto al actor ninguna de las prestaciones que reclama y que, además, "se le adeudan las comisiones por las ventas hechas directamente por la Empresa, en el almacén In-Bond del aeropuerto Eldorado".

La Empresa, al responder el traslado de la demanda, negó el derecho del actor a las prestaciones cobradas y los hechos respectivos, diciendo "...La vinculación jurídica de dicho señor con la Empresa no fue una relación de carácter laboral, pues no hubo contrato de trabajo. Por el contrario, lo fue de carácter civil y comercial. El demandante era un contratista, un comprador de productos a puerta de fábrica de la Empresa, comprador con exclusividad para venderlos en un territorio determinado bajo condiciones especiales, pagando el producto de contado... El actor era por sí mismo una empresa

comercial dedicada a la distribución de licores y a muchos otros negocios de tipo comercial y entonces la actividad emanada del contrato no era por sí misma realizada y no existía la continuada subordinación y dependencia del señor Ciro Gómez Mejía a la Empresa... Tampoco se estipuló escrita ni verbalmente que recibiera salario, por ser por sí mismo una empresa comercial no fue un agente vendedor, tampoco fue un comisionista, ni estaba participando utilidades, pues como se probará oportunamente compraba los productos a un precio determinado, con la obligación de venderlos a los precios oficiales que fijara el Departamento de Cundinamarca". Niega, por otra parte, que "al demandante se le adeuden comisiones por ventas hechas por la Empresa en el Almacén In-Bond del Aeropuerto Eldorado, pues los descuentos en las compras de los productos que hacía el contratista Ciro Gómez Mejía, no tienen qué ver con la noción de salario por comisión". Agrega, que esas ventas son ajenas al contrato de distribución de licores en la llamada "Zona Sur".

Tramitado el proceso en legal forma, lo decidió el Juzgado Primero Laboral del Circuito, a quien correspondió su conocimiento, con sentencia de 18 de septiembre de 1972, por la cual absolvió de todos los cargos a la demandada y condenó en costas al demandante. Esta sentencia fue confirmada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* en la suya de 8 de noviembre del mismo año con que decidió el recurso de alzada interpuesto por el apoderado del actor.

La parte vencida ha recurrido en casación ante esta Sala y en la respectiva demanda, oportunamente replicada por la Empresa, pide lo que se copia:

"*Alcance de la impugnación.*

Se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia acusada en cuanto absolvió totalmente a la entidad demandada, y que, constituida en tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado y en su lugar condene a la 'Empresa de Licores de Cundinamarca' a pagar al demandante Ciro Gómez Mejía el auxilio de cesantía, primas de navidad, vacaciones e indemnización moratoria que legalmente le corresponden conforme a lo pedido en la demanda y comprobado en el proceso con la correspondiente condenación en costas, también a cargo de la demandada".

Procura alcanzar este objetivo con la formulación del siguiente cargo:

"*Cargo único.* La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 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 artículo 11 de la Ley 4ª de 1946, 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 errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otra, que más adelante singularizaré.

"Los errores evidentes de hecho consisten: 1º En no dar por demostrado, estándolo plenamente, que entre el demandante y la Empresa demandada existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 1º de septiembre de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1966. 2º En no dar por establecido, siendo todo lo contrario, que la entidad demandada pagó al demandante como agente vendedor y distribuidor de sus productos una comisión consistente en descuento sobre el total de los productos que vendiera, retribución o descuento que ingresó al patrimonio del trabajador. 3º En no dar por comprobado que al demandante le asiste el derecho a las prestaciones sociales reclamadas, y que la Empresa está en la obligación y mora injustificada de cancelarlas. Esas prestaciones son el auxilio de cesantía, las primas de servicio y las vacaciones. Por el no pago de ellas se ha causado el derecho a la indemnización moratoria.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las documentales de folios 45, 48 a 50, 57, 58 a 59, 60 a 63, 67 a 68, 66, 70, 84 a 85, 177 a 179, 186 a 188, 193 a 195, 200 a 202, el contrato visible a folios 113 a 119 y las posiciones absueltas por el actor que obran a folios 135 a 140. La prueba dejada de apreciar es el dictamen rendido por el perito sobre comisiones y otros puntos relativos al litigio, que se practicó como prueba anexa a la diligencia de inspección ocular (Fls. 150 y 157 a 176)".

Procede luego a sustentar su ataque con los argumentos que estudiará posteriormente la Sala.

El opositor, por su lado, sostiene, en primer término, que "el cargo, tal como aparece propuesto, no plantea una proposición jurídica completa", pues, agrega, "para adoptar la solución absolutoria que contiene, la providencia impugnada se apoyó, de manera expresa, en su orden, en los preceptos 17, 2º y 20 del Decreto 2127 de 1945 que el recurrente no señala como violados".

Sostiene, a continuación, "que la determinación de la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo no es cuestión fáctica, pues que comporta, de forma ineludible, una calificación

por parte del juzgador", por lo cual considera que "es un imposible jurídico el primer error de hecho que se imputa al *ad quem*". De aquí deduce también la ineficacia del segundo error de hecho, contra el cual alega, además, que "se lo hace derivar de la falta de apreciación de un dictamen pericial" y que de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 "la mala apreciación o la falta de apreciación de ese medio probatorio, no constituye motivo de causal de casación".

El resto de su escrito lo destina a presentar las razones por las cuales debe sostenerse el fallo acusado, las que se tendrán en cuenta en el curso de este fallo.

Para resolver la Sala considera:

Ante todo, es preciso decidir si la proposición jurídica enunciada en la censura es completa. Sobre el punto dijo el Tribunal:

"Es importante hacer hincapié que las estipulaciones de este contrato son totalmente diferentes en su aspecto meramente formal a los requisitos exigidos por el artículo 17 del Decreto 2127 de 1945, que señala precisamente aquellos que debe contener por lo menos un contrato individual de trabajo celebrado por escrito, entre un trabajador y una entidad de derecho público.

"Correspondía entonces al actor la demostración de los requisitos o elementos de que trata el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, para entender que entre las partes existió un contrato de trabajo, o por lo menos la comprobación fehaciente de la actividad personal del trabajador para quedar amparado por la presunción del artículo 20 del mismo Decreto, pero las probanzas aportadas al debate llevan a una conclusión totalmente diferente.

"En efecto, el demandante no acreditó realmente que hubiera realizado de manera personal la actividad de agente vendedor o distribuidor de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca; por el contrario, de las numerosas probanzas aportadas por la demandada se encuentra que Gómez Mejía, durante la ejecución del contrato, actuó siempre como un empresario comercial y en ningún caso en calidad de trabajador subordinado".

Lo que el sentenciador sostiene en lo que acaba de transcribirse es que el contrato que ligó a las partes no muestra "en su aspecto formal" los elementos que para el trabajo señala el artículo 17 del Decreto 2127 de 1945; que al actor correspondía la carga de la prueba de los elementos señalados en el artículo 2º del mismo estatuto para la existencia de tal contrato y la de su actividad personal "para quedar amparado por la presunción del artículo 20" ibídem. El casacionista no discute ninguno de estos asertos; lo que sostiene es que sí aportó las pruebas demostrativas de ellas, pero que el Tribunal las apreció con equivocación, y, por eso, no halló configurado el contrato de trabajo, cuya existencia afirma. En estas condiciones, no podía señalar como quebrantados dichos preceptos. Distinto hubiera sido el caso, por ejemplo, si hubiese considerado que el artículo 20 citado no fija en el trabajador la carga de la prueba, pues como es esto lo que el fallador sostiene, habría tenido que indicar como infringida esa norma. No todas las que la sentencia cita han de presentarse como violadas, sino sólo aquéllas correspondientes a los puntos que el casacionista discute, aunque cuidándose de que no falte ninguna cuando alguno de los temas discutidos está regido por un conjunto de preceptos, a fin de integrar la proposición jurídica.

No es, pues, admisible esta primera objeción del opositor. Tampoco lo es la segunda en que afirma "que la determinación de la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo no es cuestión fáctica, pues que comporta, de forma ineludible, una calificación por parte del juzgador", ya que confunde dos situaciones diferentes: el análisis de las cláusulas de un contrato y de sus antecedentes, cuestión atinente a los hechos que regula, y la calificación consecuencial para situarlo en su verdadero campo jurídico. Este, no puede definirse a priori, sino con base en las situaciones fácticas contempladas en el mismo.

Descartadas las objeciones anteriores, se procede a estudiar el fondo del cargo formulado.

La sentencia acusada empieza por analizar los hechos que precedieron al contrato celebrado entre las partes el 27 de agosto de 1963, que es el fundamento de la demanda inicial del juicio, según el hecho 1º de ésta, que reza: "el señor Ciro Gómez Mejía prestó sus servicios en el cargo de Agente Vendedor a la Empresa de Licores de Cundinamarca, de acuerdo con el contrato de trabajo firmado el 27 de agosto de 1963, desde el 1º de septiembre del mismo año, hasta el 31 de diciembre de 1966".

Y el primer antecedente que estudia es una carta dirigida por el actor a la demandada cuatro meses antes de la firma del citado convenio, que se copia con los subrayados hechos por el sentenciador. Dice así:

"En carta de abril 22 de 1963, en papel membreteado que dice: 'Ciro Gómez Mejía - Distribuciones - Negocios Generales - Bogotá, D. E.',

(folios 58 a 59), se dirige el mismo Gómez Mejía al doctor Abelardo Duarte Sotelo, Gerente de Rentas de Cundinamarca (sic), para proponerle que *'entre el Departamento de Cundinamarca y mi firma se celebre un contrato con estas bases principales:*

" 'a) Que se me nombre distribuidor de los productos de las Rentas de Cundinamarca en los Departamentos de Boyacá, Caldas y Santander, el que empezará a operar cuando se celebren los acuerdos de intercambio con tales Departamentos;

" 'b) Que el Departamento de Cundinamarca recomiende mi firma ante estos Departamentos, para distribuir sus productos en esta plaza;

" 'c) Que las Rentas de Cundinamarca me atiendan cumplida y oportunamente los pedidos que yo les haga, para que no se interrumpa el ritmo de ventas que establecería *mi organización,* y

" 'd) Que el término de duración de este contrato sea el adecuado para que se justifiquen *la inversión que tendré que hacer* y los gastos en que incurriré, que son *necesarios para el buen éxito de mi labor.*

" 'Puedo asegurarles que estoy en condiciones de organizar la distribución de la mejor manera, en forma que el Departamento de Cundinamarca cada día se sienta más satisfecho del contrato que celebremos...' ".

Con relación a esta carta el censor se limita a afirmar que "estimarla como antecedente necesariamente incidente en las estipulaciones de un contrato posterior que la contradice, es sencillamente equivocado"; pero sin mostrar de qué manera éste contradice la propuesta de distribución formulada en aquélla, ni contrarrestar los subrayados que efectúa el Tribunal en la misma y que son: "el membrete de la carta, que reza: 'Ciro Gómez Mejía. - Distribuciones - Negocios Generales' "; la parte en que se lee: *"entre el Departamento de Cundinamarca y mi firma* se celebre un contrato con estas bases principales..."; la base c), que pide que las Rentas de Cundinamarca atiendan cumplidamente los pedidos para que no se interrumpa el ritmo que establecería *"mi organización..."*; y la base d), en la que se pide un término adecuado del contrato para que se justifique *"la inversión que tendré que hacer"* y los gastos en que incurrirá, que *"son necesarios para el buen éxito de mi labor".*

El segundo antecedente es la carta que obra a folios 48 a 50, posterior en dos meses a la antedicha y anterior en igual tiempo a la fecha del contrato, en la que manifiesta que "de conformidad con el pliego de cargos de la licitación para distribuir los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca, de la manera más atenta me hago presente ante ustedes como interesado en la adjudicación de una de las dos zonas propuestas, *particularmente la Zona B. Sur de la ciudad de Bogotá",* y en la cual ofrece "en caso de resultar favorecido con la adjudicación"; "a) Abrir dos almacenes...", "cada uno de los cuales tendría al frente de sus actividades a un administrador y dos empleados con medios de locomoción adecuados..."; "b) Dedicar tres camionetas exclusivamente para atender la oferta y reparto en los sectores lejanos de los almacenes y aumentar el número de vehículos que fuera necesario para que la entrega de los pedidos no sufriera demora", y, "c) En oficinas especiales e independientes llevar la contabilidad y el registro de toda la clientela, con los kárdex necesarios, referencias comerciales, registros de consumo por cliente, y, en fin, todos los elementos administrativos necesarios para una correcta y moderna dirección del negocio".

Con relación a este documento sostiene el recurrente que "si bien se refiere al pliego de cargos de una licitación, solamente demuestra que el demandante, como varias otras personas, estuvo interesado en convertirse en agente vendedor y distribuidor de la empresa en una determinada zona. No prueba que las condiciones de su propuesta se aceptaran. No tiene sino el valor de una oferta, que tan no se aceptó como estaba formulada, que en el contrato suscrito el 27 de agosto de 1963 se convinieron obligaciones diferentes. Es equivocado creer que este último contrato tuvo como causa determinante dicha oferta".

Tampoco aquí indica el demandante de qué manera este antecedente deja de corresponder al contrato celebrado, pues no le bastaba afirmar lo contrario, sino demostrarlo y es lo cierto que el susodicho contrato se realizó "para la distribución de los licores en Bogotá", en la llamada "Zona Sur"; el actor aparece en él designado "Agente Vendedor"; se obliga "a abrir tres (3) almacenes" para la venta de los productos; se compromete "a efectuar las inversiones necesarias para la distribución de las divisas producidas por la Empresa", la que queda con "opción de compra, una vez terminado el contrato, para adquirir los elementos utilizados en la distribución, tales como vehículos, muebles, teléfonos, etc.". Es decir, que resulta clara correlación entre la propuesta formulada en el citado antecedente y lo estipulado sustancialmente en el contrato.

De otro lado, la carta que se analiza, según apartes que transcribe igualmente el sentenciador, dice que "*he leído y estudiado con el mayor cuidado el pliego de cargos de la licitación* a que me vengo refiriendo y *estoy conforme con todas y cada una de sus exigencias* y al efecto adjuntaré los papeles solicitados, las referencias comerciales y cuanto pueda ser útil para el estudio de esta solicitud", lo que permitió deducir al Tribunal sin evidente error de hecho, que esa propuesta, que acoge las bases de la licitación, sí fue origen del contrato tantas veces mencionado. Pero si alguna duda quedara al respecto, basta mirar que la propuesta de compra de licores hecha por el demandante y la cláusula respectiva del contrato, son idénticas. Dicen así:

La primera reza: "con mucho gusto *acepto un descuento* de $ 0.60 por botella de 720 centímetros cúbicos o $ 0.30 por botella de 360 centímetros cúbicos para el primer año de distribución; para el segundo propongo descuentos de $ 0.55 ó $ 0.27.5 para los dos tamaños y para el tercero y cuarto años $ 0.50 ó $ 0.25, respectivamente". Y la cláusula cuarta del segundo establece: "la Empresa concederá al agente vendedor durante el primer año de la vigencia de este contrato un descuento de sesenta centavos ($ 0.60) por cada botella de setecientos veinte (720) centímetros cúbicos y de treinta centavos ($ 0.30) por cada botella de trescientos sesenta (360) centímetros cúbicos de sus productos; en el segundo año, cincuenta y cinco centavos ($ 0.55) y veintisiete y medio centavos ($ 0.27.5) moneda corriente, respectivamente. En caso de prórroga del contrato, el descuento será de cincuenta centavos ($ 0.50) moneda corriente, y ($ 0.25) veinticinco centavos, en el orden mencionado". (Los subrayados son de la Sala).

El tercer antecedente que el juzgador invoca es la copia del Acta número 077 de 13 de agosto de 1963 (Fl. 55) en la que la Junta Directiva de la Empresa demandada adjudica al actor la distribución de licores en la Zona Sur. Dice en lo pertinente esa acta:

"Después de un amplio y detallado análisis de las ofertas formuladas por los señores Ciro Gómez Mejía, Casa Hidalgo - Vidal Garzón Daza, Almacén Ancla - Jaramillo Angel & Compañía Limitada y Hernán y Camilo Restrepo Limitada, la Junta adjudica por unanimidad y en igualdad de condiciones la distribución de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca en el Distrito Especial de Bogotá, incluidos los municipios anexados, a Ciro Gómez Mejía, para la Zona del Sur, y a la Casa Hidalgo - Vidal Garzón Daza, para la Zona del Norte, habida consideración a que los capitales iniciales y los de inversión en el negocio denunciado por ellos son satisfactorios, así como los descuentos ofrecidos por uno de ellos, de $ 0.55 para el segundo año de distribución. Esta adjudicación se hace en igualdad de condiciones bajo la base de la oferta más favorable para la Empresa".

El recurrente se limita a argüir contra esta acta que "carece de valor probatorio, porque proviene y está expedida por la misma entidad demandada, y sabido es que procesalmente no está admitido que cada parte pueda producir por sí y ante sí su propia prueba", argumento que no viene al caso, pues con dicha acta la Empresa no produce su propia prueba en su favor, sino en el demandante, ya que sin ella no se le hubiese adjudicado el contrato, ni hubiese existido el presente litigio. Y esa acta es una demostración más de que la licitación y la oferta que con base en ella presentó el actor, fueron causa inmediata del convenio cuya naturaleza se discute.

Trae luego a cuento el sentenciador la certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Fl. 45) en que la firma Ciro Gómez Mejía aparece inscrita en el Registro Público de Comercio bajo el número 39616 y entre la clase de negocios a que se dedica está la "distribución de mercancías nacionales y extranjeras" y la póliza de seguro de cumplimiento número CU-4394 (Fl. 57) expedida por Seguros Comerciales Bolívar para "garantizar la seriedad de la propuesta en la licitación para la distribución de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca en dos zonas para el territorio del Distrito Especial de Bogotá, excluidos los municipios anexados", documentos que relacionados con los anteriores lo llevan a "la conclusión de que en ese momento Ciro Gómez Mejía en su calidad de comerciante y como cabeza visible de una organización de esta índole había firmado un contrato, previo cumplimiento de todos los requisitos administrativos (licitación, pliego de cargos, adjudicación, etc.), por tratarse la otra parte de una empresa industrial y comercial del Departamento de Cundinamarca, para distribución de los licores producidos por esa Empresa".

Y esta conclusión no comporta manifiesto error de hecho, pues éste sólo existe cuando a las pruebas del proceso se le hace decir lo que ellas no contienen o cuando no se encuentra en las mismas lo que con claridad manifiestan, y los antecitados documentos tomados en su conjunto, según lo hace el Tribunal, y no aisladamente, como lo plantea el casacionista, muestran que Ciro Gómez Mejía estaba inscrito en la Cámara

de Comercio como una "firma", que gestionaba entre otros negocios: "distribución de mercancías nacionales y extranjeras"; que la primera carta de propuesta pasada a la demandada dice en el membrete: "Ciro Gómez Mejía. - Distribuciones - Negocios Generales" y en ella propone un contrato de distribución de licores "entre el Departamento de Cundinamarca y *mi firma*" y en ella habla de que oportunamente se atiendan los pedidos para que "no se interrumpa el ritmo que establecería *mi organización*" y pide un término adecuado para el contrato que justifique "*la inversión que tendré que hacer*". Y en la segunda, previo otorgamiento de fianza "para garantizar la seriedad de propuesta en la licitación para distribución de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca", la formula "de conformidad con el pliego de cargos de la licitación", el que, afirma, "he leído y estudiado con el mayor cuidado... y estoy conforme en todas y cada una de sus exigencias" y se compromete a abrir "dos almacenes" para la distribución de los productos, a nombrar en cada uno de ellos un administrador y dos empleados y a dedicar los vehículos que fueren necesarios para atender la oferta y reparto de los productos. Es decir, lo que el Tribunal dedujo de todas estas pruebas es lo que con claridad manifiestan: se trata de una firma u organización inscrita en la Cámara de Comercio con empleados y vehículos apropiados para distribuir los productos de la Empresa demandada, de acuerdo con el pliego de cargos de la licitación abierta por ella para ese efecto. No aparece, pues, error evidente o manifiesto en el estudio que efectuó el juzgador de tales antecedentes, que no son los que corresponden a un contrato de tipo laboral.

Viene luego el acta de la Junta Directiva de la Empresa en que, terminado el estudio de las propuestas presentadas para la distribución de sus "divisas", adjudica al actor la Zona Sur y a la "Casa Hidalgo - Vidal, Garzón Daza, etc." la Zona Norte, arriba estudiado.

El paso posterior es la firma del contrato correspondiente, que obviamente es el resultado de los antecedentes referidos y que no puede dejar de juzgarse sino a la luz de los mismos, porque la consecuencia participa de la naturaleza de su antecedente. Fue también lo que el Tribunal llevó a cabo, diciendo:

"Cumplidos todos los requisitos legales (administrativos y fiscales), y aprobada por la Junta Directiva de la entidad demandada la minuta que contenía el proyecto de contrato de distribución (folios 51 a 52) se firmó el ameritado contrato donde se estableció entre otras cláusulas: la clase de licores; la zona de distribución; los descuentos al distribuidor; la venta de los productos y las formas de pago a contado o a plazo por decisión de la Empresa; la vigilancia por parte de la Empresa y de la División de Rentas; la prohibición de distribuir otros licores diferentes a los producidos por la Empresa; la obligación de esta última de sólo venderle productos al distribuidor en su Zona; la opción dada por el contratista a la Empresa para comprarle los muebles y enseres, una vez terminado el contrato, tales como vehículos, muebles, teléfonos, etc.; la duración del contrato y la declaración de las partes de que el contratista por no estar bajo la dependencia de la Empresa ni bajo sus órdenes, ni tener salario, ni horario, ni prestar el servicio de manera personal, no se configurarían obligaciones de carácter contractual laboral".

Tampoco surge aquí error con carácter de manifiesto, pues lo que el contrato reza es lo que el párrafo transcrito resume y lo consignado en aquél es lo que resulta de los tantas veces citados antecedentes, que presentan al actor como empresa comercial que hace postura en una licitación pública para distribución de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca y obtiene que se le adjudique, como mejor postor, el contrato correspondiente para la Zona Sur, en la que, según sus propias palabras estaba "particularmente" interesado.

Arguye el demandante que incurrió en error de hecho el sentenciador al estimar, según lo visto, el citado contrato, porque "en él no se insinúa siquiera que sea el producto de una licitación o adjudicación"; pero de que no se hubiese dejado constancia de tal hecho en la redacción del contrato, no se sigue que carezcan de valor las propuestas del propio contratista, que las formula "de conformidad con el pliego de cargos de la licitación", y el acto de la Junta Directiva de la Empresa que le adjudica la distribución de sus productos, en la citada Zona, "después de un amplio y detallado análisis" de las diversas propuestas presentadas.

Sostiene también que existió salario, pues "según el dictamen pericial, que el juzgador dejó de apreciar, era la Empresa la que pagaba al demandante el valor de su comisión por ventas o descuento en las ventas". Pero, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, dicho medio de prueba no puede ser objeto de examen en casación laboral y lo que aparece de la cláusula quinta del contrato de distribución es que "la empresa venderá los productos mencionados en la cláusula primera (1ª) al Agente Vendedor

al contado, o concediéndole, a elección suya, un plazo máximo de sesenta (60) días para el pago de la mercancía entregada, previa la apertura de carta de crédito bancaria irrevocable", y es sabido que quien compra un producto para revenderlo a mayor precio no percibe un salario, sino una utilidad comercial. Esto, explica por qué la cláusula cuarta del mismo (arriba transcrita) establezca los descuentos que la Empresa hará al Agente Vendedor, según la capacidad en centímetros cúbicos de cada botella, en proporción diversa para los varios años de duración del contrato. Es decir, el actor adquiría con un descuento previamente convenido los productos de la demandada y los vendía al público a un precio no mayor del fijado por el Gobierno Departamental, lucrándose con la diferencia entre ambos valores.

Deducir de aquí que no se pactó salario, en el sentido de retribución de un servicio personal, no comporta error que aparezca con carácter manifiesto o evidente, para que la Sala pueda, de acuerdo con su jurisprudencia de 6 de octubre de 1972 (Luis Alberto Ramírez Quijano contra Industria Electro-Motora S. A.) proceder a estudiar el dictamen pericial, que es el medio probatorio que el recurrente considera desvirtúa o contradice lo que surge sin esfuerzo de las citadas cláusulas del contrato en discusión.

Alega, por último, el impugnante, que erró el sentenciador al no encontrar subordinación jurídica del actor a la empresa en el análisis del contrato, porque "se le obliga a vender esos productos a determinados precios; se le vigila la forma como se realiza la distribución; se le somete a inspección de sus libros de contabilidad y archivos relacionados con la distribución; se le obliga a llevar registro de compradores de los productos; queda sujeto a rendir informe sobre las ventas que efectúe, y, en fin, se le imponen pautas u obligaciones sobre modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo"; pero sin señalar cuáles cláusulas del contrato prueban este último aserto, que es el que implicaría la subordinación o dependencia propia del contrato laboral, pues las demás obligaciones contractuales enunciadas, pertenecen más bien a contratos civiles o comerciales, que a los de trabajo. En efecto:

La vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solas, pruebas de dependencia o subordinación jurídica, pues son elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo. Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas, y el impugnante no muestra de qué manera aparece esta prerrogativa para la Empresa en el contrato a estudio, ya que se ha limitado a afirmarla, sin citar, al menos, una cláusula de la que se deduzca, y es claro que afirmar no es demostrar.

El Tribunal analizó también las comunicaciones dirigidas a la demandada conjuntamente por el actor de este juicio y por el otro contratista de la Zona Norte, Vidal Garzón Daza, y que obran a folios 60 a 70 del proceso, deduciendo de ellas que la forma como estaban concebidas indicaban que se trataba de contratistas independientes y no de trabajadores subordinados. El impugnante arguye que esa interpretación de dichos documentos es equivocada, pues "nada impide que un trabajador subordinado se dirija a su patrono en esos términos. Ello simplemente demuestra su afán de colaboración y responsabilidad". Este argumento lo que indica es una diferencia de criterio entre el recurrente y el sentenciador en la estimación de tales comunicaciones y es sabido que cuando una misma prueba es susceptible de conclusiones distintas, igualmente lógicas, no puede existir en la que dedujo el fallo acusado error con carácter de manifiesto o evidente.

Las pruebas hasta aquí analizadas son las fundamentales para el asunto a estudio y no resultando que al apreciarlas incurrió el juzgador en error de hecho manifiesto, hay base suficiente para sostener la sentencia recurrida.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE DERECHO PUBLICO

El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de él, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección Primera - Acta número 23.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de *Carlos Gómez Ocampo* contra la sentencia que dictó el 18 de marzo de 1972, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra el *Departamento y las Empresas Departamentales de Antioquia,* litigantes de las condiciones que, junto con las de sus representantes, contiene el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4308.

El libelo inicial suplicó que, previa declaración de nulidad del despido que le hicieron a Gómez Ocampo el 26 de febrero de 1968, se condenara solidariamente a las entidades demandadas a reintegrarlo al cargo que desempeñaba en las dichas Empresas Departamentales, con reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones correspondientes al mismo hasta la fecha del reintegro, y, en subsidio, que le indemnizaran, las demandadas, por la ruptura unilateral, sin justa causa y en forma ilegal del contrato, le reajustaran las prestaciones causadas y le pagaran pensión jubilatoria a partir de la fecha en que cumpla la edad requerida por la ley. Pidió, además, las costas del proceso. Estas pretensiones se apoyaron en los siguientes hechos:

"1º El señor Carlos Gómez Ocampo trabajó al servicio de las Empresas Departamentales de Antioquia desde los primeros días del mes de enero de mil novecientos cincuenta y dos (1952) hasta el día 26 de febrero de 1968, fecha en la cual fue injustamente despedido.

"2º El señor Carlos Gómez Ocampo prestaba sus servicios a las Empresas Departamentales de Antioquia en las labores de operador de la planta eléctrica "El Limón" del Departamento de Oleoducto de las mencionadas Empresas.

"3º El señor Carlos Gómez Ocampo por sus servicios recibía una remuneración promedia de $ 1.500 mensuales.

"4º El señor Carlos Gómez Ocampo fue despedido sin justa causa, en forma ilegal y violando la convención vigente entre las Empresas Departamentales de Antioquia y su Sindicato de Trabajadores.

"5º Al momento de producirse el despido del demandante señor Gómez Ocampo, se encontraba planteado un conflicto colectivo de trabajo entre las Empresas Departamentales de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores de Empresas Departamentales de Antioquia, el demandante señor Gómez participaba como negociador designado por el Sindicato, en las conversaciones que daban trámite al pliego de peticiones. Por lo tanto las Empresas Departamentales de Antioquia violaron el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, norma que prohibe efectuar despidos a no ser por "justa causa comprobada", mientras se está ventilando un conflicto de la naturaleza mencionada.

"6º El señor Carlos Gómez Ocampo era al momento de su despido miembro activo del Sindicato de Trabajadores de Empresas Departamentales de Antioquia.

"7º El señor Carlos Gómez Ocampo elevó solicitud de reintegro al señor Gerente de las Empresas Departamentales de Antioquia y en vista de que no se decidió favorablemente su solicitud,

recurrió a la Junta Directiva de Empresas Departamentales de Antioquia por intermedio de uno de sus miembros, y esta autoridad sólo resolvió su caso en la reunión del día cuatro (4) de agosto de 1969, cuando decidió denegar el reintegro.

"8º El señor Carlos Gómez Ocampo cuando fue despedido sin justa causa por las Empresas Departamentales de Antioquia, tenía más de quince (15) años de prestar servicios al Departamento de Antioquia, en el Ferrocarril de Antioquia y en Empresas Departamentales de Antioquia. Por lo tanto le son aplicables las normas de la Ley 171 de 1961, artículo 8º".

El Departamento demandado fijó la posición defensiva conforme a la siguiente síntesis que recoge el fallo recurrido: "las Empresas Departamentales de Antioquia surgieron jurídicamente el 7 de diciembre de 1962, y fueron organizadas como tales por la Ordenanza 49 del año siguiente; el tiempo anterior fue trabajado por el demandante al servicio del extinto Ferrocarril de Antioquia; no es cierto que el señor Gómez haya sido desvinculado injustamente; desempeñaba el cargo indicado por él; por Resolución de gerencia número 151, de 1º de abril de 1965 y no antes, fue incorporado como empleado de las Empresas, en su carácter de operador auxiliar de la planta El Limón; con anterioridad a esa fecha actuó como trabajador oficial, no como empleado público; la resolución mencionada se produjo en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 96 de la convención colectiva vigente entonces, la que erigió en personal de nómina, entre otros, al encargado del puesto que ocupó el demandante; el despido se produjo por haber utilizado el señor Gómez para fines particulares elementos de uso privativo de las Empresas y porque contra él se había iniciado un proceso penal para investigar su conducta; no se violó la convención colectiva porque el demandante era empleado de nómina; las Empresas oportunamente objetaron la designación del señor Gómez como negociador del pliego, dado su carácter de empleado público; en fin, es cierto que tanto el demandante como otros empleados públicos pertenecía al Sindicato, pero con las limitaciones impuestas por el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Como excepciones se propusieron: a) Declinatoria de jurisdicción, porque los jueces del trabajo carecen de competencia para examinar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en una situación legal y reglamentaria, carácter que ostenta la resolución de insubsistencia del nombramiento del señor Gómez; se agrega que la convención colectiva de 1965, elevó a la categoría de empleados, entre otros, a los operadores auxiliares de la planta El Limón y que esa convención fue aprobada por la Junta Directiva de las Empresas, en reuniones verificadas en febrero y marzo del mismo año; el Gerente de las Empresas incorporó al señor Gómez como empleado, según se le comunicó en Oficio número 151 de 1º de abril siguiente; el nombrado cumplió todos los requisitos administrativos de rigor y se posesionó con retroactividad a la fecha de su nombramiento; una nueva junta ratificó después la calificación de empleado público que se venía asignando a los operadores auxiliares, según aparece en la resolución expedida el 1º de marzo de 1968; las Empresas Departamentales son un establecimiento público, una desmembración del Departamento y las actividades a que se dedican no corresponden a los casos de excepción contemplados en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; por último, el trabajador desarrollaba una función de confianza; b) Inexistencia de la obligación, en el evento de que se desechare la anterior, y c) Prescripción de la acción de reintegro".

Tramitada la controversia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín rechazó las peticiones principales y acogió, respecto de las Empresas Departamentales de Antioquia dos de las subsidiarias, en fallo de 17 de junio de 1971 por cuya parte resolutiva dispuso:

"1º Se condena a las Empresas Departamentales de Antioquia, con domicilio en esta ciudad y representadas por su Gerente, doctor Alvaro Restrepo Londoño, o quien en la actualidad haga sus veces, a pagar al señor Carlos Gómez Ocampo, domiciliado en el Corregimiento de Santiago del Municipio de Santo Domingo, las sumas que a continuación se expresan y por los conceptos que se especifican:

"a) A la suma de nueve mil novecientos ochenta y siete pesos con cuarenta y siete centavos ($ 9.987.47) moneda legal, a título de indemnización por despido injusto;

"b) La cantidad de ($ 1.213.44) un mil doscientos trece pesos con cuarenta y cuatro centavos moneda legal, como pensión mensual vitalicia y proporcional de jubilación, a partir del 30 de diciembre de 1964, fecha en que el demandante cumple los cincuenta (50) años de edad.

"2º Costas a cargo de las Empresas Departamentales de Antioquia.

"3º Se absuelve a las mismas Empresas Departamentales de Antioquia de las demás peticiones de la demanda.

"4º Se absuelve al Departamento de Antioquia, representado por el señor Gobernador, de todas las peticiones de la demanda aducidas en su contra por el señor Carlos Gómez Ocampo, en virtud de no ser esta entidad la obligada al pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas en la demanda, según se vio en la parte motiva de esta sentencia".

Apelada esta providencia por los apoderados de las partes, el Tribunal Superior de Medellín, en la suya de la fecha ya expresada, la revocó absolviendo, en su lugar, "a las entidades demandadas de los cargos formulados". Su consideración principal fue la de que "el demandante estuvo ligado a la administración departamental en virtud de una relación legal y reglamentaria", por lo que "no procede acceder a las pretensiones que formula con base en un contrato de trabajo que no aparece configurado". No impuso costas.

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto total del fallo de segunda instancia para que, en la decisión subsiguiente, la Corte confirme el de primer grado.

Al efecto invocando la causal primera el recurrente acusa "violación directa, por falta de aplicación y como medio de los artículos 467, 468 y 4º, del Código Sustantivo del Trabajo" y 30, 17, 32 y 122-6 de la Constitución Nacional, "determinante de la indebida aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de la falta de aplicación de los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 11 de la Ley 6ª de 1945 en concordancia con el 51 del Decreto 2127 de 1945 y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, disposiciones éstas violadas también directamente".

Para sustentarlo el impugnador transcribe la decisión del Tribunal, concretamente en los párrafos en que éste analizó la vinculación de autos, y advierte:

"La primera impresión que dan a uno los apartes transcritos es la de que en la base de la decisión impugnada hay una cuestión de hecho, a saber, si el demandante era para cuando fue despedido por las Empresas Departamentales de Antioquia su 'trabajador' o 'empleado'.

"Pero si se repara que no es objeto de discusión entre las partes que el señor Carlos Gómez Ocampo fue 'trabajador' de las Empresas Departamentales de Antioquia hasta 1965 y hasta su despido el 26 de febrero de 1968 sirvió en la planta eléctrica que las mismas tienen en 'El Limón', de una parte, y, de la otra, que, quien fue trabajador hasta 1965 pasó a ser empleado de allí en adelante por disposición del artículo 96 de la convención colectiva de 1965 (Fls. 95 y ss.), la cuestión se presenta con toda claridad como de puro derecho.

"Porque no puede ser sino de puro derecho determinar si convencionalmente se puede hacer de un 'trabajador' un 'empleado' ".

En seguida transcribe y comenta los artículos 467 y 468 Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, el primero, define la convención colectiva de trabajo y, el segundo, delimita su contenido, para sostener que convencionalmente "no se puede hacer de un trabajador un empleado", como tampoco se puede hacer eso "con base en la disposición convencional porque en el fondo daría lo mismo, pues los vicios de la causa se transmiten al efecto". Agrega que las partes no discuten que Gómez Ocampo fue desvinculado el 26 de febrero de 1968, por lo que adquirió derechos que no pueden serle desconocidos ni vulnerados constitucional y legalmente, siendo indebida la aplicación retroactiva del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y dejándosele de aplicar los otros preceptos que enuncia en el cargo, por este concepto. Reitera que "en este proceso no se discute que el demandante servía a la demandada como operador de la planta eléctrica que tiene en El Limón, es decir, que participaba en el sostenimiento de una obra pública que, además no constituye un servicio esencial del Estado, puesto que puede ser en su construcción, mantenimiento y desarrollo del resorte de la iniciativa y actividad privadas, la disposición aplicable resulta ser, sin duda, el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

"Esta disposición entonces vigente, por cierto más favorable al trabajador, como así lo pone en evidencia este pleito, era la que determinaba y determina aún para los que sirvieron a entidades oficiales y se retiraron antes de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, al menos, quién es empleado y quién es 'trabajador', tuvo que haber sido la que tuvieron en cuenta las Empresas para considerar que su contendiente fue trabajador suyo hasta 1965 y al propio fallador para admitir que así se calificara antes de la vigencia del Decreto 3135, precitado.

"Queda claro, entonces, que si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores señalados y

comprobados, habría aplicado el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y llegado a la conclusión para mí inequívoca de que el demandante siempre fue trabajador de las Empresas Departamentales de Antioquia como operador de la planta eléctrica que tiene en 'El Limón' y, en consecuencia, no habría negado la aplicación de los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 11 de la Ley 6ª de 1945, en concordancia con el Decreto 2127 del mismo año, que la reglamentó, en su artículo 51 y el 8º de la Ley 171 de 1961, disposiciones que contemplan el presupuesto de hecho de los derechos pretendidos por el demandante y reconocidos en la sentencia de primera instancia, la cual, en fin, habría confirmado".

Las Empresas Departamentales de Antioquia se opusieron a la prosperidad de la demanda anterior estimando ajustada a derecho la sentencia del Tribunal.

Se observa:

El recurrente enuncia casación total del fallo del *ad quem,* para que se confirme el de primer grado. Sin embargo éste fue absolutorio para el Departamento de Antioquia y de condena tan sólo para la otra entidad demandada. El desarrollo del cargo muestra, además, que lo que se procura es una decisión condenatoria de las Empresas Departamentales de Antioquia. Aparece entonces equivocado aquel enunciado total, pues, de prosperar, el recurso sólo afectaría a una de las demandadas manteniéndose la absolución del Tribunal respecto de la otra.

En cuanto a la acusación misma se considera:

Apreciar que hubo contrato de trabajo allí donde el fallador, en razón de las pruebas, estimó su inexistencia es cuestión de hecho que no puede acusarse en casación, válidamente, por la vía directa. Y si bien el impugnador descalifica en derecho la convención colectiva de autos, significando con ello que el asunto no es de hecho sino por el concepto que él alega, aún respecto de este planteamiento ha de expresarse que, si fuera cierto, la equivocación consistiría en atribuir a la relación laboral una naturaleza distinta de la contractual, esto es, en negar el contrato de trabajo, con base en una prueba que no tenía tal virtud o legalmente ineficaz. En consecuencia, error de hecho en razón del material probatorio. Dicho de otro modo: si las pruebas establecen la existencia del contrato de trabajo y el fallador no las aprecia así; o si con apoyo en las que obran en el proceso desconoce la vinculación contractual, la censura debe proponerse por error de hecho y no por vía directa, por provenir la pretensa violación de la prueba y no de la norma. Ni se diga que el asunto escapa a aquella vía por cuanto no se niega el hecho (la convención colectiva, en el *sub lite)* sino su fuerza o eficacia o validez según la ley, asumiendo así tal estimación un puro carácter jurídico.

Porque esto ocurre respecto de todas las pruebas, que son medios de convicción en cuanto el derecho les reconoce tal poder —conforme a la ley o a los principios científicos según los distintos sistemas de valoración probatoria— sin que el acierto o el error en la estimación jurídica sitúe el examen correspondiente en la vía directa, ya que lo técnicamente debido, en doctrina y en jurisprudencia, es la cuestión probatoria, determinante de un camino específico. La Sala no comparte, por lo tanto, la alegación presentada en defensa de un concepto que no procedía.

Por otra parte, para calificar al demandante de autos como empleado oficial, y negarle condición de trabajador, el ad quem no se informó solamente en la convención que repudia el acusador, sino que lo hizo también en acto administrativo de las Empresas que el cargo no exhibe como mal apreciado. Y si a él alude cuando expresa que los vicios de la causa se transmiten a los efectos, tal alegación no basta, pues el soporte de la decisión judicial seguiría siendo el dicho acto de las Empresas, hubiese tenido o no el antecedente convencional. Y este soporte requería así mismo impugnación por error de hecho.

Finalmente, el desempeño —aceptado por la contraparte— de un cargo de operador de planta eléctrica no definía por sí solo, la condición alegada de trabajador de la órbita que reclama el recurso. La jurisprudencia ha precisado a este efecto que "el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de él sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios" por lo cual el ataque tendría que demostrar igualmente por la vía de las probanzas, que la demandada de autos es entidad de construcción o sostenimiento de las obras públicas; o empresa industrial, comercial, agrícola o ganadera que se explote con fines de lucro, o institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma, a términos del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Nada de lo cual se ha intentado en el pre-

sente recurso, que no puede prosperar sin la demostración fáctica —también por este aspecto— de que el promotor de la litis tuvo la condición pretendida de trabajador oficial. Sin necesidad de verificar la procedencia o improcedencia del Decreto 3135 de 1968, pues el asunto se resuelve conforme a la regulación de aquel Decreto de 1945, vigente según todos los planteamientos, a la terminación del vínculo de autos.

El cargo, pues, equivocado en la vía que escogió tampoco planteó, para la que le era propia, los asuntos fácticos necesarios para calificar a Gómez Ocampo como trabajador oficial, en contra de la apreciación del Tribunal. Consecuencialmente no aparecen las violaciones de ley que se predican del supuesto pretendido.

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 materia del presente recurso, de la fecha y origen singularizados.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

Si es verdad que se puede servir a diferentes empleadores, y esto es lo que se establece en el artículo 26 Código Sustantivo del Trabajo, no se puede realizar la labor coetáneamente, es decir, en forma simultánea.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veinte (20) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda - Acta número 21.

José Francisco Avellaneda, mediante apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra *Emedia Propaganda Científica Limitada* con el fin de que se declarara que entre aquel y ésta existió contrato de trabajo desde el 17 de enero de 1967 hasta el 19 de enero de 1969 y que se condenase a la segunda a cubrirle el valor de salarios insolutos por dicho tiempo en cuantía de $ 91.152, auxilio de cesantía por $ 8.958, vacaciones causadas y no disfrutadas por $ 4.400, y primas de servicio por $ 8.800, además de indemnización moratoria a razón de $ 146.66 diarios desde el 20 de enero de 1969 hasta la cancelación total de las acreencias anteriores.

Como fundamento de esta pretensión sostuvo que prestó sus servicios a la demandada en forma continua desde el 17 de enero de 1967 hasta el 19 de enero de 1969 en el cargo de contador, bajo la continuada dependencia y subordinación de ella; que "durante la vigencia del contrato de trabajo que vinculó a José Francisco Avellaneda con la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada, el señor Avellaneda desempeñó también las labores de contador en la sociedad Merck Colombia S. A., empresa esta última representada por las mismas personas que representan a la demandada"; que las funciones desempeñadas en ambas sociedades fueron idénticas; pero que sólo la segunda le canceló sus salarios, el último de los cuales fue de $ 4.400 mensuales, en tanto que la primera no le cubrió suma alguna por tal concepto, ni por el de las prestaciones sociales reclamadas.

La demandada contestó la demanda, negando los hechos sustanciales y dio esta razón de su negativa:

"3. No es cierto como está concebido. Entre el actor y la demandada no existió contrato de trabajo alguno, y las actividades ocasionales desarrolladas por Avellaneda para Emedia Propaganda Científica Limitada, hoy en liquidación, las efectuó por razón de su vinculación a la firma Emedia Limitada, hoy Merck Colombia S. A., antes Merck Colombia Limitada, dentro de la jornada de trabajo contratada y pagada por esta última. Las dos firmas citadas, por funcionar dentro del mismo edificio y mantener unidad administrativa, recibieron la colaboración de empleados de nómina de una y otra firma, sin que por regla general, como en el caso del señor Avellaneda, hubiera existido dualidad de contratos de trabajo como se pretende.

"Por otra parte, y en virtud del contrato suscrito entre Emedia Propaganda Científica Limitada y Emedia Limitada, la primera de las nombradas se hizo cargo de la propaganda de los productos de Emedia Limitada, hoy Merck Colombia S. A., obligándose esta última a pagar, entre otros gastos, los de administración, especialmente en lo referente a los sueldos del personal que tuviera Emedia Propaganda Científica.

"Por la razón expresada, y en virtud del contrato citado, Emedia Limitada estaba pagando su propia nómina de empleados y la nómina de empleados al servicio de Emedia Propaganda Científica.

"... ... ...

"El demandante fue empleado de Emedia Limitada, hoy Merck Colombia S. A., según consta en contrato de trabajo escrito firmado por aquél, pero en ningún caso lo fue de Emedia Propaganda Científica. Emedia Limitada y Emedia Propaganda Científica Limitada, hoy en liquidación, tienen unidad administrativa, es decir, se administran conjuntamente. Además, funcionan dentro del mismo establecimiento situado en esta ciudad en la Carrera 65 número 10-95.

"Por otra parte, en virtud del contrato de propaganda suscrito entre Emedia Limitada y Emedia Propaganda Científica el 20 de junio de 1966, la primera se obligó a pagar los costos de la propaganda, costos integrados por el personal de administración, visitadores al servicio de Emedia Propaganda Científica, gastos generales, papelería, muestras médicas, etc.; Emedia Limitada, en desarrollo de dicho contrato y por intermedio de su Departamento de Contabilidad, obviamente debía efectuar el control de los gastos de administración de Emedia Propaganda Científica, elaborar la nómina, pagar este personal, etcétera.

"Consecuencialmente, cualquier trabajo que el actor hubiera prestado a Emedia Propaganda Científica lo ejecutó como empleado de Emedia Limitada, durante la jornada pagada por Emedia Limitada. El actor no tuvo necesidad de desarrollar ni esfuerzo físico ni intelectual mayor al que ordinariamente le exigía Emedia Limitada, sociedad a la cual estaba vinculado por contrato de trabajo, para ejecutar labores, que como contador de Emedia Limitada, debía realizar en Emedia Propaganda Científica".

Tramitado el proceso en legal forma dictó la sentencia correspondiente el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, al que tocó su conocimiento, el 22 de abril de 1971, mediante la cual absolvió a la demandada de las pretensiones del actor, sentencia confirmada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* el 30 de noviembre de 1972 para decidir el recurso de alzada.

Contra esta última interpuso recurso de casación el demandante y por su apoderado plantó la respectiva demanda, oportunamente replicada por la empresa, documentos que procede a estudiar la Corte para decidir el recurso.

El alcance de la impugnación reza de esta manera:

"Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— infirme la sentencia recurrida y que, procediendo como tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado proferido por el señor Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 22 de abril de 1971, y en su lugar se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que entre la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada y el señor José Francisco Avellaneda existió un contrato de trabajo a partir del día diecisiete (17) de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

"Segunda. Que el señor José Francisco Avellaneda trabajó al servicio de la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada hasta el día treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

"Tercera. Que la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada adeuda al señor José Francisco Avellaneda los salarios y prestaciones correspondientes a todo el tiempo de duración del contrato de trabajo.

"Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada a pagar a favor del señor José Francisco Avellaneda:

"a) Treinta y siete mil pesos ($ 37.000) moneda corriente, valor de los salarios insolutos;

"b) Tres mil seiscientos cuarenta y seis pesos ($ 3.646) valor del auxilio de cesantía correspondiente a todo el tiempo trabajado;

"c) Un mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 1.875) valor de la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas;

"d) Tres mil ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 3.083.33) valor de las primas de servicio correspondientes al primero y segundo semestre de 1967 y primer semestre de 1968.

"Quinta. Que así mismo se condene a la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada a pagar a favor del señor José Francisco Avellaneda la cantidad diaria de ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 83.33) moneda corriente, en el tiempo transcurrido y que transcurra a partir del treinta (30) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) y hasta la fecha en que se cancelen las cantidades anteriores, a título de indemnización moratoria o salarios caídos".

Con miras a obtener este fin formula un solo cargo del tenor siguiente:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 23, 24, 27, 57, 59, 64, 127, 142, 144, 186, 189, 196, 197, 249,

306, 340 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 6, 14, y 17 del Decreto 2351 de 1965, artículo 3º de la Ley 48 de 1968, al dejar de aplicarlos siendo del caso hacerlo, como consecuencia de la aplicación indebida de los artículos 22, 26, 37, 54, 158, 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo y de la no aplicación de los artículos 51 y 145 del Código de Procedimiento Laboral y los artículos 175, 194, 197, 198, 200, 233, 237, 241, 244, 252, 254, 258, 268 y 279 del Código de Procedimiento Civil, a situaciones concretas reguladas por dichas normas por haber incurrido el honorable Tribunal en errores de hecho de manifiesto en los autos provenientes de la equivocada apreciación de algunas pruebas que individualizaré a continuación:

"Pruebas mal apreciadas:

"a) Contestación de la demanda (folios 32 a 40 del cuaderno principal). En esta contestación la sociedad demandada, por intermedio de su apoderado, confiesa que el demandante prestó sus servicios personales a la sociedad demandada al sustentar su defensa manifestando que: 'José Francisco Avellaneda, estando sujeto al horario de trabajo que prevé el reglamento de Emedia Limitada... Y teniendo que trabajar para dicha compañía (por lo menos la totalidad de dicho horario, ya que en su calidad de empleado de dirección y confianza no estaba sujeto a límite alguno en su jornada), su disponibilidad para trabajar dentro de las mismas oficinas no se aumentaba ni se disminuía cuando ejecutaba labores para la demandada';

"b) Contrato de trabajo del recurrente con la sociedad Emedia Limitada (folios 40 y 41 del cuaderno principal). En este documento de conformidad con lo establecido en la cláusula quinta se establece que el demandante no estaba sujeto a las normas que regulan la jornada máxima de trabajo ya que por desempeñar labores propias de los cargos de dirección, confianza y manejo debía trabajar el tiempo necesario para la buena marcha de las obligaciones contraídas;

"c) Diligencia de absolución de posiciones del representante legal de la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada (folios 72 a 79 del cuaderno principal). Al responder a las preguntas tercera y sexta, séptima, novena, catorce, quince y dieciséis se aceptó con valor de confesión que el demandante prestó servicios personales a la sociedad demandada a partir del día diecisiete (17) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), bajo la continuada dependencia y subordinación de la misma;

"d) Inspección ocular (folios 137 a 142 del cuaderno principal). Al verificar el señor Juez del conocimiento los puntos segundo y quinto propuestos por la parte actora, quedó claramente establecido que del contrato celebrado entre la sociedad Emedia Limitada y José Francisco Avellaneda no se desprendía para este último la obligación o compromiso de prestar sus servicios personales a la sociedad demandada;

"e) Dictamen pericial concurrente con la inspección ocular (folios 144 a 153), y folios 165 a 169 del cuaderno principal. El señor perito designado por el juzgado de primera instancia para auxiliarle en la inspección ocular determinó el tiempo de servicios del demandante, desde el 17 de enero de 1967, hasta el 30 de junio de 1968, en forma ininterrumpida y bajo la continuada dependencia y subordinación de la sociedad demandada y así mismo determinó que la misma sociedad demandada ha debido pagar al recurrente, por concepto de salarios como contraprestación del servicio, los siguientes valores:

De enero a marzo de 1967 a razón de $ 1.600 cada mes; de abril a mayo del mismo año a razón de $ 1.900 cada mes; de los meses de junio a diciembre de 1967 a razón de $ 2.000 cada mes; de enero a marzo de 1968 a razón de $ 2.300 cada mes y de abril a junio de 1968 a razón de $ 2.500 cada mes. En conclusión y en armonía con el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo, el auxiliar de la justicia determinó que la sociedad demandada ha debido pagar en total y por todo el tiempo de servicios, por concepto de salarios, la suma de $ 37.000.

"No obstante las evidencias anteriormente señaladas que resaltan de las pruebas que se han indicado como mal apreciadas, el honorable Tribunal al realizar las confesiones contenidas en la contestación de la demanda y en la absolución de posiciones del representante legal de la sociedad demandada, el documento de folios 40 y 41, las inspección judicial y la peritación concurrente con dicha inspección judicial, de manera tan superficial que apenas sí hace comentarios tangenciales o simples citas de dichas pruebas, incurrió en los siguientes errores de hecho de manifiesto en los autos:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que los servicios que prestó José Francisco Avellaneda a la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada se ejecutaron bajo la continuada subordinación y dependencia de esta compañía.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que los servicios que José Francisco Avellaneda prestó a la sociedad demandada comenzaron el

día diecisiete (17) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967).

"3º No dar por demostrado, estándolo que los servicios que José Francisco Avellaneda prestó a la sociedad demandada se prolongaron ininterrumpidamente hasta el treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

"4º No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada debió pagar a José Francisco Avellaneda y dejó de hacerlo, la cantidad de treinta y siete mil pesos ($ 37.000) por concepto de los salarios devengados por el trabajador correspondientes a los servicios prestados desde el diecisiete (17) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) hasta el treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

"5º No dar por demostrado, estándolo, que el último salario que la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada debió pagar a José Francisco Avellaneda ascendió a la cantidad mensual de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda corriente.

"6º No dar por demostrado, estándolo, que los servicios prestados por José Francisco Avellaneda a la sociedad demandada bajo la continuada subordinación o dependencia de ésta se desarrollaron independientemente del contrato de trabajo que el recurrente tenía con otra sociedad distinta, la compañía Emedia Limitada.

"7º No dar por demostrado, estándolo, que en cumplimiento del contrato de trabajo que José Francisco Avellaneda tenía con la sociedad Emedia Limitada, el recurrente no estaba obligado a prestar sus servicios a la compañía Emedia Propaganda Científica Limitada.

"8º No dar por demostrado, estándolo, que en cumplimiento del contrato de trabajo que el recurrente tenía celebrado con la sociedad Emedia Limitada, José Francisco Avellaneda no estaba sujeto a jornada de trabajo por tratarse de un empleado de confianza y de manejo.

"9º No dar por demostrado, estándolo, que, en consecuencia, el contrato de trabajo que vinculó a las partes coexistió con otro contrato de trabajo que el recurrente tenía con la compañía Emedia Limitada".

El opositor asienta, en primer lugar, que "el recurrente sólo impugna parcialmente las pruebas que fundamentan la sentencia de segundo grado, y que, por tanto, la demanda carece de las condiciones indispensables para desvirtuar la sustentación del fallo acusado" y cita en su apoyo jurisprudencia de esta Sala. De otro lado, hace varias consideraciones para defender la legalidad de la sentencia impugnada.

La Sala, para resolver, considera:

Apoyo central de aquélla son las consideraciones que se copian:

"Tal como se encuentra planteada la cuestión, se pretende por el actor demostrar la coexistencia de contratos de trabajo con las sociedades 'Emedia Propaganda Científica Limitada' y 'Emedia Limitada', hoy 'Merck Colombia S. A.', cuestión que, desde luego, es posible no sólo desde el punto de vista de una realidad de hechos, sino factible en el ámbito del derecho sustancial el cual contempla esta figura jurídica en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo. La demandada por su parte, sin negar la posibilidad indicada, niega sin embargo que ella pudiere presentarse en el caso *sub judice, precisamente por las razones que expone al explicar su oposición y defensa.* De manera que será cuestión de análisis precisamente esta situación así planteada y controvertida, labor que realizará la Sala a través del material probatorio aportado a los autos.

"Como atrás se expresó, y como existe constancia en el informativo, no se niega la prestación de servicios personales del demandante a la sociedad demandada. Sólo que éstos, *como lo expresa la última nombrada,* no se prestaron por el actor con base en un contrato particular de trabajo con ella creadora si tal fuera esa situación fáctica, de una coexistencia contractual sino por virtud del contrato de trabajo que Avellaneda tenía con Emedia Limitada o Merck Colombia S. A. Es decir que obligado éste a trabajar para la última sociedad como 'contador', a la vez debía hacerlo para Emedia Propaganda Científica Limitada. La razón de ser de este fenómeno contractual, descansa en el hecho de la existencia —a la vez— de un contrato de administración suscrito por las dos sociedades, en cuya virtud, según se lee en él (Fls. 44 y 113) habiéndose comprometido Emedia Limitada a conceder toda su propaganda a Emedia Propaganda Científica Limitada, aquella se reservaba el derecho de supervigilancia de sus actividades, pagándoles los gastos realizados, más un porcentaje. Las alzas en gastos de administración, especialmente los relacionados con sueldos de directivos y técnicos, debían ser consultados con aquélla, debiendo ser aprobados previamente mediante consentimiento escrito. Este convenio entre las dos sociedades se suscribió el 20 de

junio de 1966 y se le fijó un término de cinco años prorrogables. En desarrollo precisamente de semejante contrato que nada tiene de extraordinario, y por virtud del sistema de control y supervigilancia que Emedia Limitada ejercía sobre la sociedad demandada, el actor —trabajador de la primera— realizaba funciones de contabilidad y contaduría en los libros de la última, según es el planteamiento de Emedia Propaganda Científica Limitada. En esa misma labor contable lo acompañaban, o mejor, eran igualmente funcionarios de la demandada, otros trabajadores de Emedia Limitada. No otra cosa se establece a través de las declaraciones de Julius Trip Camargo (Fl. 92), Beatriz Salazar Alzate (Fl. 124), Ana María Mantilla (Fl. 126), Olga Leal (Fl. 132) y José Wladimiro Montero (Fl. 155)".

El sentenciador, en seguida, resume lo dicho por estos testigos y por Martín Junck.

Este fundamento de la sentencia no fue atacado por el censor, quien señala como pruebas mal apreciadas: "a) La contestación de la demanda..."; "b) Contrato de trabajo del recurrente con la sociedad Emedia Limitada..."; "c) Diligencia de absolución de posiciones del representante legal de la sociedad Emedia Propaganda Científica Limitada..."; "d) Inspección ocular..."; "e) Dictamen pericial concurrente con la inspección ocular...", prescindiendo de la estimación hecha en ella del contrato celebrado entre las dos sociedades mencionadas, no obstante que las antedichas pruebas citadas por el recurrente como apreciadas con error, las estudia el Tribunal con referencia al citado contrato.

En efecto: la contestación de la demanda, cuyo aparte fundamental sobre este punto transcribió la Sala, dio lugar al análisis del contrato entre ambas sociedades en la consideración no atacada y en cuyo traslado, hecho inmediatamente antes, se subrayó la frase que así lo indica.

El contrato de trabajo fue referido igualmente al pactado entre ambas sociedades, según resulta del siguiente párrafo de la sentencia: "Los servicios personales del demandante a la sociedad demandada... no se prestaron con base en un contrato particular de trabajo con ella... Sino en virtud del contrato de trabajo que Avellaneda tenía con Emedia Limitada o Merck Colombia S. A.... *La razón de ser de este fenómeno contractual descansa en el hecho de la existencia —a la vez— de un contrato de administración suscrito por las dos sociedades...*". (Subraya la Sala).

La diligencia de absolución de posiciones del representante legal de la demandada la cita también el juzgador para confirmar la anterior tesis, diciendo: "no sobra agregar que el representante legal de la demandada, Adolf Haasen, explica en posiciones (F. 72) la misma situación, sosteniendo que las funciones que el demandante realizó para Emedia Propaganda Científica Limitada las hizo 'en su calidad de empleado de Emedia Limitada, que es diferente a Emedia Propaganda Científica, *siendo que la primera manejaba los asuntos contables de la segunda*' (respuesta a la pregunta 14)" (subraya la Sala).

Respecto de la inspección ocular alega el impugnante que en ella se dejó constancia de que del contrato de trabajo suscrito entre "Emedia Limitada y el demandante, no se desprende que el trabajador adquirió compromiso alguno de prestación de servicios a la firma Emedia Propaganda Científica Limitada", lo cual es cierto; pero esta apreciación carece de valor probatorio, pues no corresponde a ese medio de prueba sacar conclusiones jurídicas, como la de decir qué obligaciones se deducen de un contrato o cuáles no resultan del mismo; ésto, es objeto de la sentencia, mediante el análisis del pacto respectivo, y no del reconocimiento judicial, cuya finalidad es la verificación o el esclarecimiento de hechos del proceso.

Y en cuanto al dictamen pericial es probanza excluida de examen en la casación del trabajo, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

De lo expresado resulta con claridad que el fallo acusado partió de la base de la existencia de un contrato de administración entre las empresas mencionadas para concluir que el actor prestó servicios a la demandada, Emedia Propaganda Científica Limitada, por su vinculación laboral a Emedia Limitada, que a su vez se reservó, por dicho contrato, el derecho de supervigilancia de las actividades de aquélla. Confirma este aserto este otro claro pasaje de la sentencia acusada en que dice: "*si es verdad que se puede servir a diferentes empleadores, y ésto es lo que se establece en el artículo 26 Código Sustantivo del Trabajo, no se puede realizar la labor coetáneamente, es decir, en forma simultánea. A menos que se trate de una situación de conveniencia o consentimiento de uno de los empleadores, o de que uno de ellos labore al servicio del otro con sus propios empleados y dentro de su propio horario de trabajo, como es el caso que se plantea en los autos, y que se desprende tanto del contrato de administración suscrito por las dos sociedades que aparecen presentes en los*

autos, como de la lectura de todos los testimonios acompañados al proceso...". (El subrayado es de la Sala).

Vese, pues, que sin el reexamen del tantas veces citado contrato de administración entre ambas sociedades, no es posible determinar si el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto, ya que es tal contrato, base fundamental de su fallo y las consideraciones respectivas no fueron objeto de censura en el cargo que se estudia.

En consecuencia, no prospera.

Por causa 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 parte recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRIMA DE NAVIDAD

Las entidades descentralizadas deben pagar a sus trabajadores oficiales no sólo las primas de servicio establecidas, sino las de navidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veintidós de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Seçción Segunda - Acta número 21.

El señor *Alfonso Díaz Rogelis,* por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral contra el *Instituto de Fomento Algodonero,* establecimiento público descentralizado con sede en Bogotá, con la finalidad de obtener el pago de: el valor que se le dejó de pagar por concepto de despido e indemnización moratoria correspondiente a esa falta de pago desde el vencimiento de los noventa días de que trata el Decreto 797 de 1949.

Como hecho expuso los que se sintetizan a continuación:

Que según contrato de trabajo el demandante trabajó al servicio del Instituto de Fomento Algodonero (IFA), desde el 1º de marzo de 1959 hasta el 5 de mayo de 1966 en que fue terminado el contrato sin previo aviso ni causa justificativa.

Que durante el último año devengó un sueldo mensual de $ 3.526.25 como promedio.

Que el demandado no le pagó al demandante la indemnización por despido con base en el salario total de $ 3.526.25 sino con relación al ordinario de $ 3.255, y que sin razón le retiene la diferencia.

Esta demanda que correspondió al Juzgado Quinto Laboral de Bogotá fue presentada el 4 de abril de 1967.

Posteriormente en demanda presentada el 2 de octubre de 1968 que correspondió al Juzgado Sexto Laboral de esta misma ciudad, el señor Alfonso Díaz Rogelis demandó al mismo Instituto de Fomento Algodonero para que la parte demandada fuese condenada a pagar al actor del juicio el valor de las primas de navidad causadas durante el tiempo de servicio y la indemnización moratoria derivada del no pago de tales primas, con fundamento en hechos similares a los del primer juicio con el aditamento de que no se le han cubierto al demandante las primas reclamadas.

Acumulados los procesos, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá desató la litis en primer grado con fallo de diez de marzo de mil novecientos setenta por el que resolvió así:

"*Primero.* Condénase al Instituto de Fomento Algodonero (IFA) a pagar al señor Alfonso Díaz Rogelis, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho pesos con veintinueve centavos ($ 5.488.29), por concepto de reajuste de indemnización por despido.

"*Segundo.* Declárase parcialmente probada la excepción de pago en cuanto a la indemnización por despido y hasta por la suma de dieciocho mil doscientos noventa y cuatro pesos con treinta centavos ($ 18.294.30).

"*Tercero.* Absuélvese al Instituto demandado de los restantes cargos formulados en las demandas.

"*Cuarto.* Costas en un veinte por ciento (20%) a cargo del Instituto demandado".

Los apoderados de las partes apelaron de ese proveído y el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* por medio de sentencia de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos setenta y dos decidió la alzada de la manera siguiente:

"1º Modifícase el artículo primero del fallo recurrido, en el sentido de que la condena allí

formulada por concepto de reajuste en la indemnización por despido sólo asciende a la suma de mil quinientos veinticuatro pesos con cincuenta y tres centavos ($ 1.524.53) moneda corriente.

"2º Modifícase el artículo segundo del citado fallo recurrido, en el sentido de declarar no probadas la totalidad de las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"3º Revócase el artículo tercero del fallo apelado y en su lugar condénase al Instituto de Fomento Algodonero 'IFA' a pagar al señor Alfonso Díaz Rogeli (sic) la suma de siete mil setecientos once pesos con sesenta y seis centavos ($ 7.711.66) moneda corriente, por concepto de primas de Navidad de conformidad con lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

"4º Absuélvese al Instituto demandado de la petición de condena por concepto de indemnización moratoria, confirmándose así este punto del fallo recurrido.

"5º Modifícase el artículo cuarto del mismo fallo revisado, en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar el ochenta por ciento (80%) de las costas de la primera instancia.

"6º Sin costas en esta segunda instancia".

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación la parte demandante, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro del tiempo señalado para ello el apoderado de la recurrente presentó su demanda y oportunamente también la réplica la parte opositora, por lo que se procede a decidir:

La demanda:

Alcance de la impugnación.

El casacionista fija el alcance de su demanda al finalizar el planteamiento del cargo, como en seguida se expresa:

"Debido a los errores de hecho que se dejan demostrados con carácter de ostensibles o evidentes, el juzgador de segundo grado violó indirectamente los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º Decreto 797 de 1949 que consagran el derecho a la indemnización moratoria por el no pago de indemnizaciones y prestaciones sociales. Debe, por tanto casarse la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la entidad demandada del pago de la indemnización moratoria, y, constituida la honorable Corte en tribunal de instancia revocar la sentencia de primer grado en cuanto confirmó la absolución por dicho concepto, y en su lugar, condenar al Instituto de Fomento Algodonero a pagar al demandante Díaz Rogelis la indemnización por mora a partir del vencimiento del plazo de los noventa días inmediatamente posteriores a la terminación del contrato y hasta cuando se verifique el pago total de la indemnización por despido y de las primas de Navidad adeudadas".

Cabe observar que, lo que el impugnante quiere significar en el alcance de la impugnación es que la Corte case la sentencia acusada en cuanto ésta confirmó la absolución por pago de indemnización moratoria, y que constituida en tribunal de instancia revoque el fallo de primer grado por cuanto absolvió por ese aspecto y se hagan las condenas que la demanda impetra.

Despejado este lapsus, se tiene que el casacionista invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta un solo cargo así:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de la documental visible a folio 30 del expediente (cuaderno 2º) y falta de apreciación de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio (folios 26 y 27 del cuaderno 1º).

"Los errores evidentes de hecho consisten: 1º En dar por demostrado sin estarlo, que la entidad demandada obró de buena fe al pagar lo que creía deber por concepto de indemnización por despido, cuando a (sic) debido ser necesariamente otra su creencia de deber. 2º En dar por establecido, sin estarlo, que la entidad demandada obró de buena fe al no cancelar al demandante el valor de las primas de Navidad reclamadas y por las cuales condenó el Tribunal. 3º En no dar por demostrado, siendo que lo está plenamente, que la entidad demandada retuvo y retiene sin justificación alguna el valor de las primas de Navidad que corresponden al trabajador.

"La documental del folio 30, que es un documento auténtico, que elaboró y proviene de la parte demandada fue apreciado equivocadamente porque en él se expresa claramente que el último salario promedio mensual devengado por el actor fue de $ 3.526.25. Sin embargo, no fue éste el salario que tuvo en cuenta la demandada para liquidar el valor de la indemnización por despido, sino un salario inferior. Frente a esta evidencia, la creencia de deber por parte de la

demandada, no se justifica, porque ha debido ser necesariamente mayor la suma que debía liquidar por concepto de tal indemnización. No se explica en forma alguna que si el último salario devengado por el actor fue de $ 3.526.25, según la misma liquidación que elaboró la empresa, para liquidar la indemnización por despido tomara un salario inferior. Su conducta no se justifica, salvo que se quiera alegar el propio error como eximente o excusa. También se apreció equivocadamente dicho documento porque de él no aparece que el trabajador demandante se le hiciera pago alguno por concepto de primas de Navidad.

"La diligencia de inspección ocular practicada sobre los archivos de la entidad demandada da cuenta no solamente del tiempo de servicios del actor, sino también de los distintos sueldos o variaciones de asignación que tuvo el cargo. En esta diligencia no se demostró en forma alguna, como tampoco se hizo en todo el curso del proceso, que la entidad demandada cancelara las primas de Navidad a que tenía derecho el demandante. Si esta prueba se hubiera apreciado al despachar desfavorablemente la petición por indemnización moratoria, habría evidenciado el juzgador que la demandada no acreditó ningún pago de primas de Navidad, razón por la cual el Tribunal la condenó a su cancelación.

"Por la equivocada apreciación de aquella prueba y la falta de apreciación de ésta, el Tribunal incurrió en los errores de hecho que se dejan anotados. Se debía cancelar una suma superior a la liquidada por concepto de indemnización por despido, no se explica que su creencia de deber lo fuera por una cantidad inferior. Y si nunca canceló primas de Navidad al trabajador demandante, sin que exista la más mínima excusa para su no pago, debe concluirse que está en mora injustificada de satisfacer obligaciones laborales. En el proceso no existe ninguna probanza que justifique la conducta morosa de la entidad demandada".

La parte opositora manifiesta que no hay error de hecho en el pronunciamiento del ad quem e indica que:

"Las relaciones laborales entre el extinguido Instituto de Fomento Algodonero (sobre cuya naturaleza jurídica siempre existieron serias dudas) y sus empleados, se regían por laudos y arbitrales, convenciones colectivas y, en las materias no reguladas en unos y otras, por el Código Sustantivo del Trabajo, según consta expresamente, en el artículo 3º del laudo arbitral proferido el 20 de octubre de 1965, cuya copia auténtica obra en el expediente (folios 146 a 151)".

"El Instituto de Fomento Algodonero obró de buena fe al liquidar la indemnización por despido del señor Díaz Rogelis con base en el salario ordinario de éste ($ 3.255) y no con base en $ 3.526.25 (o sea el producto de sumar al salario básico el promedio devengado por primas de servicio durante el último año) puesto que al proceder así no hizo sino dar aplicación al Código Sustantivo del Trabajo, estatuto éste que, como ya se dijo, era aplicable a las relaciones laborales con sus empleados y cuyo artículo 307 dice expresamente que las primas de servicios no son salarios, ni se computan en ningún caso como tales".

Indica seguidamente que la condena por reajuste de indemnización es ínfima comparable con lo depositado por ese concepto y luego agrega:

"Las mismas razones anteriores sirven para desvirtuar el segundo de los errores atribuidos a la sentencia acusada. En efecto, si el Instituto de Fomento Algodonero consideraba que sus empleados eran trabajadores particulares y que las relaciones con ellos se regían exclusivamente por las convenciones colectivas pactadas con su Sindicato, laudos arbitrales y por el Código Sustantivo del Trabajo y, en tal virtud, pagaba la prima de servicios consagrada en este último, no puede considerarse que procedió de mala fe al abstenerse de reconocer y pagar al señor Díaz Rogelis, y, en general a todos sus servidores, la prima de Navidad prevista en las disposiciones legales aplicables a los empleados oficiales".

Se estudia:

El fallador de segundo grado al decidirse por absolver a la parte demandada del pago de la indemnización moratoria se pronunció de la manera como en seguida se transcribe:

"El fondo de la cuestión que se controvierte en los negocios acumulados es el siguiente:

"a) Que el pago que el Instituto de Fomento Algodonero hizo al demandante en relación con el rompimiento unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, no se le liquidó ni pagó la correspondiente indemnización con base en el valor del salario verdadero, sino con otro menor, de aquí que se adeude la diferencia;

"b) Que el Instituto demandado no pagó al demandante durante todo su tiempo de servicio, el valor que correspondía a las 'primas de Navi-

dad', a las que tenía derecho de conformidad con la ley.

"Desde luego, y conviene destacarlo inicialmente, respecto a las dos cuestiones en controversia, el Instituto demandado no niega que tales hechos carezcan de verdad. En otras palabras los acepta como evidentes, sólo que para ambos tiene razones que exponen en el juicio y que consideran legítimas. En relación con la primera afirma que por no tener esa indemnización el carácter de una prestación social, se liquidó con base en el salario ordinario (documento de folio 33 y respuestas al cuaderno de posiciones absueltas por el Gerente del Instituto en las preguntas 11, 12 y 13). En relación con la segunda simplemente se sostiene que el Instituto nunca ha cancelado en razón de que únicamente paga prima de servicios equivalente a dos sueldos en el año".

Estudia el ad quem el aspecto de la indemnización que reduce en su reajuste a $ 1.524.53 y así mismo lo referente a las primas de Navidad que considera debe pagar la parte demandada no obstante las primas de servicio extralegales acordadas entre las partes y termina:

"No se hará condena por indemnización moratoria según se reclama en los dos negocios, porque es evidente la buena fe del Instituto en el pago de lo que creía deber, según se desprende de la manera como se liquidó al trabajador las prestaciones en el documento de folio 30. Otra cosa es que existiera en él el criterio equivocado de que la indemnización por lucro cesante no debía liquidarse como lo hace la Sala, y que, por otra parte, con el mismo criterio creyera no estar obligada al pago de la 'prima de Navidad' a que se hace referencia en el acápite anterior. Se confirmará por estas razones este punto del fallo recurrido".

Observa esta Sala de la Corte que, la prueba que señale el casacionista como erradamente apreciada, que aparece al folio 30 del expediente, contiene la liquidación de prestaciones que el Instituto de Fomento Algodonero (IFA) verificó al demandante Alfonso Díaz Rogelis, con fecha cinco (5) de mayo de 1966 —es decir el mismo día del aviso de cesación del contrato de trabajo— que tiene la firma del beneficiario quien recibió el monto de ella que quedó a su favor, y la encontró conforme.

Tal liquidación comprende: cesantía, prima de servicios e indemnización por despido, más el sueldo correspondiente a lo devengado por el señor Díaz Rogelis del 1º al 5 de mayo de 1966, lo que arrojó un total de $ 51.481.71 del que correspondió exactamente por concepto de indemnización por despido la cantidad de $ 18.294.30.

Deducida de aquel total la cantidad de $ 13.246.14 que el señor Díaz Rogelis percibió anticipadamente como cesantía parcial autorizada por Resolución número 051 de 1963, el saldo de $ 38.235.57 fue aceptado por el mencionado señor sin observación de ninguna naturaleza demostrativa de inconformidad.

En este caso concreto, la empresa demandada liquidó y pagó oportunamente lo que creyó deber al trabajador por las razones que a su juicio determinaron esa liquidación dentro de la cual el monto de la indemnización por despido alcanzó, como se repite, a la cantidad de $ 18.254.30.

Repetidamente esta Sala de la Corte ha expresado que la buena fe en el pago de lo que la parte patronal cree deber al trabajador respaldada naturalmente por hechos que constituyan algún fundamento probatorio, es doctrinariamente causa exculpativa de la sanción por mora.

Aquí, como está advertido, la demandada liquidó lo que consideró que debía al actor del juicio, en el mismo día del despido, y esa liquidación fue aceptada por el señor Díaz Rogelis quien percibió el monto a su favor, sin reserva alguna, y quien sólo en abril de 1967 vino a demandar por la indemnización moratoria derivada del no pago completo de la indemnización por despido.

La celeridad de la liquidación precitada, el pago oportuno hecho al beneficiario con las explicaciones ofrecidas por la demandada, son suficientes acontecimientos demostrativos de la buena fe del Instituto al solucionar lo que él estimó debía a su trabajador despedido, por lo que no se encuentra como evidente el error puntualizado por la censura con respecto a la estimación de esa prueba.

En lo atinente a la prima de Navidad, si bien es cierto que ella no fue cubierta específicamente por el Instituto de Fomento Algodonero y acerca de la que el Tribunal condenó a su pago en la cantidad de $ 7.711.66, es aceptable, como lo admitió el ad quem, que el Instituto mencionado no se creyó con mala fe obligado a cubrirla en consideración a que las relaciones laborales con sus trabajadores eran jurídicamente de otra índole, y de que habida cuenta del régimen contractual y convencional, ese Instituto pagaba a sus trabajadores como prima de servicios un mes de sueldo cada seis meses.

Ciertamente sobre el particular la jurisprudencia vino a despejar la duda de algunas entidades descentralizadas, acerca de que debían

pagar a sus trabajadores oficiales no sólo las primas de servicios establecidas sino la de Navidad, estatuida para todos los trabajadores de esa naturaleza, porque las ordinarias y extralegales no excluían esta última.

Así que, siendo aceptable la posición de la empresa demandada, como demostración de buena fe al pagar el monto de la liquidación con los fundamentos en que ella fue elaborada y en las condiciones de oportunidad antecitada, no surge como evidente el error invocado por la censura en la apreciación de la prueba y acerca de este tópico.

En cuanto atañe a la prueba de inspección ocular indicada por el impugnante como no tenida en cuenta en el fallo de segundo grado, dentro de ella se da cuenta pormenorizadamente de los valores recibidos por el demandante en diferentes épocas, lo que señala variación de salarios durante ese tiempo de servicio, pero esa prueba no podía influir de manera determinante en la decisión absolutoria tomada por el Tribunal.

No apareciendo pues, evidentemente los errores puntualizados por la censura, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos setenta y dos, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA PENAL

NULIDAD SUPRALEGAL

(Por no ordenarse el reconocimiento médico del sindicado, cuando se dan los presupuestos exigidos en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal).

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

(Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta número 2.

Vistos:

Contra la sentencia de 11 de julio del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el presente proceso que se siguió contra Simón Parra Zuleta por el delito de peculado, a virtud de hechos ocurridos entre el mes de julio y el de diciembre de 1970 y por medio de la cual confirmó la de 6 de mayo de ese mismo año, dictada por el Juzgado Decimoctavo del Circuito, a la que modificó elevando de cuatro a cinco los años de presidio que debía purgar, como pena principal, el procesado, y condenándolo a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y no a la pérdida de los derechos políticos, como decía la sentencia revisada, interpuso este último y le fue concedido, el recurso extraordinario de casación para sustentar el cual constituyó apoderado especial, que dentro del término de ley, presentó la demanda de casación, que se declaró ajustada y como se han agotado los trámites y no se observa nulidad en lo actuado, se procede a resolver el recurso.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron resumidos por el a quo, en la siguiente forma:

"Simón Parra Zuleta desempeñó, en el Municipio de Medellín, los siguientes oficios y empleos: 'peón al servicio de Obras Públicas Municipales'. Luego 'apuntador' de la misma sección. Más tarde el oficio de 'cadenero'. Posteriormente, 'auxiliar de estadística'. Fue luego 'inspector general de pavimento' y 'cajero pagador' del Departamento Administrativo de Talleres y Mantenimiento, 'contador' de esa misma dependencia y finalmente, por Decreto 251 de julio 6 de 1967, fue designado para el cargo de 'cajero general', División Tesorería y Finanzas, del Departamento Administrativo de Valorización de esta ciudad y tomó posesión el 11 del citado mes como consta a folios 65 y 66 del llamado cuaderno de la parte civil.

"Simón Parra Zuleta desempeñaba normalmente su empleo de manejo. En el mes de diciembre de 1969, dicho señor cobró, por intermedio del Banco Francés e Italiano de esta ciudad, un premio de la Lotería de Bolívar por la suma de $ 500.000 pero después de los descuentos legales recibió la suma de $ 415.000 el 19 del mes citado como consta a folio 69 del llamado cuaderno de la parte civil. Fue entonces cuando resolvió dedicarse a prestar dinero a interés del dos por ciento, del dos y medio por ciento y del tres por ciento mensual a distintos empleados y trabajadores del Municipio de Medellín, ya directamente ora por intermedio de Francisco Restrepo Restrepo a quien entregó la suma de $ 25.000 para ese y quien abrió una cuenta corriente el 20 de diciembre de 1969 en el Banco de Colombia en esta ciudad. La lista total o parcial de las personas que recibieron préstamos de dinero en esa forma, aparece a folios 82 - 83 y lo relativo a la cuenta de Restrepo a folio 116 del cuaderno principal.

"Pero llegó el momento, parece que a partir de julio de 1970, en que el señor Simón Parra Zuleta empezó a distraer el dinero de la caja del Departamento de Valorización de esta ciudad que estaba a su cargo, dinero que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar, pagar y guardar. Este dinero lo dio en préstamo a las víctimas de su indudable conducta usurera. Mas, como dice el refrán, entre cielo y tierra no hay nada oculto y el 3 de diciembre de 1970, el señor Saúl Saldarriaga Correa, Auditor de la Contraloría Municipal de Medellín, practicó un arqueo de caja en el despacho del procesado Parra Zuleta y constató que el saldo del día anterior era de $ 180.298.19 y los ingresos del día de la visita sumaban $ 79.294.62, que los egresos ascendían a la suma de $ 42.525.54 y que el cuentadante sólo entregó en cheques y efectivo la suma de $ 48.349.29. Luego de hacer la correspondiente conciliación, resultó un faltante en caja igual a $ 164.243.52, a cargo de Parra Zuleta. También se estableció que el incriminado se había apropiado un valor relativo a estampi-

llas de cuentas igual a $ 8.535.50, como puede verse a folios 13 y 107 del cuaderno principal y las cuentas sin estampillar a folios 82-122 del llamado cuaderno de la parte civil. El mismo día de la visita se le exigió al procesado restituyera lo apropiado o su valor, pero como no se le concedió el plazo que demandaba para ello, el día siguiente, sin hacer entrega de su despacho, viajó a una población próxima a la frontera con la República de Venezuela, tal como lo afirma el propio acusado en careo con Francisco Restrepo a folio 94 del cuaderno principal. Simón Parra Zuleta fue reemplazado el mismo 4 de diciembre de 1970 fecha de su huída, como puede verse a folio 64 del llamado cuaderno de la parte civil".

En el curso de la investigación, se recibieron varias declaraciones, entre ellas la de Francisco Restrepo Restrepo, quien era el encargado de hacer préstamos con el dinero que el procesado le entregara y que en su ampliación de folio 89 dice:

"La primera impresión que yo tuve cuando recibí la noticia de que se había ganado ese dinero de que algo raro le había pasado lo noté distinto en su modo de hablar con sus jefes, y con sus compañeros extrañé mucho ese sábado que se ganó ese dinero madrugó a trabajar normalmente como si nada hubiera ocurrido tanto que yo creía de que eso fuera cierto pero la señorita secretaria y demás empleados de la oficina observaban la prensa y el billete ganancioso, de ahí en adelante hablaba de muchos programas y de muchos proyectos de comprar fincas carros puesto que ya era un tipo adinerado, a los pocos días cambió de residencia creo que en la primer residencia donde vivía pagaba ochocientos a novecientos pesos mensuales y para la última donde se fue mil quinientos mensuales, con garaje para el carro que iba a comprar, de ahí en adelante no se le podía discutir y siempre tenía la razón en todos los temas, en su hogar cambió de muebles de sala y otros enseres de hogar que no recuerdo, más adelante compró un carro Simca del cual yo fui fiador compraba ropa constantemente de pies a cabeza para él y la familia, le daba plata a sus hermanos, hermanas, tíos, en mi concepto gastaba sin control, a todo el que lo adulara o lo felicitara y le dijera que le prestara plata le prestaba, constantemente le recriminaba yo su modo de actuar en cuanto a gastos y préstamos a determinadas personas y él me contestaba tranquilo compadre que yo ya estoy crecidito déjeme a mí que yo sé hacer las cosas, yo le sugería fuera más organizado en sus gastos y en sus negocios él me contestaba que tranquilo, yo personalmente pienso que no era el mismo de antes en su modo de actuar y de pensar por el modo como lo observaba en los temas con los superiores y con los demás, cierto día en su oficina me mostró un telegrama dirigido por el Presidente Pastrana a él y me dijo que cómo me parecía que el Presidente Pastrana tuviera en cuenta sus conceptos que él le dába que si seguía así salía avante y se lo mostraba a todo el que llegaba a la oficina y le decía lo mismo, más o menos decía así: señor Simón Parra Zuleta recibí su telegrama, agradézcole conceptos los tendré muy en cuenta, firma Misael Pastrana Borrero, por todas esas cosas yo creo que esos centavos le hicieron daño".

Por auto de 18 de octubre de 1971, el Juzgado Decimoctavo del Circuito de Medellín, llamó a Parra Zuleta a responder en juicio por el delito de peculado.

De esta providencia apeló el apoderado del procesado pero el Tribunal la confirmó por la suya de 18 de diciembre de ese mismo año.

Durante el juicio se abrió el proceso a pruebas por el término legal pero no fueron solicitadas por lo cual se pasó a los peritos para que hicieran el avalúo de los perjuicios causados con la infracción.

Terminado este trámite se fijó fecha para la audiencia, que fue celebrada el 10 de abril del año pasado.

A ella no asistieron el agente del Ministerio Público ni el apoderado de la parte civil, pero sí el defensor del procesado, quien, al concedérsele la palabra, manifestó:

"Oportunamente y por escrito, dentro del término legal, presentaré mi correspondiente concepto y haré las alegaciones respectivas. Por el momento limito mi intervención, si me lo permite el señor Juez, a hacer unas preguntas al procesado a ver si es posible clarificar en forma concreta la fecha de iniciación del desfalco y si las solicitudes verbales de que ha hablado en su confesión cualificada a los superiores para que le permitieran prestar dineros se hicieron antes de esa fecha, y si le comentó a ellos sobre su estado de ánimo por la coacción de que afirma fue objeto para verse obligado después de haber terminado con su dinero propio, a hacer préstamos con los dineros de la caja de que era responsable; y si esas letras y el cheque las tenía como títulos representativos del valor del desfalco".

En escrito que lleva fecha 12 de abril del año pasado, el defensor presentó una serie de razonamientos para que fueran tenidos en cuenta al proferir sentencia de primera instancia.

En ellos insiste en que se trata, no de un peculado por apropiación indebida sino de uno de uso, como lo sostuvo el Juzgado en el auto de proceder, de lo cual se apartó el Tribunal que afirmó se trataba de uno por apropiación indebida, a causa de la calidad de fungibles de los bienes que usó el procesado.

Sostiene, además el defensor, que debe tomarse en cuenta el hecho de que en la caja a cargo de Parra Zuleta se encontraron cheques por valor elevado y cuya presencia no fue estimada por el Juzgado ni por el Tribunal para fines de disminuir la cuantía del ilícito.

También pide que se tome en cuenta que las actividades del procesado habían sido toleradas por sus superiores quienes dejaron que prestara dinero, tanto personalmente como por intermedio de otros empleados.

Finalmente solicita que se considere la buena conducta anterior de éste para efectos de concederle el beneficio de "libertad vigilada" (sic) y que por haber consentido el procesado en que se cobraran los títulos de valor hallados en la caja así como también ofrecido otros bienes para resarcir al Estado, se tenga como pagada la deuda y se le otorguen los beneficios que trae consigo esa situación.

En la fecha que se deja mencionada al comienzo de la presente providencia, el Juzgado pronunció sentencia en que condenó a Parra Zuleta a la pena de cuatro años de presidio, pérdida de la patria potestad y de los derechos políticos, por tiempo igual al que se le fija como pena corporal y al resarcimiento de los daños y perjuicios causados con la infracción.

Por no haber sido apelada esa sentencia, se consultó con el Tribunal, que resolvió el grado de jurisdicción en la providencia que ahora se revisa y en la cual dice:

"*Del cuerpo del delito.* De los hechos y las pruebas mencionados en los párrafos anteriores, claro resulta que Simón Parra Zuleta era funcionario o empleado público al servicio del Municipio de Medellín. También resulta claro que, como cajero general, División de Tesorería y Finanzas, del Departamento de Valorización de la citada entidad municipal, estaba encargado de recaudar, pagar y guardar los dineros públicos. También resulta claro que dicho señor, con el claro propósito de lucrarse, se apropió la suma de dinero ya mencionada, perteneciente al erario público y en su propio provecho, al ejecutar actos de señor y dueño sobre esos bienes. Quiere decir lo anterior, como se dijo ya en el auto de proceder, que el cuerpo del delito de 'del peculado', previsto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, está plenamente comprobado en los autos.

"*De la responsabilidad penal.* El procesado era un hombre de larga trayectoria administrativa. Sabía plenamente que los fondos que se apropiaba pertenecían al erario público municipal. Sabía que estaba encargado de recaudarlos, pagarlos y guardarlos. Conocía enteramente los deberes de todo cajero. Pese a todo lo anterior consciente y voluntariamente, para satisfacer su avidez de dinero, se apropió la cantidad ya dicha. Esto significa que el acusado incumplió sus deberes oficiales en forma intencional y por ello es responsable penalmente por los hechos ejecutados. En el proceso no existe, comprobada ni sugerida ninguna de las causales eximentes de responsabilidad.

"Acorde con lo anterior, la Sala concluye que, en el proceso se encuentran cabalmente reunidos todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria y por tanto, la providencia revisada por consulta se confirmará con las reformas, adiciones y aclaraciones que luego se indicará".

Al hacer la individualización de la pena, el ad quem advierte que, por no haber hecho el procesado devolución de lo apropiado o de su valor, no tiene derecho a las reducciones previstas en el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 y que por ser crecida la cuantía del peculado, es necesario aumentar la pena impuesta por el inferior, lo que hace fijándola en cinco años de presidio.

Además, como ya se dijo, modificó la sentencia consultada revocando la pena accesoria de pérdida de los derechos políticos, a que había sido condenado Parra Zuleta por el Júez, e imponiéndole la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

La confirma en lo demás.

Demanda de casación.

Dos cargos hace a la sentencia recurrida, ambos en el marco de la causal 4ª de casación.

Primer cargo. Considera el recurrente que "se quebrantó por el sentenciador el artículo 26 de la Carta, porque no se observaron de fondo lo que se denominan 'formas propias de cada juicio' y porque se quebrantó, con mengua de los ordenamientos del Código de Procedimiento Penal, el derecho de defensa del acusado".

Hace consistir, en síntesis, la acusación en que el procesado Simón Parra Zuleta no fue so-

metido a examen de peritos médicos ni se establecieron sus antecedentes psicopáticos, para determinar su estado mental, que el demandante considera anómalo, con base en la conducta y actitudes generales del inculpado, especialmente en su afán de favorecer a toda clase de personas, por medio de préstamos.

Transcribe, a este fin, parte de la declaración de Francisco Restrepo Restrepo, precisamente la que se deja consignada en párrafos anteriores de esta providencia y concluye diciendo que se omitió dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

"Haberse omitido, dice, la prueba comentada, dejó incompleto el sumario, alterándose las formas propias del juicio, pues no es lo mismo la imputabilidad y responsabilidad de la persona normal, identificada física y psíquicamente con su conducta como una actividad consciente, que el obrar anómalo en la violación de la ley, en el que no puede hablarse moralmente de imputabilidad y la responsabilidad se exige a título distinto, como medio de defensa social, acarreando la conducta moral, no penas, sino medidas de seguridad, porque de las personas de que trata el artículo 29 del Código Penal no puede predicarse, cuando hay violación de la ley penal, un delito, propiamente dicho, sino un hecho dañoso, extraño a los conceptos de dolo y culpa, elementos subjetivos de la 'responsabilidad' ".

Segundo cargo. También, como se ha dicho, se formula con respaldo en la causal 4ª de casación, esto es, por considerar el demandante que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Esta segunda acusación la fundamenta en que, según él, se violó el artículo 26 de la Constitución Política al no observarse, por el juzgado de primera instancia, lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 1358 de 1964, sustitutivo de los artículos 496 a 471 del Código Penal anterior.

Hace consistir la omisión de lo estatuido en la norma que se acaba de citar, en que el defensor del procesado, si bien concurrió a la audiencia pública, no alegó en ella en defensa de éste, sino que se limitó a interrogarlo y luego, al cabo de dos días de verificada tal diligencia, presentó un escrito.

"El Código de Procedimiento Penal, expresa el demandante en este punto, reglamenta con toda claridad el acto de la audiencia pública y de las disposiciones pertinentes resulta claro que el defensor debe formular su alegato dentro del curso mismo de la audiencia, es decir, antes de que esta diligencia se cierre, pero no autoriza el alegato extemporáneo porque en parte alguna hay un término posterior para el cumplimiento de ese deber. La audiencia es para oir a las partes, principalmente el defensor, deben hacer las correspondientes alegaciones".

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado Penal pide que se deseche el recurso y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Rebate, en la forma que se resume a continuación los cargos hechos por el demandante a la sentencia recurrida:

Respecto al primero argumenta diciendo que no aparece, fuera de la declaración del testigo atrás mencionado, prueba alguna que permita deducir la existencia de una anomalía psíquica en el procesado, y por lo tanto, no disponer un examen médico del mismo con el propósito de establecer la existencia o no de alteraciones de su personalidad, no constituye violación de la norma que cita el demandante ni falla del proceso, ya que los juzgadores, al no haber observado indicios suficientes de esa alteración, no tenían por qué ordenar la prueba que éste echa de menos.

Al segundo opone la consideración de que lo que la ley exige, en la norma que para sustentar este cargo transcribe la demanda, es que el defensor concurra a la audiencia pública y que presente oportunamente sus argumentos para que sean tenidos en cuenta por el sentenciador.

Eso fue lo que ocurrió, agrega, en el presente caso, pues el alegato de la defensa llegó oportunamente a manos del Juez quien lo examinó, con lo cual fueron llenados los fines de la norma que se menciona.

Consideraciones de la Corte.

Se va a referir la Sala, por separado, a los cargos hechos en la demanda a la sentencia recurrida.

Primer cargo.

La orden de examinar, por peritos médicos, a un sindicado, está sujeta al requisito que el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal (Art. 374 del anterior) establece claramente cuando dice que "tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halle en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de

embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenarán su examen por los peritos médicos".

Es decir, se necesita, para disponer tal examen, que haya un notorio estado de alteración de la personalidad, que pueda ser descubierto a simple vista por el investigador o por el juez, a quienes no se obliga a tener conocimientos profundos de psicopatología o psiquiatría, para que deban proceder a un examen distinto del simplemente ocular del procesado a fin de ver si presenta tales síntomas.

En el caso de autos, basta revisar el expediente para darse cuenta de que el procesado Parra Zuleta no tenía esa apariencia anormal ni observaba esa conducta anómala que hubieran justificado su envío a los peritos médicos y resulta arriesgado pretender que se tome como indicio de una perturbación grave en su personalidad, el hecho de que prestara dineros para acabar con el agio en la Oficina de Valorización del Municipio de Medellín, pues no lo hacía en forma gratuita, sino con un interés que no puede calificarse propiamente de bajo.

Esta no es una conducta anormal y los cambios que el declarante Restrepo Restrepo dice haber observado en la personalidad del procesado a raíz de que lo favoreció la buena suerte con un jugoso premio de lotería, tampoco pueden tenerse como señales de perturbación mental o de carácter pues son apenas los que corresponden a quien se encuentra en circunstancias semejantes.

No existía, entonces, base alguna para decretar el examen médico del procesado y la omisión de tal providencia no puede considerarse como violatoria del artículo 26 de la Constitución Política ya que no se dejó de llenar una forma necesaria del juicio ni se conculcaron los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

Por lo tanto no prospera este cargo.

Segundo cargo.

Es verdad que, de acuerdo con la norma atrás citada (artículo 12 del Decreto 1358 de 1964) a la audiencia pública debe concurrir el defensor del procesado y a él se le confiere, en último término, el derecho a hacer uso de la palabra.

Así mismo se establece en esa disposición que "las partes deberán presentar, al finalizar la audiencia sin intervención del jurado, resumen escrito de sus alegaciones".

Y puede agregarse que, según el obvio espíritu de esa norma la intervención del defensor debe hacerse para alegar en favor de su defendido.

Pero si se tiene en cuenta que en las audiencias sin intervención del jurado, no se toma una decisión sobre su responsabilidad, como sí sucede en aquéllas en que participan los jueces del pueblo, que deciden sobre esa responsabilidad por medio de un veredicto, pronunciado en la misma audiencia pública, se llega a la conclusión de que no alegar, en las primeras, mientras dura tal acto sino con posterioridad al mismo pero antes de que se dicte la sentencia y en forma que las razones de la defensa alcancen a ser consideradas por el juez, constituye, ciertamente, una irregularidad en el proceso, pero no propiamente una nulidad.

No es una de carácter procesal, porque no está considerada así por la norma que señala, de modo taxativo, tales nulidades.

Y no tiene aspecto de nulidad constitucional esa omisión porque, en las precisas circunstancias que se dejan anotadas, no puede decirse que quedara el procesado sin defensa o que se hubiera omitido una de las formalidades esenciales del juicio.

Nulidad constitucional habría si el defensor no presentara su alegato antes de la sentencia o lo hiciera en cualquier otra forma que no permitiera la consideración, por el juez, de sus razones en favor del procesado.

Tampoco prospera, en consecuencia, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación a que se contrae la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ

Competencia propia u originaria y derivada o delegada. — Origina nulidad el hecho de comisionar para que se tomen ciertas decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia u originaria, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 3.

Vistos:

Mediante escrito presentado el 18 de mayo de 1972 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Rafael Rocha Riaño, obrando en su propio nombre, formuló denuncia contra el Juez 19 Civil del Circuito de la misma ciudad, doctor Carlos Reyes Rodríguez, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad (Fls. 1 a 5).

Repartido el asunto en la corporación, el Magistrado sustanciador dispuso, por auto de 26 del referido mes, que el denunciante ratificara bajo juramento su acusación (Fl. 6), acto que se cumplió el mismo día (Fls. 6 y 7).

En providencia de 2 de junio siguiente, el Magistrado ponente resolvió iniciar, con fundamento en la denuncia ameritada, la investigación penal del caso y ordenó varias pruebas, para cuya práctica comisionó al juez de instrucción que designara el Director de la Seccional correspondiente (Fl. 8).

La comisión le fue confiada al Juzgado 28 de Instrucción Criminal, el que dispuso darle cumplimiento dentro del término señalado al efecto, según auto de 5 de julio de 1972 (Fls. 9 y 10).

Dos días después el doctor Rafael Rocha Riaño, actuando en nombre propio, presentó al Juzgado 28 de Instrucción la demanda de constitución de parte civil cuya copia obra a folios 11 a 14, demanda que fue admitida por el Juzgado mediante auto de 10 de los mes y año citados, en el que se resolvió, consecuencialmente, "tener al doctor Rafael Rocha Riaño como parte civil en el presente proceso" (Fl. 15).

Adelantado el sumario, el doctor Rocha Riaño, invocando su "carácter de parte civil legalmente constituida", solicitó al tribunal de primera instancia, en escrito presentado al parecer el 10 de julio de 1972, que decretara la detención preventiva del doctor Carlos Reyes Rodríguez, por los delitos denunciados (Fls. 99 a 112).

Dicha petición fue resuelta negativamente, por auto de 10 de octubre del mismo año, con salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala de decisión (Fls. 114 y ss.).

Contra esa providencia interpuso el doctor Rocha Riaño, "como parte civil legalmente constituida", el recurso de apelación, que le fue concedido en el efecto devolutivo para ante esta Sala de la Corte en proveído de 27 de octubre de 1972 (Fls. 136 y 137).

En esta instancia se ordenó fijar el negocio en lista por el término de cinco días y correr luego traslado del mismo al Ministerio Público por igual término, para los fines señalados en el artículo 566 del Decreto 409 de 1971.

Oportunamente presentaron alegaciones el apoderado del sindicado doctor Reyes Rodríguez y el doctor Rafael Rocha Riaño, abonando cada uno de ellos razones en apoyo de sus encontradas pretensiones. También en tiempo emitió concepto el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

El colaborador fiscal manifiesta que se abstiene de opinar de fondo sobre el mérito de la

decisión impugnada, por cuanto se observa "que el auto que admitió la demanda de constitución de parte civil y dio personería al recurrente adolece de nulidad legal por incompetencia de jurisdicción del juez que lo profirió", ya que la competencia para tomar decisiones de esta naturaleza corresponde de modo privativo al respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial, como juez de primera instancia en procesos adelantados contra funcionarios de la Rama Jurisdiccional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Agrega que "el funcionario comisionado limita su actividad a los términos precisos en que está concebida la comisión, la que por ministerio de la ley se circunscribe a la práctica de 'diligencias instructivas', pero es incompetente para pronunciarse en cuestiones de fondo de la incumbencia del juez comitente". Cita en apoyo de su tesis dos providencias de la Corte, a las que se aludirá más adelante, y concluye con la solicitud de que se declare "nulo el auto que admitió la demanda de parte civil y reconoció personería al recurrente, por incompetencia de jurisdicción, para que se proceda conforme a derecho".

Se considera:

1º Es doctrina de esta Sala de la Corte, expuesta con reiteración, que las providencias que se dicten para abrir proceso penal, impulsarlo, resolver en él incidentes y decidirlo de fondo, que comportan incuestionablemente ejercicio de la jurisdicción, tienen que ser pronunciadas por el funcionario de instrucción o por el juez (singular o colegiado) a quien la ley, por modo directo, le haya dado atribución para ello, sin que sea dable la delegación de competencia, a través de la comisión, por estar ésta restringida por la ley a la simple práctica de diligencias, entre las cuales no pueden incluirse las resoluciones judiciales.

Así, en auto de 7 de noviembre de 1972, del que fue ponente el mismo Magistrado a quien correspondió el presente negocio, se dijo en algunos de sus apartes:

"En los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito, entre los cuales está, como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad, el Magistrado sustanciador puede 'comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro o fuera de su distrito' (Art. 49, inciso 2º del C. de P. P.). Pero este poder de delegación es limitado a actuaciones concretas y determinadas de instrucción, tales como la recepción de declaraciones (de testigos o del procesado), la realización de careos, la práctica de una inspección judicial, etc., que hayan sido previamente decretadas por el comitente y que no entrañen una decisión de contenido jurisdiccional, verbi gracia, la apertura del proceso o la negativa de la misma, la resolución sobre detención o libertad del sindicado, la admisión o rechazo de la demanda de constitución de parte civil, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y de modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho.

"La costumbre de algunos Magistrados de Tribunal de comisionar a los jueces para que decidan sobre la iniciación del sumario en asuntos de la competencia de la corporación; para que reciban indagatoria al imputado, si a su juicio existe mérito para ello; para resolver la situación jurídica del inculpado, y, en general, para que ejecuten sin discriminación, bajo una cláusula general de comisión, la serie de actos que integran la primera fase del proceso penal, es contraria a la ley, que sólo permite una delegación restrictiva, y reclama la censura de la Corte".

Y en punto concreto de la admisión de parte civil, en materias de competencia de Tribunal Superior de Distrito, expresó esta Sala en auto de 29 de mayo de 1971, con ponencia del honorable Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, lo que a continuación se reproduce:

"Porque la facultad de resolver sobre la admisión de parte civil es de aquellas que la Corte llamó en el auto recurrido, una manifestación primaria de la potestad estatal de administrar justicia, y no puede, por lo tanto, ser delegada.

"En el caso de autos, el Tribunal Superior de Barranquilla aprehendió, desde un principio, el conocimiento del proceso, dictando el auto cabeza del mismo y luego comisionó a un juez de instrucción para la práctica de las diligencias allí ordenadas.

"La competencia de este último, no es, por lo tanto, primaria, es decir, no proviene directamente de la ley, sino delegada, o sea, transmitida por aquel que ha sido señalado en ésta para juzgar en el fondo, en este caso, el Tribunal Superior de Barranquilla. Es, entonces, a éste al que corresponde, en forma exclusiva, decidir sobre si se admite o no la parte civil, sin que pueda desprenderse de esa potestad para que la ejerza, por comisión, otro funcionario".

"El funcionario comisionado no podía adquirir competencia para resolver sobre la admisión de la parte civil y al pronunciarse al respecto incurrió en nulidad por incompetencia de la jurisdicción".

Las dos providencias citadas las recuerda el Procurador Delegado y las reproduce parcialmente en su vista.

2º *En los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de sus Salas Penales, entre los cuales se encuentran los procesos que se sigan a los jueces por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (Art. 33, Num. 2, del C. de P. P.), "el Magistrado sustanciador será el funcionario de instrucción", y es a él a quien compete iniciar el sumario, mediante el correspondiente "auto cabeza de proceso", cuando la decisión sea procedente, y disponer si adelanta la investigación directamente o por medio de comisionado, es decir, si las pruebas que decreta las practica por sí o por conducto de funcionario delegado al efecto (Art. 52 del C. de P. P.). Pero el encargo para dicho fin no puede conferir, expresa o tácitamente, bajo ninguna circunstancia, facultad al comisionado para adoptar decisiones dirigidas a darle impulso o trámite al proceso, ni mucho menos para resolver cuestiones de interés para la justicia o para las partes, pues las primeras conciernen al Magistrado sustanciador, que es, se repite, el funcionario de instrucción, y las segundas a la Sala de decisión, a términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, que en su primer inciso establece:*

Artículo 174. "Resoluciones de juez colegiado. Quién las dicta. Los autos de sustanciación serán dictados por el Magistrado ponente, tanto en la Corte Suprema como en los Tribunales Superiores; las sentencias y los autos interlocutorios serán pronunciados por la Sala Penal en la Corte y por la Sala de decisión en los Tribunales".

El precepto copiado reafirma la tesis de que el funcionario comisionado por el Magistrado sustanciador para practicar diligencias no tiene capacidad decisoria, esto es, carece de competencia para dictar resoluciones en el proceso que se le haya confiado para aquel fin específico.

3º Fluye con certitud de lo expuesto que el Juez 28 de Instrucción Criminal, al proferir, motu propio, el auto de 10 de junio de 1972, atrás precisado, obró sin competencia, la que usurpó a la Sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, como que el auto que admite o rechaza la demanda de constitución de parte civil es de carácter interlocutorio, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 169, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal, y sólo puede pronunciarlo, en procesos de que conozca un Tribunal Superior, la Sala correspondiente.

4º Cierto es que la demanda de constitución de parte civil se puede presentar en cualquier estado del proceso, antes de que éste se haya entrado a despacho del juez o magistrado para sentencia de segunda instancia (Art. 126 del C. de P. P.). Por consiguiente, en el presente caso, el doctor Rafael Rocha Riaño *estaba facultado para intentar la constitución de parte civil en la oportunidad en que lo hizo. Mas ello no quiere decir que la petición deba ser resuelta necesariamente por el funcionario que a cualquier título tenga el negocio al tiempo de la presentación del libelo, verbi gracia, el comisionado para diligencias, por cuanto se trata de una decisión jurisdiccional trascendente, que únicamente puede ser adoptada por quien tenga competencia legal, por quien "conoce del proceso", como dice el artículo 130 del estatuto procesal, circunstancia que no concurre en el funcionario delegado para realizar meras diligencias. Si quien recibe el escrito de demanda no es, por ley, el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento, sino un juez comisionado para el aporte de pruebas, como aquí sucedió, se debe dar cuenta al comitente para que se pronuncie por quien tenga aptitud (la Sala de decisión, en asuntos de competencia del Tribunal Superior) la providencia de admisión o rechazo de la demanda.*

5º A mayor abundamiento, importa observar que los jueces de instrucción criminal, al igual que los demás funcionarios de instrucción que enumera el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal, tienen competencia propia u originaria, no derivada o delegada, para "iniciar y proseguir la instrucción" de determinados procesos penales (Arts. 55 y 56, ibídem). En tal virtud pueden y deben practicar pruebas y dictar las resoluciones propias del sumario, tales como las que vinculan a una persona al proceso como sindicado, resuelven la situación jurídica del imputado, deciden sobre la demanda de constitución de parte civil, conceden o niegan la libertad provisional, etc. Pero esa competencia amplia para la formación del sumario se restringe cuando se obra por comisión, ya que ésta no puede comprender materia distinta de la práctica de diligencias (Art. 49 del C. de P. P.); y toda actuación del comisionado, por fuera de los límites del encargo, queda viciada de nulidad,

por "incompetencia del juez", de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal, y 210 del Código de Procedimiento Penal.

6º En armonía con lo dicho, se declarará la nulidad del auto que admitió la demanda de parte civil en el presente proceso. Consecuencialmente, se infirmará la providencia que concedió el recurso de apelación que motiva en esta ocasión la intervención de la Corte, ya que no fue interpuesto por parte legalmente constituida; y se ordenará devolver las diligencias al Tribunal de origen, para que decida acerca de la demanda de constitución de parte civil que formuló el doctor Rafael Rocha Riaño (Fls. 11 a 14) y para que adopte las demás resoluciones que sean pertinentes.

Decisión.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *decreta la nulidad* del auto de fecha 10 de junio de 1972 del Juzgado 28 de Instrucción Criminal (Fl. 15 de las copias), por el cual se admitió la demanda de que se hace mención en la parte motiva; *invalida* el auto de 27 de octubre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se concedió el recurso de apelación que motiva la presente providencia, y *ordena* devolver las diligencias a dicha corporación, para que proceda con arreglo a lo dicho en la parte expositiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REHABILITACION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

No siempre debe imponerse al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello sería tanto como darle a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene. — Cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas y se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, sin que sea necesario ningún pronunciamiento judicial.

Corte Sùprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 5 de 15 de febrero/73.

Vistos:

En providencia del 13 de junio de 1972, y con la disidencia de uno de los Magistrados integrantes de la Sala, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja se declaró inhibido "para resolver en torno a la rehabilitación impetrada por el señor Evandro Soto Rodríguez", teniendo en cuenta consideraciones que se extractarán adelante.

La decisión fue apelada por el Fiscal Primero del Tribunal y por el solicitante.

En esta corporación se han cumplido los trámites de rigor para resolver sobre el mérito de la providencia recurrida, sin que el interesado directo se hubiera hecho presente. Empero, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado, conceptúa que se debe revocar la decisión y en su lugar resolver la petición de rehabilitación de los derechos y funciones públicas formulada por Evandro Soto Rodríguez.

Consta de los documentos con que el interesado acompañó su demanda, dirigida al Tribunal, que fue condenado por el Juez Penal del Circuito de Moniquirá a la pena principal de treinta y dos meses de prisión por el delito de robo, y a las accesorias correspondientes, particularmente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal. El fallo condenatorio, que tiene fecha 26 de enero de 1962, fue apelado y el Tribunal, el 21 de marzo de ese año, elevó la sanción a cuarenta y ocho meses de prisión, confirmando la pena interdictiva. El sentenciado estuvo preso desde el 20 de junio de 1961 hasta el 12 de marzo de 1964, en que se le libertó condicionalmente. De todo lo cual deduce el auto recurrido:

"Desde la fecha últimamente anotada hasta cuando presentó el memorial que contiene la solicitud de rehabilitación (abril 11 de 1972), corrieron seis años, nueve meses y veintiún días, o sea un término muy superior a aquél en que estuvo vigente la suspensión del ejercicio de derechos y funciones públicas decretada en los fallos".

Agrega que como la interdicción tiene la calidad de pena accesoria, deja de regir, de acuerdo con el artículo 97 del Código Penal, en cuanto se venza el período señalado en la sentencia: "en otros términos, corridos los cuatro años en que debía tener vigor la suspensión decretada como pena accesoria, no podía ni puede el sentenciado Soto Rodríguez aspirar a la rehabilitación de lo que ya posee y que, por lo mismo, no le hace falta".

Concluye el auto diciendo que cuando la interdicción no es perpetua sino temporal, la rehabilitación opera automáticamente, esto es, sin necesidad de providencia judicial que así lo reconozca.

Opinión opuesta a la anterior es la del Magistrado disidente, quien, con acopio de importan-

tes conceptos de personas que han escrito sobre la materia, dice que la rehabilitación es un derecho que debe ser solicitado por el condenado dentro de los términos y bajo las condiciones establecidas en los artículos 14 de la Constitución, 113 del Código Penal y 707 y siguientes del estatuto de procedimiento. El salvamento de voto expresa:

"De las normas transcritas se observa que uno de los presupuestos que la ley exige para que se otorgue la rehabilitación es que el condenado haya observado una conducta que haga presumir su reforma; y para tal efecto le exige, conforme al artículo 709 del Código de Procedimiento Penal, dos declaraciones de personas reconocidamente honorables, sobre la conducta observada después de la condena; un certificado del Consejo de Patronato o de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada; y un certificado del registro penal.

"¿Cómo puede, pues, saber la Rama Jurisdiccional si el condenado se ha readaptado socialmente mediante la observancia de una conducta buena, si no es precisamente con las pruebas de que habla el artículo últimamente citado? Porque considera el suscrito Magistrado que no por el solo transcurso del tiempo puede presumirse la readaptación social del condenado, para que pueda operar en forma automática su rehabilitación".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal fija el criterio del Ministerio Público y de su vista destaca la Sala estas razones:

"6ª Es pertinente recordar que el artículo 678 del Código de Procedimiento Penal dispone que 'los jueces y magistrados que dicten *sentencias en las cuales se decrete la interdicción de derechos y funciones públicas*, estarán obligados a *remitir* a las divisiones de identificación y electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, *sendas copias de la parte resolutiva de la sentencia ejecutoriada* a fin de que *se cancelen* las respectivas cédulas, se den de baja en los censos, y se dé aviso al Registrador que corresponda para la anotación en la tarjeta alfabética. Junto con la copia de que trata este artículo, se remitirá a la división de identificación la cédula de ciudadanía, si la tuviere, y una tarjeta decadactilar del condenado, a menos que se trate de reo ausente'. Y el artículo 710 de la misma obra ordena que 'la providencia que concede la rehabilitación de derechos y funciones públicas, se comunicará a las mismas entidades a quienes se comunicó la sentencia y, especialmente, al Alcalde del domicilio del rehabilitado y a los registradores municipales, departamental y nacional del Estado Civil, para que haga las anotaciones del caso'.

"En consecuencia, tanto para la interdicción de derechos y funciones públicas como para la rehabilitación, es necesario un pronunciamiento judicial, porque las disposiciones legales transcritas muy claramente exigen —en uno u otro evento— presentar a la Registraduría Nacional del Estado Civil copias de las providencias dictadas.

"7ª En nuestra legislación no opera la rehabilitación de derecho, incondicional, por cuanto se exige comprobación de ciertos requisitos.

"Se dirá entonces que no existe diferencia en cuanto a la rehabilitación cuando la pérdida de derechos y funciones públicas se ha impuesto en forma absoluta y cuando apenas se deduce la pérdida temporal de los mismos. A ello se responde que una cosa es la graduación de la pena en su calidad y cantidad o duración, de acuerdo con las modalidades del delito y la personalidad de su autor, y otra la situación prevista por la ley para la restitución de ciertos derechos. Es evidente que el legislador puede exigir para la rehabilitación por la pérdida absoluta del ejercicio de derechos y funciones públicas, requisitos más rigurosos que cuando la medida es apenas temporal.

"En consecuencia, la rehabilitación por 'la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, provenientes de una condena' es operante en todos los casos por la vía judicial, como medio único establecido por nuestra legislación".

Considera la Corte.

1. *La pena de interdicción de derechos y funciones públicas, principal o accesoria, de que se ocupan varias disposiciones legales, particularmente el artículo 113 del Código Penal, tiene en cuanto a su duración y a las condiciones para ponerle fin, un doble sentido: el de la pérdida de tales atributos ciudadanos, y el de la simple suspensión de los mismos, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución. Cuando se pierden, o cuando se establece la pena como perpetua, según el artículo 45 del Código Penal, el condenado debe pedir la rehabilitación al Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia de primera instancia, por mandato expreso del artículo 707 del estatuto procesal, acompañando los medios demostra-*

tivos de las condiciones a que se refiere el artículo 709 de la obra últimamente citada.

2. *Pero cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas, tal como los puntualiza el artículo 56 del Código Penal, hay que distinguir:*

a) Si se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, a tono con el fallo, como que transcurrido el término interdictivo señalado en éste, no podría extenderse la inhabilidad a un tiempo mayor. Si se exigiera también en este caso la rehabilitación judicial, la duración de esa medida, en la práctica, no resultaría temporal sino indefinida, exceso no autorizado en la ley;

b) Si no se ha satisfecho el plazo de la interdicción, el sancionado tiene derecho de pedir igualmente su rehabilitación, exactamente igual a como sucede cuando ha perdido la ciudadanía, y esto en cuanto hayan transcurrido por lo menos cuatro años a partir de la ejecutoria de la sentencia, según el artículo 113 del Código Penal, si, de otra parte, cumple las condiciones establecidas y las demuestra en la forma de que trata el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal.

3. No puede imponerse en todas las circunstancias al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello sería tanto como darle a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene. De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal, el condenado puede pedir que se le rehabilite siempre que haya observado buena conducta y que hayan transcurrido cuatro años a partir del día en que haya cumplido la pena principal o a partir del día de la ejecutoria del fallo condenatorio, según el caso. Pero esto no es un deber, sino una facultad que puede ejercitarse mientras no se haya cumplido totalmente la sanción.

4. De acuerdo con el artículo 665 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que conoció del proceso en primera o única instancia. Si este funcionario está obligado a comunicar a las autoridades respectivas la decisión final para que se cumplan las penas, también tiene el deber de impartir las instrucciones para que tales dependencias administrativas cancelen los registros o tomen las medidas conducentes al restablecimiento decretado. Tratándose de derechos y funciones públicas, es el juez indicado quien debe tener en cuenta si el sentenciado cumplió el tiempo de la condena accesoria a fin de declarar que se encuentra nuevamente en el ejercicio de la capacidad suspendida, y, como efecto inmediato, dirigirse a las mismas personas a quienes se comunicó la sentencia.

5. En armonía con lo expuesto, se confirmará el fallo recurrido y se devolverá el expediente a fin de que el Tribunal lo envíe al juez competente para que proceda en la forma como se indica anteriormente.

Decisión.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el auto recurrido y ordena devolver las diligencias para que el juez que pronunció el fallo de primera instancia proceda de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en relación con la solicitud elevada por Evandro Soto Rodríguez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

CASACION. CAUSALES 1ª Y 4ª

Cuando los cuestionarios, en los consejos de guerra verbales, son trasunto fiel de la actuación procesal y los jurados afirman la responsabilidad del acusado, sin modificación respecto del título de la imputación, no puede discutirse acerca de los hechos ni de su proyección jurídica, al margen del veredicto que cerró la controversia sobre pruebas. — En los juicios con intervención del jurado no es procedente proponer en casación, violación indirecta de la ley sustancial ni tampoco pretender la declaratoria de nulidad, sosteniendo haberse incurrido en un posible yerro en el cuestionario, motivado en el error de hecho o derecho en la apreciación de determinada prueba, pues ello equivaldría a una desviación inadmisible de la causal 1ª hacia la 4ª.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 5.

Vistos:

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Alfredo García García y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha 5 de junio de 1972, por medio de la cual se confirmó la proferida en 30 de noviembre anterior por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra reunido en las dependencias del Batallón "Brigadier General Charry Solano" de la ciudad de Bogotá, en la que se impuso al acusado, con base en el veredicto de los vocales, la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Felipe Revelo.

Antecedentes:

Los hechos que motivaron el proceso los resume la providencia impugnada, con apoyo en los testimonios de Alirio Silva, Miller Arias Ramírez, David Bello Casallas, Luis Enrique Camargo y Jorge Tulio Cárdenas Suárez, de la manera que pasa a transcribirse:

"En el Corregimiento de San Antonio de Anaconia, comprendido en el Municipio de Neiva, en la noche del 13 de enero de 1967, los Sargentos Segundos del Ejército Luis Alfredo García García y Jorge Tulio Cárdenas Suárez llegaron al establecimiento del señor Alirio Silva y se dedicaron a jugar dinero con naipe y a ingerir licor. Por razón del juego y quizás por los efectos del alcohol se suscitó una molestia entre los suboficiales en referencia, en la cual el primero, pronunció palabras ofensivas contra su colega e inclusive hizo un disparo hacia el techo de la edificación, según las afirmaciones del dueño del establecimiento, y del señor Miller Arias Ramírez. El Sargento Cárdenas optó por retirarse del lugar y se fue para el alojamiento de la Compañía Leopardo y se quejó ante el Teniente Mario Díaz Berrío, Comandante de la Unidad Fundamental, de los improperios de que había sido víctima por parte del Sargento García García, luego se acostó, mientras tanto el Teniente Díaz Berrío fue a buscar al Sargento García García y le ordenó que se fuera para el alojamiento, al llegar a éste, García García se dirigió hacia la cama del Sargento Cárdenas Suárez y volvió a injuriarlo y a desafiarlo por lo cual tuvo que intervenir el Sargento Viceprimero Luis Enrique Camargo, quien les llamó la atención tanto a García como a Cárdenas,

ambos obedecieron; García se recogió en su cama. Al amanecer del día 14 de agosto, Cárdenas y García se levantaron; el primero se dirigió al baño y el segundo al sanitario; hubo cruce de palabras ofensivas; Cárdenas iba acompañado del Sargento Carlos Revelo; García disparó a Cárdenas y erró en el golpe, pues en lugar de hacer impacto en éste, el proyectil lo hizo en el infortunado Sargento Carlos Felipe Revelo" (Fls. 369 y ss.).

Adelantada la correspondiente investigación, se celebró en debida forma el 22 de noviembre de 1971, en el Batallón "Brigadier General Charry Solano", el Consejo de Guerra Verbal para juzgar la conducta del inculpado, y a la consideración de los vocales que lo integraron se sometió el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Luis Alfredo García García, Sargento Segundo del Ejército Nacional en servicio activo, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, es responsable sí o no, de haber ocasionado la muerte del Sargento Segundo Carlos Felipe Revelo, mediante un disparo de arma de fuego (revólver), con el propósito de matar, cuando dirigía su acción contra el Sub-Oficial Jorge Cárdenas Suárez, no produciéndose el hecho por error, en acontecimientos sucedidos, fuera del servicio, el 14 de enero de 1967 en el Corregimiento de San Antonio de Anaconia, Municipio de Neiva?" (Fl. 322).

La respuesta de los jueces de conciencia fue:

"Sí es responsable por unanimidad" (Fl. 322).

Con fundamento en el veredicto, la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra dictó sentencia el 30 del citado mes, y en ella condenó al procesado Luis Alfredo García García a la pena principal de ocho años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, como también al pago de los perjuicios (Fls. 331 a 339).

El fallo de primera instancia fue apelado, y el Tribunal Superior Militar lo confirmó en el suyo de cinco de junio de 1972 (Fls. 379 a 399).

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron el procesado y su defensor el recurso de casación, que les fue concedido y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 21 de agosto último.

La demanda de casación:

En escrito ajustado en su forma a las exigencias legales, el defensor del sentenciado invoca la causal de casación establecida en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, alegando a su amparo que el fallo recurrido se dictó en juicio viciado de nulidad, por incorrecta elaboración del cuestionario que se sometió a la consideración del jurado, motivo de nulidad previsto en el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Para fundamentar el cargo expresa el actor, en síntesis, que de acuerdo con la prueba válidamente recaudada, la que analiza con su personal criterio, aun aceptando que el Sargento García García hubiera sido el autor del disparo que causó la muerte del Sub-Oficial Carlos Felipe Revelo, lo que pone en duda con cita del dictamen pericial de la necropsia, no existió por parte de aquél intención de matar, sino "imprudencia y descuido", por lo cual el hecho materia del proceso "solamente se le podría imputar a García a título de culpa", y como en el cuestionario se interrogó al jurado por un hecho ilícito intencional, se presenta una de las causales de nulidad previstas en el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, pues hubo error en la proposición de la pregunta, que ha debido referirse a un hecho culposo.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en vista que antecede, condensa los hechos, resume la actuación procesal y el contenido de la demanda de casación, cita las pruebas que acreditan la intencionalidad del homicidio atribuido al procesado García, y concluye solicitando de la Corte que deseche el recurso de que se trata, por no estar demostrado el cargo postulado contra la sentencia.

Se considera:

1º El artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar dispone que el cuestionario, en los consejos de guerra, se formulará así:

"¿El acusado N. N., es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)?".

Y el artículo 576, ibídem, prescribe que en los consejos de guerra verbales se entregará a cada uno de los vocales, en el momento allí señalado, el cuestionario o cuestionarios sobre los cuales deban decidir, y que se redactarán como lo indica el artículo 559.

2º El artículo 441 del referido estatuto, en su ordinal 6º, contempla como causal de nulidad el "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código".

3º En el caso *sub judice* se preguntó a los vocales del Consejo de Guerra Verbal que juzgó al Sargento Luis Alfredo García García si éste era responsable, sí o no, "¿de haber ocasionado la muerte del Sargento Segundo Carlos Felipe Revelo, mediante un disparo de arma de fuego (revólver), con el propósito de matar, cuando dirigía su acción contra el Sub-Oficial Jorge Cárdenas Suárez, no produciéndose el hecho por error, en acontecimientos sucedidos, fuera del servicio, el 14 de enero de 1967 en el Corregimiento de San Antonio de Anaconia, Municipio de Neiva?". Concebido el cuestionario en los términos copiados, no puede ponerse en duda que en su forma se ciñó rigurosamente a las exigencias del artículo 559, en concordancia con el 576 del Código de Justicia Penal Militar, pues todos los requisitos fijados en la norma se cumplieron a plenitud.

4º *Por lo que toca al contenido del cuestionario, al aspecto sustancial del mismo, la pregunta se formuló a los jurados, como tema para decidir, con fundamento en la prueba producida en la investigación y que permitía plantear el debate sobre hechos constitutivos de un homicidio intencional. Y si el jurado, por unanimidad, afirmó la responsabilidad del acusado sin modificación respecto del título de la imputación, vale decir, si en conciencia llegó al convencimiento de que el homicidio atribuido al sindicado (Sargento García) era en realidad doloso y no culposo, desechando los argumentos que en la audiencia expuso el defensor pretendiendo demostrar lo contrario, no puede ya discutirse acerca de los hechos ni de su proyección jurídica, al margen del veredicto que cerró la controversia sobre las pruebas.*

5º *Si, como es sabido y lo reconoce el demandante, en los juicios en que interviene el jurado la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, es claro que no puede proponerse en casación la causal 1ª señalada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, alegando violación indirecta de la ley sustancial respecto de los hechos y de la responsabilidad del inculpado, decididos definitivamente por el jurado, pues si fuera dable continuar el examen sobre el valor de las pruebas referentes a esos dos asuntos, la sentencia no tendría su base inmediata en el veredicto, como lo ordena la ley, sino en la certeza formada en los elementos probatorios.*

6º *Por idéntica razón, tampoco puede impugnarse un fallo de la naturaleza del aquí recurrido a través de la causal 4ª de casación, cuando el motivo de la nulidad que se aduce se hace consistir en posible yerro cometido en el cuestionario, motivado en error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, pues ello equivaldría a una desviación inadmisible de la causal primera hacia la cuarta, pretendiendo por vía indirecta la revisión del contenido probatorio del proceso, lo que está vedado por la ley, que manda, como se dijo, hacer la sentencia de conformidad con el veredicto.*

7º *Frente a un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos, que es lo que en el fondo ha alegado el actor, no existe otro remedio que el de la declaración de contraevidencia, que está reservado, tanto en el Código de Procedimiento Penal (Arts. 565 y 567) como en el Código de Justicia Penal Militar (Arts. 565, 587 y 595), a los jueces de las instancias, por no estar estatuido como motivo de casación.*

8º Fluye de modo lo expuesto que la acusación propuesta por el demandante contra el fallo del *ad quem* carece de fundamento y no puede por lo tanto prosperar.

Fallo:

En consonancia con lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de junio de 1972 del Tribunal Superior Militar, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. CAUSAL 1ª

En los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial. — El homicidio que se comete para ejecutar otro delito o para ocultarlo, reviste una especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no subsume el delito fin o el que pretenda encubrir. En tales hipótesis no existe unidad de delito o delito complejo, sino un verdadero concurso material de infracciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 5.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes, sustentado por conducto de apoderado especial, contra la sentencia de 28 de abril de 1972 del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se confirmó la de 10 de enero del mismo año proferida por el Juzgado Tercero Superior de ese Distrito y en la cual se impuso al recurrente la pena principal de 21 años de presidio, como coautor de los delitos de homicidio y robo agravados, cometidos en la persona de María Elba Suárez Oquendo, el primero, y en perjuicio del doctor Guillermo Londoño Molina, el segundo.

Antecedentes:

En las horas de la tarde del 6 de julio de 1970, tres sujetos penetraron a la casa de habitación del doctor Guillermo Londoño Molina, situada en el Barrio Laureles de la ciudad de Medellín, y después de lesionar gravemente a la empleada del servicio doméstico María Elba Suárez, única persona que se hallaba presente y quien falleció al otro día a consecuencia de las heridas, se sustrajeron objetos por valor de $ 61.100.

Adelantada la investigación, fueron vinculados al proceso como sindicados varios individuos, entre ellos Jorge Luis Espinosa Jaimes, Hernán Javier Gómez Parra y Luis Carlos Restrepo, contra quienes dictó el Juzgado Tercero Superior de Medellín, el 20 de marzo de 1971, auto de proceder, formulándoles los cargos de homicidio en María Elba Suárez Oquendo, especificado como asesinato por las causales 2ª, 3ª y 5ª del artículo 363 del Código Penal, y robo en pérjuicio del doctor Guillermo Londoño Molina, agravado por la concurrencia de la causal 4ª del artículo 404 ibídem (Fls. 554 y ss).

El proveído enjuiciatorio no fue recurrido, y rituada en legal forma la causa se celebró entre los días 24 y 25 de noviembre del mismo año la audiencia pública, en la cual el jurado afirmó la responsabilidad de los acusados Espinosa Jaimes y Gómez Parra como partícipes, "en concurso de acción y voluntad", de los delitos que les fueron imputados en el auto procesatorio, y absolvió al procesado Restrepo "por insuficiencia de la prueba" (Fls. 640 y ss.).

Con fundamento en el veredicto, el juez del conocimiento condenó a cada uno de los procesados Jorge Luis Espinosa Jaimes y Hernán Javier Gómez Parra a la pena de 21 años de presidio, a la interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, a la pérdida de la patria potestad y a la indemnización de los perjuicios causados con las infracciones, y absolvió al inculpado Luis Carlos Restrepo, todo ello mediante sentencia de 10 de enero de 1972, la que fue confirmada por el *ad quem* en la suya de 28

de abril del mismo año (Fls. 679 y ss. y 725 y ss.).

Contra el fallo de segundo grado interpusieron los condenados el recurso de casación, que les fue concedido y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 5 de julio de 1972 (Fl. 2 del C. de la Corte). Pero sólo el procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes sustentó la impugnación, lo que hizo por escrito presentado por medio de apoderado especial, libelo que se declaró formalmente ajustado a las exigencias legales, según auto de 17 de octubre del mismo año (Fl. 26).

La demanda de casación:

El actor acusa la sentencia recurrida invocando la causal 1ª de casación, contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo postula contra aquélla tres cargos, que pueden compendiarse de la siguiente manera:

Primer cargo. Violación indirecta de las normas sustanciales con base en las cuales se sancionó al procesado recurrente, o sea de los artículos 363, 404 y 33 del Código Penal, indebida o erróneamente aplicados, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, reflejados en el veredicto del jurado, pues no existiendo —en sentir del demandante— prueba plena del propósito de matar en la acción que determinó la muerte de María Elba Suárez, ni de las circunstancias de asesinato, ni de la responsabilidad del acusado Espinosa Jaimes, éste ha debido ser absuelto, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

En desarrollo del cargo, el censor afirma, en primer término, que la Corte debe rectificar su jurisprudencia de que en los juicios en que interviene el jurado no es procedente el motivo de casación por violación indirecta de la ley sustancial, porque el Código de Procedimiento Penal no ha establecido esa limitación; porque si los Tribunales Superiores pueden declarar contraevidente el veredicto, también puede hacerlo la Corte en guarda de la integridad de la Constitución y de las leyes, a fin de que prevalezca la justicia; porque el veredicto notoriamente injusto puede ser desechado a través de la casación, sin contrariar la técnica de este recurso, por constituir error de hecho susceptible de infringir la ley penal sustancial; y, finalmente, porque las decisiones de los jueces de hecho tienen que ceñirse al régimen legal, y cuando lo violan deben ser corregidas por la Corte, a cuyo control no puede escapar ningún agravio a la justicia "so pretexto de incompetencias no establecidas expresamente por el legislador".

Tras las reflexiones que se dejan señaladas, el apoderado demandante critica la prueba aportada al proceso, indicando los que, en su concepto, constituyen errores de derecho en la estimación de algunos elementos de juicio, y errores de hecho en la apreciación de otros.

Hecho el análisis del recaudo probatorio, en forma que no es preciso detallar, oponiendo así su personal criterio a los de los juzgadores de las instancias, el actor concluye la fundamentación del primer cargo contra la sentencia en los términos que a continuación se copian:

"Los errores de hecho y de derecho antes anotados, tuvieron como consecuencia lógica, incidir en el veredicto del jurado, por cuanto lo dejó a éste sin bases de hecho y de derecho dentro del proceso, lo dejó vacío de la realidad probatoria que aparece de autos, realidad probatoria que son los verdaderos presupuestos que deben sustentar la veridicción, lo que ha hecho, junto con la falta de cuidado del jurado en el examen de los hechos a que estaba obligado, que el veredicto se haya constituido en un evidente error de hecho, como atrás lo expresé, perdiendo, por este motivo, todo mérito para demostrar la responsabilidad penal que se le imputa al joven Jorge Luis Espinosa Jaimes en la sentencia que recurro.

"Por las razones antes anotadas estimo que se han violado de manera directa las disposiciones procedimentales que atrás se señalaron, amén del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obre en el proceso, legalmente producidas la prueba plena y completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella, e indirectamente y por errónea aplicación los artículos 363, 33 y 404 del Código Penal, violaciones que influyeron en la parte resolutiva de la sentencia, primero en cuanto a la declaratoria de responsabilidad en los hechos materia de la investigación de Jorge Luis Espinosa Jaimes, y segundo en cuanto al aumento de la pena de quince a diecinueve años, con base en las circunstancias de los numerales 2º y 5º del artículo 363 de este mismo Código, ya que en el primer caso, esto es si no se hubieran violado las disposiciones anotadas por error de derecho en la apreciación de las pruebas, se le hubiera absuelto totalmente y en el segundo caso se le hubiera eximido de las agravantes aludidas.

"Con fundamento en este cargo solicito la casación total de la sentencia, o en subsidio que únicamente se dicte condena por robo, y por homicidio preterintencional, por falta de la plena prueba del propósito de matar".

Segundo cargo. Violación directa de la ley penal sustancial, "por interpretación errónea y aplicación indebida", por haberse responsabilizado al procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes por "concurso material de homicidio agravado en su denominación de asesinato y de robo".

Para sustentar este motivo de impugnación, dice el demandante que cuando el homicidio se comete para robar, toma la denominación de asesinato, de acuerdo con el artículo 363 del Código Penal, configurándose de ese modo una sola infracción de naturaleza compleja. "Por lo tanto —añade—, no es dable en casos de asesinato estructurado con el ilícito de robo imputar concurso alguno invocando el artículo 33 del Código Penal, como se hizo en la sentencia recurrida. Pues por ser el ilícito de robo, en este caso, elemento estructural del delito de asesinato, su penalidad cae dentro de la penalidad de esta última figura, que de por sí contiene una penalidad agravada, como antes lo he anotado. Penar por separado en caso como el presente el robo, sería igual a penar por separado el homicidio común. Esto de por sí solo demuestra el error de derecho que se comete al imputar el concurso material de delitos como se hizo en la sentencia. Además implica una violación del principio 'non bis in idem', ya que estando sancionado el robo como elemento de asesinato al tenor del artículo 363 del Código Penal, sancionarlo también al tenor del artículo 404 del mismo Código implica sancionarlo dos veces".

Termina el impugnador el segundo cargo contra la sentencia recurrida manifestando que al aceptarse en ella el concurso de los delitos de homicidio, en la categoría de asesinato, y de robo, se "incurrió en errónea interpretación y aplicación de los artículos 363, 404 y 33 del Código Penal, lo que lo indujo igualmente a incurrir en errónea casación de la pena impuesta al joven Jorge Luis Espinosa Jaimes, en cuanto por razón de tal concurso le aumentó la pena en dos años, o sea de diecinueve a veintiún años de presidio". Y pide, en consecuencia, que se case parcialmente el fallo del *ad quem,* excluyendo el aumento de la pena basado en el concurso de delitos.

Tercer cargo. Violación directa de la ley sustancial, "consistente esta violación en no haber aplicado el juzgador de instancia el artículo 40 de la Ley 83 de 1946, en cuanto a que la menor edad constituye una circunstancia de menor peligrosidad del delito".

Expresa el actor que el artículo 40 de la Ley 83 de 1946, complementario del artículo 38 del Código Penal, conserva su vigencia, y al hacer de lado el Tribunal sentenciador la circunstancia de menor peligrosidad que en aquél se consagra, quebrantó la ley sustancial, pues incurrió en desacato de esas normas "con grave perjuicio del joven Jorge Luis Espinosa Jaimes ya que al haberse tenido en cuenta su menor edad y su personalidad, al tenor de las dos disposiciones antes anotadas debiera de habérsele aplicado, en la imputación de asesinato, solamente la pena mínima".

"Como consecuencia de todo lo antes expuesto —dice el demandante— reitero mi solicitud de que con fundamento en el cargo primero se case la sentencia recurrida, y que si tal no ocurre se case parcialmente, acogiendo los cargos segundo y tercero, declarando improcedente los aumentos de la pena en cuatro años más por circunstancias agravantes y en dos años más por concurso material de delitos, tasándose la pena definitiva en los quince años fijados como mínimo por el artículo 363 del Código Penal".

Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de resumir los hechos, la actuación procesal y la demanda de casación, refuta los cargos dirigidos contra la sentencia objetada, en los términos que se reproducen:

"1º El actor no presenta ningún argumento nuevo para desvirtuar la tesis sentada en el fallo del 3 de noviembre de 1944, en el cual la honorable Corte Suprema de Justicia declaró, con sobra de razones que no es el caso de repetir en esta oportunidad, que en los juicios con intervención del jurado resulta impertinente invocar la violación directa de la penal sustantiva.

"2º De igual manera el demandante pretende la revisión de la constante jurisprudencia que ha reconocido el concurso material de homicidio agravado y robo (artículo 363 ordinales 3º y 4º del Código Penal), repitiendo la tesis de que se trata de un delito complejo o compuesto integrado por el homicidio como delito base y el robo como circunstancia agravante del mismo.

"Como se comentó del motivo de impugnación anterior, tampoco en éste se ofrecen nuevos argumentos para cambiar la tesis jurídica del concurso material de delitos, y de la cual se ocupó esa honorable corporación en fallo del 3 de sep-

tiembre de 1971, en la casación de Teodosio Moreno Berrío.

"3º Por último, si bien es cierto que el fallo de primer grado no se refirió en forma expresa a las circunstancias de menor peligrosidad, de todas maneras las tuvo en cuenta pues se lee a folios 707 y siguientes del cuaderno número 2, que el juzgador partió de la pena mínima de quince años de presidio para el asesinato y apenas la incrementó en cuatro años más, por haber reconocido el jurado de conciencia tres circunstancias agravantes del homicidio y el resultado de diecinueve años lo aumentó en dos, por razón del concurso material de delitos".

"Es obvio que si no se hubiera tenido en cuenta circunstancias de menor peligrosidad, la sanción se habría aumentado notablemente con base en las prescripciones de los artículos 363 y 33 del Código Penal".

Por las razones que se dejan copiadas, el Procurador solicita de la Corte "no casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Jorge Luis Espinosa Jaimes".

Consideraciones:

1ª *Ha sido doctrina uniforme de esta Sala de la Corte que en los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que se origina en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada o determinadas pruebas. Tal doctrina se funda en los siguientes argumentos:*

a) *El jurado examina tanto los cargos como la defensa del acusado sin atender voz distinta de la personal conciencia, y emite su veredicto según "la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", de acuerdo con lo previsto en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo el 27 de la Ley 4ª de 1943. No rige, pues, para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar con base en qué elementos de convicción se basaron, ni cuáles medios probatorios no les merecieron credibilidad. El jurado hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa, y forma su criterio en conciencia. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión;*

b) *En los juicios con intervención del jurado, "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate", por imperativo mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, el veredicto constituye la base del fallo, es su fuente inmediata, al extremo de que si el juzgador lo desatiende y, apartándose de él, pronuncia la sentencia con apoyo directo en las pruebas, atribuyéndoles consecuencias legales distintas de las expresadas en el veredicto, respecto de los hechos delictuosos y de la responsabilidad del procesado, el fallo así proferido sería susceptible de casación, a voces de la causal 2ª del artículo 580 del referido estatuto;*

c) *La injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente, ni lo estaba tampoco en la anterior, y sabido es que las causales del recurso extraordinario son taxativas y limitan el campo de acción de la Corte, ya que la casación, como tantas veces se ha dicho, no genera una nueva instancia que permita el examen libre del* thema decidendum *del proceso. Cuando de autos resulte "que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos", así deben declararlo los juzgadores de las instancias, disponiendo al tiempo la convocación de un nuevo jurado, cuyo veredicto "es definitivo" (Arts. 565 y 567 del C. de P. P.). Mas esa facultad es privativa del juez del conocimiento y del Tribunal Superior, y si no la ejercitan en un determinado proceso, la Corte carece de poder para esa clase de pronunciamiento, ya que la competencia que ejercita a través del recurso de casación está sometida a los precisos motivos indicados en la ley (Art. 580) para la procedencia de la impugnación, entre los cuales no está incluido, como antes se dijo, el haberse dictado la sentencia con base en un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos; y*

d) *Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aun en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar "el que deba reem-*

plazarlo", dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no "de acuerdo con el veredicto", como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 ibídem, *por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado.*

2ª Por las razones apuntadas, el primer cargo dirigido por el actor contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el marco de la causal primera de casación, consistente en que se violaron indirectamente las normas penales con base en las cuales se condenó al procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes, porque, en opinión del demandante, se apreciaron indebidamente algunos elementos probatorios y se dejaron de apreciar otros, no prospera.

3ª El homicidio que se comete para ejecutar otro delito o para ocultarlo reviste una especial gravedad y toma la denominación de asesinato (Art. 363, ordinales 3º y 4º, del C. P.), pero no subsume el delito fin o el que se pretenda encubrir. En tales hipótesis no existe unidad de delito, o delito complejo, sino un verdadero concurso material de infracciones, reprimible en la forma indicada por el artículo 33 del Código Penal. Al respecto, importa reproducir lo que dijo esta Sala en sentencia de 3 de septiembre de 1971, en proceso contra Teodosio Moreno Berrío, por homicidio y robo, en la que se anotó:

"Es circunstancia agravante del homicidio el cometerlo para ocultar otro delito, asegurar su producto o procurar la impunidad de los responsables, según el numeral 4º del artículo 363 del Código Penal, no siendo indispensable para la existencia de aquélla el que el agente haya obtenido realmente el fin de que se proponía, como que basta que el homicidio se realice por uno de los expresados móviles.

"Dicha agravante se justifica porque quien da muerte a otro para encubrir de algún modo un delito cometido por él con anterioridad revela ciertamente un dolo intenso, un mayor grado de culpabilidad y una más alta capacidad criminal.

"En la hipótesis indicada se presenta un verdadero concurso real de delitos, en conexión consecuencial, entre el homicidio y el delito que se pretende ocultar, pues se trata de ilicitudes realizadas con procesos ejecutivos autónomos o 'acciones estructuralmente independientes entre sí', que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos, separables en su objetividad material y jurídica por cuanto son hechos distintos que se contemplan en normas legales autónomas que permiten una aplicación simultánea.

"Por la consideración que precede el tribunal ad quem *no violó la ley penal sustancial, por aplicación indebida en la sentencia de los artículos 402 y 33 del Código Penal, en relación con el 363 de la misma obra, como lo pretende el demandante sobre el supuesto, para la Corte inaceptable, de que el homicidio cometido para ocultar un delito de robo, infracción por la cual fue declarado culpable y condenado el acusado Teodosio Moreno Berrío, se singulariza como asesinato y observe o subsume el delito contra la propiedad, excluyéndose así el concurso de delitos, fenómeno admitido en el fallo recurrido.*

"La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecute para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos *que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma* hechos *o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el* hecho *que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del* non bis in idem. *Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (Ord. 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (Ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición 'para' usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de 'preparar, facilitar o consumar otro delito', o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio*

y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los acotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumar u ocultar 'otro delito'.

"Importa anotar que aunque el Código Penal colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (Art. 84), es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describe en la parte especial se observan las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (Art. 156), en la detención arbitraria (Art. 295), en el robo con violencia que acuse daño a las cosas (Art. 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (Arts. 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandono (Arts. 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (Arts. 397 y 398, Num. 4). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposos, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden, configurarían los delitos de abuso de autoridad (Art. 171), defraudación por daño en cosa ajena (Art. 426), homicidio o lesiones culposos (Arts. 370 y 371 y ss.), homicidio culposo (Art. 370) y violación de domicilio (Art. 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los Arts. 156, 295 y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los Arts. 318, 396 y 398, Num. 4), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del 'non bis in idem' *o no dos veces sobre lo mismo".*

4º En consecuencia con esa doctrina, que la Corte reafirma en esta oportunidad, no infringió el Tribunal sentenciador, en el fallo aquí acusado, los artículos 33 y 404 del Código Penal, como lo asevera el recurrente en el segundo cargo aducido en la demanda, el que tampoco puede prosperar.

5º Los factores que los juzgadores de las instancias tomaron en cuenta, observando lo prescrito en el artículo 36 de la ley penal, para individualizar en 21 años de presidio la pena principal que debe sufrir el acusado Espinosa Jaimes por los delitos de homicidio y robo agravados, por los cuales lo declaró culpable el jurado, encuentran pleno respaldo en el proceso, y no es objetable esa dosificación de la sanción por la circunstancia de que el responsable hubiera sido menor de edad al tiempo de los delitos, hecho no desconocido por el *ad quem* en la providencia impugnada. No es admisible la afirmación del actor de que cuando existe una circunstancia de menor peligrosidad en el responsable debe imponerse a éste el mínimo de la pena establecida para el delito, pues el fallador debe tener en cuenta, además de las circunstancias de menor peligrosidad, las de mayor peligrosidad, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes del hecho y la personalidad del agente, criterios todos que en el caso *sub exámine* justifican la sanción impuesta al procesado recurrente.

6º Quiere decir lo anterior que tampoco ha sido demostrado el tercer cargo postulado contra la sentencia de que se ha venido haciendo mención.

Fallo:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 28 de abril de 1972, por la cual se condenó a aquél, en segunda instancia, a la pena principal de 21 años de presidio y a las demás de que se dio cuenta en la parte motiva, como coautor de los delitos de homicidio en la persona de María Elba Suárez Oquendo y robo en perjuicio del doctor Guillermo Londoño Molina.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. CAUSAL 1ª

La violación directa de la ley sustancial presupone la aceptación de los hechos en la forma plasmada en el fallo. — Los motivos de casación son autónomos e independientes con ámbito de acción definido en la ley y gobernados por principios de ineludible observancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 6 de febrero 6 de 1972.

Vistos:

Una vez cumplidos los trámites de ley, debe la Corte resolver acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José James Correa Grisales contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 1972, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirma la de primera instancia dictada dentro de estas diligencias, "con la reforma de que la pena a que quedan condenados los procesados José James Correa Grisales y Olmedio Arroyave Jaramillo, es a la de cinco años de presidio. En la misma forma se aumentan las penas accesorias susceptibles de ello", por los delitos de falsedad y estafa.

Primero: hechos:

Tanto en el auto de vocación a juicio (Fls. 180 ss.), como en la sentencia recurrida en casación (Fls. 324 ss.), de acuerdo con las pruebas que obran en el informativo, se presentan de la siguiente manera:

"El modo como marchaban las labores en el Banco del Comercio —Sucursal de la Avenida Colombia— de esta ciudad, hacía creer que allí todo iba en forma normal; mas el dos de marzo de 1970 no fue a laborar el señor Olmedo Arroyave Jaramillo, quien desempeñaba el cargo de cuentacorrentista número 2 de esa entidad, desapareciendo desde entonces, y al hacerse ese día un cotejo de los libros que llevaba el empleado que huyó, se comprobó en el libro mayor una diferencia de cien mil pesos. Posteriormente se estableció que el faltante ascendió a la suma de un millón setenta y nueve mil novecientos cincuenta y un pesos con cincuenta y ocho centavos y que el modo como se verificó la sustracción de esta cantidad de dinero y que afectó económicamente tal institución bancaria fue el siguiente: 'al consignarse instrumentos a cargo del Banco del Comercio, en una entidad bancaria, distinta, que funciona en la misma ciudad, es enviado el movimiento del día, en canje al Banco de la República, para que éste a su vez lo remita al departamento de centralización del banco girado, quien hace el reparto respectivo, movimiento que debe cuadrarse en el libro mayor y en los libros auxiliares de cuentas corrientes de la sucursal correspondiente. En el caso que nos ocupa, el empleado encargado del libro de cuentas corrientes número 2 en la fecha de los ilícitos que se investigan, era el señor Olmedo Arroyave Jaramillo, quien contabilizó únicamente en el libro mayor el valor total del canje llevado al Banco de la República, pero en forma dolosa y fraudulenta y a sabiendas que con esta actuación induciría al Banco del Comercio en error en su contabilidad interna, omitió intencionalmente, debitar las respectivas cuentas corrientes contra las cuales se giraron los instrumentos, los cuales eran retenidos dolosamente del movimiento del canje, sin devolverlos al Banco de la República dentro del término exigido, produciéndose así por compensación el cargo de valor del canje'. (Según ampliación de la denuncia de folio 57). Para los canjes se utilizaron cheques de las cuentas pertenecientes a la señora Elena Pérez de Ruiz y Luis Alberto Vergara, cuenta-habien-

tistas del banco afectado, cheques con los cuales se acreditaban las cuentas de José James Correa Grisales en el Banco Industrial Colombiano —Sucursal de la Carrera Bolívar— y la de Aníbal Jaramillo Clavijo en el Banco de Londres, ambos de esta ciudad. El empleado y sindicado-fugitivo Olmedo Arroyave Jaramillo era amigo y frecuentaba la casa de la señora Pérez de Ruiz, lo mismo que del sindicado James Correa Grisales, pues éste fue empleado de alguna categoría en el banco donde ocurrieron los hechos (Jefe de Cuentas Corrientes) y el mismo Arroyave Jaramillo es familiar muy cercano del señor Jaramillo Clavijo (sobrino). Igualmente consta en los autos que los empleados del banco citado frecuentaban un establecimiento de cantina que en esta ciudad poseía el señor Luis Alfredo Vergara. Tanto este último como el señor Jaramillo Clavijo, en fechas posteriores a la ocurrencia de estos hechos se ausentaron de la ciudad sin que hasta la fecha actual se conozca sus residencias. La sustracción del dinero del banco citado se venía sucediendo desde el mes de octubre de 1969 habiéndose verificado obviamente el balance del fin de año sin ser observado por Rigoberto Rivera Herrera el faltante que existía entonces, pues ejercía el cargo de auditor del citado banco, ni por Delio de J. Restrepo, jefe de cuentas corrientes del mismo y por lo tanto superior inmediato de Olmedo Arroyave, viniéndose a descubrir todo el dos de marzo de 1970 cuando desapareció y huyó el empleado Olmedo Arroyave Jaramillo".

Segundo: actuación procesal:

El día 2 de marzo de 1970 Carlos Trujillo Toro, en su carácter de Gerente del Banco del Comercio, Sucursal Avenida Colombia de Medellín, formuló denuncia criminal para que se investigaran los hechos ilícitos que han quedado consignados en el punto inmediatamente anterior, habiéndose ratificado bajo la gravedad del juramento (Fls. 3 Sgt.). El Juzgado 14 Penal del Circuito dictó el correspondiente auto cabeza de proceso y comisionó al Juez Penal Municipal (reparto) de la misma ciudad para adelantar y perfeccionar la investigación (Fls. 4 Sgt.), la cual se declaró cerrada por auto de 1º de febrero de 1971 (Fl. 161 Vto.) proferido por el Juzgado 4º Superior de Medellín, al cual por competencia y en reparto correspondió su conocimiento (Fls. 107 y 109 Vto.).

El 15 de mayo de 1971 este Juzgado, entre otras medidas, tomó la de llamar a responder en juicio criminal a José James Correa Grisales y Olmedo Arroyave Jaramillo, "por el delito de falsedad en documentos, que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título VI, Capítulo III, consistente el cargo en haber tomado parte en concurso recíproco de voluntades y acciones en la ejecución de la destrucción, supresión y ocultamiento de instrumentos negociables (cheques) girados contra cuentas corrientes del Banco del Comercio —Sucursal de la Avenida Colombia— de esta ciudad y consignados por el sistema de canje en la cuenta corriente y de ahorros de Correa Grisales en el Banco Industrial Colombiano, según hechos ocurridos en el lapso comprendido entre el mes de diciembre de 1969 y el mes de marzo de 1970 en esta ciudad", y también "por el delito de estafa, que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XVI, Capítulo IV, consistente el cargo en haber tomado parte en concurso recíproco de voluntades y acciones en la ejecución de inducir a error por medio de artificios y engaños al Banco del Comercio —Sucursal de la Avenida Colombia— de esta ciudad, mediante asientos de contabilidad fraudulentos en los libros de esa entidad bancaria, obteniendo con ello un provecho ilícito por valor de $ 1.079.951.58 en perjuicio de los intereses económicos del citado banco, según hechos ocurridos en el lapso comprendido entre el mes de diciembre de 1969 y el mes de marzo de 1970" (Cfr. Fls. 176 ss., 211 Sgt.).

Previos los trámites de rigor (Fls. 215 ss.), Olmedo Arroyave Jaramillo fue declarado procesado ausente y se le nombró defensor de oficio (Fls. 240 Sgt.).

Ejecutoriado el auto de proceder sin que contra él hubiera sido interpuesto recurso alguno, se abrió el juicio a prueba (Fl. 246). En esta etapa las partes no hicieron uso de él. Luego de algunas dificultades para lograr la celebración de la respectiva audiencia (Cfr. Fls. 251 ss.), ésta, tal como estaba ordenado (Fl. 260), se celebró el 22 de noviembre de aquel mismo año (Fls. 261 ss.). El 11 de diciembre siguiente el juzgado del conocimiento condenó a los procesados José James Correa Grisales y Olmedo Arroyave Jaramillo, a la pena principal de cuatro años de presidio, cada uno, a más de las accesorias de rigor, "por los delitos de falsedad en documentos y estafa por los cuales fueron llamados a responder en juicio" (Fls. 291 ss.). El defensor de Correa Grisales, al ser notificado de tal determinación, interpuso en su contra recurso de apelación (Fl. 306 Vto.), el cual le fue legalmente concedido (Fl. 309). Cumplido el trámite correspondiente a la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Medellín, el 16 de mayo de 1972 profirió la sentencia recurrida en casación, a la cual se ha hecho referencia en los vistos de la presente.

Tercero: la demanda:

En ella, luego de una sintética relación de antecedentes, de presentar los hechos, de transcribir un aparte de la declaración de Heriberto Cardona Sánchez y de precisar cuáles fueron los cargos formulados a Correa y Arroyave, en forma un tanto confusa plantea las siguientes acusaciones contra la sentencia de segunda instancia:

"Causales de casación:

"La sentencia es violatoria por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 19 del Código Penal y consecuencialmente de los artículos 32, 33, 231 numeral 9º y 233 ibídem".

Para fundamentarla el recurrente, luego de presentar un breve resumen de "las pruebas que obran en el proceso y que fueron el fundamento para proferir la sentencia condenatoria", pasa a manifestar que "por cualquier aspecto que se miren y analicen las pruebas aducidas contra José James Correa (sic), no pueden llevar necesariamente a la conclusión de que su ayuda era necesaria, y en tal grado indescartable, para que Olmedo Arroyave efectuara las operaciones dolosas de ocultamiento o de destrucción de los instrumentos que alteraban los saldos y del engaño para burlar los intereses económicos del banco", puesto que los hechos fundamentales de la sentencia "no son indicativos de otros tantos indicios sino que convergen a integrar uno solo y que con relación a Correa se establece una vinculación secundaria e inocua en esas complejas operaciones internas del banco". Se detiene en largas consideraciones de orden probatorio para concluir que su poderdante no pudo ser coautor del delito de falsedad, tratando de restar valor a los hechos que el sentenciador de primer grado consideró como indicios. Luego, con fundamento en hipótesis que planteaba, de carácter eminentemente subjetivo como lo es el de toda hipótesis, concluye que este planteamiento hipotético "indica que la presencia de Correa no es necesaria para la operación fraudulenta efectuada por el empleado Arroyave. Tampoco es necesario que conozca —(Correa)— esa operación, pues simplemente le bastaba hacer cualquier pacto con el dueño de la cuenta corriente para recibir alguna comisión por su servicio. Y es para este efecto que juega papel principal si es que quiere dársele alguno como se hace en la sentencia, el hecho de que Vergara recomendara a Correa en el Banco Industrial para la apertura de la cuenta corriente". Agrega que los nexos entre Correa y Vergara pudieron ser constitutivos de delito o no y su presencia accidental, secundaria y hasta ficticia, por lo cual "no puede predicarse de él que prestó al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habrían podido cometerse tales delitos". Luego de formular algunas otras consideraciones en torno a la prueba y a los indicios, tendientes todos a rechazar la presentación que de éstos y de los hechos se hacen en la sentencia, concluye que por no dar la prueba "fundamento para establecer el concurso recíproco, se ha violado la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 19 del Código Penal". Y, finaliza: "entonces, la situación de José James Correa frente a este proceso, también incide sobre la interpretación errónea de los artículos 408, 431, numeral 9º del artículo 231 y 233 del Código Penal, como lo demuestro en seguida".

"Segunda causal (sic) de casación:

Parece que bajo el amparo de esta causal, dentro de una muy confusa argumentación, trata de demostrar el recurrente que en la sentencia se incurrió en 'interpretación errónea de los artículos 408, 431, numeral 9º del artículo 231 y 233 del Código Penal', tomando como base el cargo inmediatamente anterior. Antes y después de formular algunas críticas de tipo probatorio, como lo referente a la cuantía del ilícito y de preguntarse cuál sería el grado de responsabilidad que, en realidad, correspondería a James Correa, sin dar respuesta ninguna a este interrogante, manifiesta que 'quizás esta interpretación conlleve un defecto sobre la técnica que exige esta clase de demandas, pero ello no es motivo de rechazo si se ajusta a las exigencias del artículo 580 de la ley del procedimiento'.

Finaliza este cargo manifestando que cree haber demostrado "que hubo aplicación indebida del artículo 19 del Código Penal en la sentencia que ha sido objeto de este recurso, de manera que resulta ajeno a esta demanda siquiera insinuar la clase de delito en que hubiera podido incurrir mi poderdante, pero ello tampoco es óbice para que me serva (sic) de fundamento para analizar como última causal de casación, la determinada en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Y, bajo un último capítulo que denomina *"causal tercera de casación"* afirma que *"la sentencia no está en concordancia con los cargos formulados en el auto de proceder"*, lo cual "resulta como consecuencia de la aceptación de algunas de las causales anteriores que tienen su punto de convergencia en cuanto a las supuestas actividades dolosas de José James Correa, en el artículo 19 del Código Penal". Parece que el actor trata de sostener que ello se debe a que no se determinó exactamente con relación a Correa cuál era el monto o la cuantía del ilícito que se le imputó en el auto procesatorio.

Finaliza la demanda invocando, al parecer, otra causal de casación y con un nuevo párrafo que viene a traer más confusión y oscuridad a los planteamientos y cargos. Dice:

"Sin embargo que podrá argüirse que lo anterior es más bien materia que determine la invocación de otra causal de casación, propiamente la determinada en el último numeral del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la que simplemente propongo fundamentado en las mismas razones anteriores, precisamente porque los mismos argumentos son predicables y aplicables a una u otra, porque tienen un mismo basamento u origen determinado por la ausencia de Luis Alfredo Vergara, sujeto imprescindible, no sólo para la formulación de los cargos, sino para la dosimetría de la pena que pudiera corresponder a mi poderdante José James Correa Grisales.

"Finalmente, sino (sic) resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, para juzgar sobre la responsabilidad de José James Correa Grisales, desaparece también por sustracción de materia cualquier argumentación a la indebida aplicación o errónea interpretación de los otros artículos atrás citados del Código Penal (32, 33)".

Concluye con las siguientes peticiones: si prospera la causal primera, que se case el fallo y se dicte sentencia absolutoria; si la segunda, que se case el fallo y se disminuya la pena a su poderdante; y, si la tercera, que se case el fallo y la Corte dicte el "congruente con el auto de llamamiento a juicio".

Cuarto: consideraciones de la Corte.

Concepto del Ministerio Público:

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal solicita que se deseche el recurso de casación que se viene estudiando, porque la demanda "adolece de graves fallas técnicas que impiden" a la Corte "ocuparse del estudio de la sentencia impugnada". Entre otras, destaca las siguientes:

"Primera. *La aplicación indebida de la ley —porque se aplicó una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado— es una de las formas de violación directa que impone al recurrente en casación la doble obligación de aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo y la de exponer las razones de la equivocada aplicación de la norma cuestionada.*

"En el presente caso el actor desconoció los hechos demostrados en la sentencia y omitió referirse a la norma o normas legales que en su concepto han debido aplicarse por el juzgador ad quem.

"Segunda. *En orden a demostrar el quebranto de la ley penal sustantiva por indebida aplicación, el recurrente acudió a la vía indirecta, es decir, respecto de la misma situación jurídica (coautoría o complicidad necesaria) alegó simultáneamente la violación directa y la indirecta con lo que faltó al principio lógico de contradicción ya que no se pueden aceptar y negar a la vez los hechos en que se apoya la decisión.*

"Tercera. *Los mismos planteamientos aducidos para sustentar el cargo por aplicación indebida de la ley los hace extensivos y valederos para 'demostrar' la equivocada interpretación de las normas legales que menciona. Se repite así el mismo error de técnica.*

"Cuarta. *El demandante confunde 'las causales' de casación con los 'cargos' formulados a la sentencia creando confusión y desorden en el planteamiento de la censura. Así, por ejemplo, cobija bajo la segunda causal de casación la errónea interpretación de la ley que equivale a un segundo cargo hecho al amparo de la causal primera de casación.*

"Quinta. *Condiciona el éxito de la 'tercera' causal invocada —segunda contemplada por la ley— a la previa aceptación de alguna de las causales propuestas con lo cual quebranta el principio de que los motivos de casación son autónomos e independientes con ámbito de acción definido en la ley y gobernados por principios de ineludible observancia.*

"Cabe advertir al respecto que la sentencia acusada está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Sexta. Al final del libelo se insinúa la causal de casación establecida en el último numeral del artículo 580 del estatuto procesal penal pero no se indica cuál motivo de nulidad —si del orden

legal o del constitucional— ni se ensaya siquiera un principio de demostración al respecto.

"En definitiva como el recurrente faltó al deber de formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia toda vez que la demanda resulta en extremo confusa, contradictoria y huérfana de técnica de casación, el recurso interpuesto debe desecharse" (folios 40 a 42).

La Corte comparte la réplica que formula el Ministerio Público a la demanda de casación allí analizada, por no encontrarla ajustada a las normas que rigen las causales de casación y a la técnica que esta clase de libelos requiere. Por tanto, habrá de proceder en consecuencia. En efecto: vaguedad y confusión se anotan en la demanda: el censor en algunas partes confunde, como lo apunta el Ministerio Público, las causales de casación con los cargos que pretende dirigir contra el fallo recurrido; con relación a la causal primera que invoca, ni siquiera insinúa si se ha incurrido en un error de derecho o de hecho y, en consecuencia, no se detiene para nada en demostrar que él aparece de modo manifiesto en los autos (C. P. P., Art. 580, Ord. 1); sobre la apreciación de una pretendida infracción indirecta de la ley sustancial por posible errónea apreciación de la prueba, se pretende desembocar en una infracción directa de la misma; aplicación indebida. En cuanto hace relación a la llamada por el autor "causal segunda de casación", lo cual, en realidad, vendría a corresponder a un segundo cargo, se incurre en la misma falta de técnica que viene de anotarse. Invoca como causal tercera, la que vendría a constituir, en realidad, la segunda: "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado". Basta afirmar que una atenta confrontación de la pieza enjuiciatoria con la sentencia impugnada, ponen de presente que no existe la supuesta falta de consonancia entre el primero y la segunda.

Lo expuesto es más que suficiente para que la Corte, con fundamento en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, deseche el recurso y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen, como habrá de decretarlo.

Encontrándose ya estas diligencias al despacho del Magistrado ponente por haber vencido los términos fijados en los artículos 577 y 578 del estatuto procesal penal, el procesado José James Correa, invocando la reciente doctrina de esta Sala sobre la "reformatio in pejus", por considerar que su caso encaja dentro de aquélla, solicita de esta corporación se le informe qué funcionario debe resolverle sobre lo pertinente.

La Corte habrá de abstenerse de pronunciarse sobre tal petición, puesto que no está dentro de sus atribuciones la de absolver consultas.

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,

Resuelve:

Primero. *Desechar* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de mayo de 1972, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Segundo. *Abstenerse* de absolver la consulta que le fuera formulada por José James Correa, por la razón anotada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD

Cuando existe conexidad en los delitos, el hecho de haber dejado de investigar uno de ellos, no constituye nulidad, porque la acción penal es autónoma respecto de cada infracción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 6 de 26 febrero de 1973.

Vistos:

Mediante sentencia del doce de julio de mil novecientos setenta y uno el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmando la de primer grado, condenó a *Humberto Uribe Mejía* a la pena principal de cuatro (4) años de prisión como responsable del delito de estafa, cometido en perjuicio de Isaías Barrero Ochoa. Al notificársele debidamente el fallo condenatorio al procesado el catorce de julio de mil novecientos setenta y dos, interpuso contra el mismo recurso extraordinario de casación. Cumplido en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) El ciudadano Isaías Barrero en escrito del 8 de abril de 1969 —expresa el Procurador en acusada síntesis— detalló el contrato celebrado con Humberto Uribe Mejía y conforme al cual aquél entregó su camioneta marca Ford de placas V23-43 y $ 35.000 mientras que éste traspasaba a Barrero una camioneta también marca Ford, modelo 1967, de placas EG-10-73. Este último vehículo resultó ser objeto de un delito contra el patrimonio cometido en Bogotá en perjuicio del ciudadano Francisco de Jesús Borrero, el cual investigaba el Juzgado 9º Penal Municipal de esta ciudad;

b) Por aquellos hechos, ocurridos en la ciudad de Palmira y considerados por el Juez del conocimiento como estructurantes del delito de estafa, Humberto Uribe Mejía fue llamado a responder en juicio mediante providencia del 2 de noviembre de 1970, que le fue notificada personalmente al procesado en la Cárcel de Buga, lugar en donde a la sazón cumplía sanciones impuestas en sentencias originarias del Juzgado Segundo Superior y del Tribunal Superior de la ciudad nombrada por conductas similares a las que fueron materia de investigación en el presente proceso (Fl. 135);

c) Rituado el juicio, se produjeron los fallos condenatorios a que se refiere la parte inicial y motiva de esta sentencia.

El recurso extraordinario.

En la demanda, formulada por apoderado especial, se plantea la acusación expresando que la sentencia acusada, "por medio de la cual se impuso al procesado la pena de cuatro años de prisión e incorporales anexas como responsable del delito de estafa es violatoria del numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y del numeral 1º del artículo 210 de la misma obra".

En desarrollo del cargo dice el actor, en suma, que "al procesado Humberto Uribe Mejía se le juzgó y condenó únicamente por el delito de estafa dejando sin sanción penal el delito de falsedad en documentos", conexo con aquél y perpetrado en Girardot, razón por la cual el proceso debió ser ventilado, conforme al artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, ante el Juzgado

Superior de esa ciudad y el Tribunal Superior de Bogotá, como jueces de primero y segundo grados, en su orden. Al no procederse así, se incurrió en la causal de nulidad que el citado ordinal 1º denomina "incompetencia del juez".

De otro lado, en sentir del actor, la sentencia impugnada desconoció el derecho de defensa, porque en el auto de proceder se omitió estudiar el delito de falsedad, quebrantándose así las normas consagradas en los artículos 483 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución. La demanda concluye solicitando a la Corte que invalide el fallo recurrido y dicte el que corresponde, de acuerdo con el precepto que la primera de las obras mencionadas contempla en su ordinal 3º.

Concepto del Ministerio Público.

Considera el Procurador Segundo Delegado que la acusación carece de toda eficacia en el doble aspecto anotado. A su juicio no puede prosperar el primer cargo, por la razón fundamental de que "el demandante pretende, ni más ni menos, el empeoramiento de la situación jurídica de su poderdante", planteamiento absolutamente inadmisible no sólo respecto de los recursos ordinarios, sino del extraordinario de casación. Tampoco el segundo, porque "si el presente asunto se orientó a la investigación del delito de estafa y por él se interrogó al acusado (Fl. 24), mal podía comprometérsele en juicio por otro delito que no fue objeto de la averiguación y por el que no se le preguntó en la diligencia de indagatoria".

La Corte considera:

1. La etapa investigativa del presente proceso se orientó a esclarecer el delito de estafa, y estimando el juez del conocimiento que respecto de tal infracción y en cuanto concierne al procesado Humberto Uribe Mejía se hallaban reunidos los presupuestos legales, dictó contra él auto de proceder. En consecuencia, como acertadamente lo observa el Procurador, mal podía comprometérsele en juicio por otro delito que estuvo al margen de la averiguación y por el que ni siquiera se le preguntó en la indagatoria. Desde luego, las sentencias de primera y segunda instancia respetaron, como se ha visto, el ámbito acusatorio.

2. Frente a esa situación, claramente establecida en el proceso, el demandante anota que "al procesado Humberto Uribe Mejía se le juzgó y condenó únicamente por el delito de estafa dejando sin sanción penal el delito de falsedad en documentos", que estima conexo con aquél. Aspira, pues, —y así lo anota la Procuraduría— a que se retrotraiga el procedimiento con grave riesgo de que se cree para su poderdante una situación más gravosa, como sería la de un llamamiento a juicio por los delitos de falsedad en documentos y estafa.

3. *Ha expresado esta Sala en algunas oportunidades que "el defensor no puede, ni aún para recurrir en casación, aducir el argumento de que la disposición legal aplicable al procesado no era la que el Tribunal sentenciador aplicó sino otra que establece sanción más severa. Ese argumento sólo puede admitírsele al Ministerio Público o a la parte civil como recurrentes". Tal doctrina resulta pertinente en este caso, y con fundamento en ella es preciso calificar de inadmisible el planteamiento impugnatorio aludido.*

4. *Importa recordar, por lo demás, que la Corte ha rechazado siempre acusaciones sustancialmente iguales a la que informa el contenido de la presente demanda, aunque hayan sido formuladas por el Ministerio Público. Así, en sentencia de casación del 18 de octubre de 1967, dijo sobre el particular:*

"c) *La acción penal, respecto del delito en que se genera, es autónoma y se ofrece en su ejercicio dentro de ese específico carácter, precisamente porque cada delito, aunque concurra con otros, en función de conexidad, en el mismo proceso, como ha recavado la Corte, 'tiene su individualidad propia, independientemente de los que se hayan cometido', ya que esa conexidad juega, 'no con los elementos constitutivos de cada delito, sino con el nexo que liga un hecho punible con otro'. Esa autonomía de la acción penal, como es obvio, impide que pueda surgir nulidad alguna cuyo presupuesto haya de ser el hecho de que un delito, ligado por conexidad a otro que se investigó y falló, hubiere quedado sin siquiera intentar someterlo al primero de esos dos cometidos".*

En fallo del 14 de marzo de 1968, aún no publicado en la Gaceta Judicial, *la Sala reitera el criterio expuesto en el transcrito aparte.*

5. No se demostró, finalmente, que al procesado se le hubiese destituido de las garantías que la Constitución y las leyes otorgan a todo ciudadano para su juzgamiento. En otros términos: los argumentos ofrecidos por el actor no

demuestran que en este proceso se conculcara el derecho de defensa, quebrantándose así el artículo 26 de la Carta.

6. Procede aplicar, en consecuencia, la norma contenida en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desestimando el recurso y disponiendo devolver el expediente al despacho de origen.

Decisión:

Con apoyo en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Segundo Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA

En el delito de estafa es competente el juez del lugar en donde se obtuvo el provecho ilícito, así la inducción en error haya tenido lugar en sitio diferente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., febrero veintisiete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 6 de febrero 27 de 1973.

Vistos:

Entra la Corte a dirimir la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado 6º Penal del Circuito de Cali, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra Augusto Duque y Neftalí Marín, por el supuesto delito de estafa.

Según el denunciante Alberto Ortiz Escobar, sus denunciados le ofrecieron en venta una camioneta marca "Ford", la que debía serle entregada una vez cubriera el precio de ochenta mil pesos convenido. En este negocio el comprador, provisionalmente, expidió tres cheques, por diversas sumas que totalizaban el precio acordado, con la condición de cambiarlos por un cheque de gerencia, el que debía ser girado en la ciudad de Pereira, luego de lo cual se le haría el traspaso del vehículo referido.

El referido convenio se cumplió en la ciudad de Cali y en desarrollo del mismo, en la citada ciudad de Pereira el denunciante, señor Ortiz Escobar hizo realmente el pago, pues allí recogió los instrumentos negociables expedidos provisionalmente para cambiarlos por el cheque de gerencia que exigieron los vendedores.

Realizado el pago con ese cheque de gerencia del Banco Cafetero —Sucursal de Armenia—, los vendedores no cumplieron con el traspaso del vehículo, pues en Popayán fue decomisada, por no corresponder la numeración de la camioneta a la indicada en la factura de la empresa vendedora.

Pues bien:

De los hechos anteriores se desprende que, de haber ocurrido el delito de estafa, éste tuvo consumación en la ciudad de Pereira, pues allí, por el pago real hecho por el denunciante a los sindicados con el aludido cheque de gerencia del Banco Cafetero —Sucursal de Armenia— surgió el perjuicio para el señor Ortiz Escobar y el beneficio ilícito para los acusados.

En estas circunstancias y atendiendo que, de haberse cometido el delito de estafa, éste, en su ejecución tuvo comienzo en la ciudad de Cali, si bien se consumó en la ciudad de Pereira, es de aplicación la norma del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, sobre "competencia a prevención", y, en consecuencia, corresponde declarar que al Juzgado 4º Penal del Circuito de la ciudad últimamente citada le corresponde conocer, pues allí se inició y adelantó el sumario.

No le asiste razón al Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira cuando desprende su falta de competencia para adelantar este asunto del hecho de que, según el artículo 1857 del Código Civil, "la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio", pues este contrato, como es sabido, apenas crea obligaciones para las partes: la de pagar el precio el comprador y la de hacer la entrega de la cosa el vendedor. Y la perfección de este contrato consensual no coincide con la perfección del delito de estafa que pueda desprenderse de un convenio semejante, en el cual alguna de las partes haya sido llevada a error mediante artificios o engaños, pues el delito en cuestión exige que el sujeto pasivo sufra el perjuicio. Vale decir, si de tal convenio de compraventa, puesto

en juego mediante el dolo para buscar una de las partes un beneficio ilícito con perjuicio de la otra, se trata, es menester para que la estafa se consume que la cosa se entregue, si la parte ofendida es el vendedor, o que el precio se pague, si lo es el comprador, atendido que en uno y otro caso quien entregue la cosa o quien entregue el precio sufran un perjuicio, determinado por el error a que fuera llevado mediante el empleo de artificios o engaños empleados por el agente del delito.

En este caso, el convenio, que supuestamente se ha denunciado como doloso, se perfeccionó en la ciudad de Cali, pues allí comprador y vendedor se pusieron de acuerdo sobre la cosa y el precio. Pero la estafa tuvo consumación en la ciudad de Pereira, pues en esta localidad la víctima entregó el precio, esto es, sufrió el perjuicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión de competencias de que se hizo mérito en el sentido de *declarar* que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de esta providencia al Juzgado 6º Penal del Circuito de Cali.

Cópiese y notifíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECUSACION

El incidente sólo puede ser propuesto por quien tiene la calidad de parte dentro del proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., febrero veintiocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 6 de febrero 28 de 1973.

Vistos:

El doctor Oscar Villegas Gómez, mediante escrito dirigido al doctor Juvenal García Díaz, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, recusa a dicho Magistrado con invocación de los motivos señalados en los numerales 4º y 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que se abstenga de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de siete de febrero de 1972, por la cual el Juzgado 20 Superior de Bogotá, al resolver mediante el trámite previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (en concordancia con el Art. 148 del C. de P. P.) la petición formulada por el doctor Luis Eduardo Torres (en su condición de apoderado de la empresa "The Chivor Emerald Mines Inc."), negó "el levantamiento de la medida de secuestro de los bienes que hicieron parte del concurso de acreedores de 'The Chivor Emerald Mines Inc.' y que Willis F. Bronkie dio en administración a Richard S. Pastore y que fueron recibidos por el procesado Noel Randolph Merrian", petición hecha dentro del proceso penal que se sigue contra el últimamente nombrado señor Merrian por los delitos de falsedad y abuso de confianza.

En la actualidad, el doctor Juvenal García Díaz es el Magistrado sustanciador en dicho asunto y al ocuparse de la recusación propuesta niega la existencia de los motivos aducidos y anota que, "aunque en el referido escrito el doctor Villegas Gómez hace la siguiente enfática manifestación: 'cuya personería me fue reconocida por ese Tribunal de acuerdo con los documentos que obran dentro del proceso' y que no otro es sino éste, es lo cierto que, y esto sí se puede comprobar a través de la simple lectura de su contenido, que esta corporación no ha resuelto nada sobre el particular, referente al curso de las pretensiones consignadas en los distintos memoriales que ha presentado, encaminadas a que se le permita actuar en este proceso en la condición de auxiliar de la justicia, ya anotada, para revocar poderes y desistimientos".

Considera la Corte.

De conformidad con el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, es menester la calidad de parte para proponer el incidente de recusación de que trata el Capítulo VI, Título 2º del Libro 1º del Código de Procedimiento Penal.

El incidente sobre levantamiento del secuestro de los bienes de la empresa "The Chivor Emerald Inc." fue propuesto, como ya se dejó anotado, por el apoderado de esa entidad y no por el síndico de la quiebra o concurso de acreedores seguido contra "The Chivor Emerald Inc.", cuya calidad pone de presente el doctor Villegas Gómez.

Su personería en este incidente no existe. Precisamente en proveído de 7 de septiembre último dijo la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que "no se acepta por el momento la personería del señor doctor Oscar Villegas Gómez, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia, y como consecuencia nada se resuelve sobre sus peticiones".

Y el "veintinueve de agosto" (sic. Debió ser el 29 de enero del corriente año), el actual Ma-

gistrado sustanciador, refiriéndose al mandato que confiere el doctor Villegas Gómez al doctor Ismael Rincón Zamudio para que lleve la "representación" de aquél en este negocio, dispuso: "dígasele al memorialista que hasta tanto no sean resueltas otras peticiones pendientes, entre ellas unas hechas por él mismo, no se le da trámite al escrito presentado. En consecuencia, estese a lo resuelto en tal sentido y permanezca en la Secretaría, pues ya hay un proyecto registrado para la Sala de hoy".

En estas circunstancias no puede ocuparse la Corte de la recusación planteada, pues el recusante no es parte, ni principal ni incidental y no puede, por tanto, ser oído al respecto.

Por las mismas razones, es inválida la actuación del Magistrado objeto de la recusación al ocuparse de resolver a ese respecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *se abstiene* de conocer de la cuestión de que se ha hecho referencia y *declara* que no tiene validez lo actuado por el Magistrado objeto de la recusación al ocuparse de resolver a ese respecto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



INEXISTENCIA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, también se refiere a los autos y sentencias. Estas son no solamente actos jurídicos, en cuanto contienen declaraciones de voluntad del juez, sino además documentos o escritos que instrumentan las decisiones jurisdiccionales y que reflejan su existencia, y en tal condición deben estar sometidos a formas de necesaria observancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., marzo dos de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número...

Vistos:

Mediante un escrito sin fecha, que en rigor no es providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto declaró prescrita la acción penal adelantada en este proceso contra el señor Ricardo Paredes Chaves, ex Juez Promiscuo del Circuito de Mocoa, por posible delito de abuso de autoridad, y ordenó "cesar el procedimiento respectivo".

Dicha resolución, si así pudiera llamarse, se notificó por estados el día 20 de enero de 1973, y se remitió luego a la Corte en vía de consulta.

El Procurador Primero Delegado Penal contestó el traslado que se le dio del asunto, en acatamiento a lo previsto en el artículo 566 del Código de Procedimiento Penal, y en su vista opina que "la providencia consultada se debe confirmar por ser legal".

Se considera:

1. *A tenor del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, que señala los requisitos formales de la actuación procesal, "toda actuación en el proceso penal debe empezar con el nombre de la entidad o juzgado que la practica, e indicar el lugar, día, mes y año en que se verifique, si se trata de diligencia; o en que sea firmada por el funcionario o juez y su secretario, si se trata de auto o sentencia".*

2. *Concuerda con esa norma el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, según el cual "toda providencia se encabezará con la denominación del correspondiente juzgado o corporación, seguida del lugar y la fecha en que se pronuncie expresada en letras, y terminará con las firmas del juez o los magistrados y el secretario". También el artículo 171 del estatuto procesal penal consagra, en lo concerniente a las sentencias, la exigencia de la indicación en su encabezamiento del nombre del juzgado o tribunal que las profiera y el señalamiento del lugar y de la fecha en que se dictaren.*

3. *El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, ubicado como el 155 en el capítulo de disposiciones generales sobre la actuación procesal, establece que "es inexistente el acta en que falte la indicación de la fecha y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella".*

4. *La prescripción del acotado artículo 162 se refiere también a las providencias judiciales (autos y sentencias). Estas son no solamente actos jurídicos, en cuanto contienen declaraciones de voluntad del juez (singular o colegiado), sino también documentos o escritos que instrumentan las decisiones jurisdiccionales y que reflejan su existencia. Y como documentos son actas o relaciones escritas sujetas a formas de necesaria observancia, entre ellas la precisión del*

juzgado o entidad que pronuncia la resolución, la indicación del lugar y la fecha en que se suscriba y la firma de quien ha realizado la actuación, requisitos todos ellos que le dan autenticidad y eficacia a la voluntad manifestada, esto es, a la providencia como acto procesal, la que al quedar emitida en forma regular y completa adquiere aptitud para producir sus efectos.

5. *Desde el punto de vista documental, la providencia judicial prueba, por modo pleno, el hecho de haberse otorgado y* su fecha, *a voces del artículo 1759 del Código Civil, ya que no se puede cuestionar su naturaleza de documento público o auténtico. Luego es palmar que la fecha no puede estar ausente del instrumento.*

6. *Fluye de lo hasta aquí expuesto que la fecha es elemento estructural de las providencias judiciales, y que su omisión hace inexistente el defectuoso acto jurisdiccional. Y como el proyectado auto venido en consulta no cumple ese requisito, debe ser considerado como inexistente. Así se resolverá.*

Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, oído el concepto del colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara inexistente* el imperfecto auto por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto resolvió declarar prescrita la acción penal seguida en el presente proceso contra el señor Ricardo Paredes Chaves, por supuesto delito de abuso de autoridad, y ordena devolver el expediente a aquella corporación para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA

No existe incompatibilidad entre el artículo 8º del Decreto 2347 que establece el fuero para el juzgamiento de los miembros de la Policía, y la Constitución Nacional. Todo lo contrario: la ley no ha hecho cosa distinta de cumplir con la obligación establecida por el artículo 167 de la Carta, trazando, como lo ha hecho, una norma sobre competencia para el juzgamiento del personal uniformado vinculado a esa corporación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., marzo quince de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 9 de 15 de marzo de 1973.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de Abel Ducuara, agente de la Policía Nacional en la División Cundinamarca, contra el fallo del 8 de junio de 1972 dictado por el Tribunal Superior Militar que aceptó la responsabilidad de aquél en la muerte de Carlos Humberto Dorado Ortiz, otro agente de la misma División, ocurrida en Fusagasugá.

Este fallo acogió, con algunas modificaciones sobre penas accesorias, el de 16 de noviembre de 1971 dictado por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, convocado para el juzgamiento del hecho, en el que condenó a Ducuara a la pena principal de ocho años de presidio, dando aplicación al artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar.

Calificada la demanda y oído al agente del Ministerio Público, se ha agotado el trámite para este recurso extraordinario y se procede al examen de los cargos formulados contra el fallo de segunda instancia.

I

Antecedentes procesales.

Refieren los autos que los agentes de la Policía Nacional Carlos Humberto Dorado Ortiz, Jaime Acosta, Abel Ducuara y Miguel Angel Chaves Cárdenas, se encontraban prestando servicio de vigilancia alrededor de la plaza de mercado de Fusagasugá, en las horas de la tarde del 25 de octubre de 1971, y que antes de vencerse el tercer turno, exactamente a las cinco y cuarenta y cinco, Dorado y Acosta entraron a la cantina de María Teresa Aya de Venegas para verse con Luz Marina Garzón, quien trabajaba allí y era amiga de Dorado. Poco después entraron los otros dos agentes Chaves Cárdenas y Ducuara, y éste cruzó unas pocas palabras con su compañero Dorado Ortiz, sin que se notara carácter ofensivo en ellas, pero al mismo tiempo sacó el revólver y le disparó causándole la muerte poco después de ser trasladado a los establecimientos hospitalarios de la Policía, como consecuencia de anemia aguda. El herido Dorado Ortiz alcanzó a rendir declaración, en la cual se refirió al ataque inesperado del agente Ducuara, sin que hubiera mediado entre ellos ninguna provocación, situación que, de otra parte, refrendan varios testigos presenciales, entre ellos la misma Luz Marina Garzón.

Por tratarse de un hecho cometido durante el régimen del estado de sitio, y en armonía con las normas vigentes, se dispuso la convocatoria del consejo de guerra verbal para el juzgamiento, una vez concluida la investigación de los hechos.

La Resolución de convocatoria es la número 223 del 10 de noviembre de 1971.

Como resultado de los debates, el Consejo emitió su veredicto afirmativo de la responsabilidad, por dos votos contra uno, sobre la base del siguiente cuestionario:

"¿El procesado, agente de la Policía Nacional en servicio activo del Departamento de Policía 'Cundinamarca', Abel Ducuara de anotaciones civiles y calidades militares demostradas en el proceso, con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, es responsable sí o no, de haber disparado su revólver de dotación oficial con intención de matar, en contra de su compañero agente también de la Policía Nacional Carlos Humberto Dorado Ortiz cuyas anotaciones civiles y calidades militares obran en el proceso, causándole la muerte en la forma descrita por los señores médicos legistas, hechos sucedidos de cinco y media a seis de la tarde del día lunes veinticinco (25) de octubre del presente año de mil novecientos setenta y uno (1971) en la cantina de propiedad de María Teresa Aya viuda de Vargas, situada al pie de la Cárcel de Fusagasugá, Cundinamarca?".

Acogiendo la decisión de los jueces de hecho se dictó el fallo de primera instancia, confirmado en lo sustancial por el que es objeto del presente recurso.

II

La demanda de casación.

El apoderado especial del agente Abel Ducuara aduce contra la sentencia condenatoria la causal cuarta de casación descrita en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por nulidad procesal existente en las siguientes situaciones:

Primera. El juzgamiento del agente Ducuara por la justicia penal militar, en las condiciones establecidas por el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, viola el artículo 170 de la Constitución, porque éste sólo se refiere a la convocatoria de los tribunales castrenses para los hechos delictivos atribuidos al personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, sin incluir en el fuero a los miembros de la Policía Nacional, que integran una institución puramente civil. La extensión de esta jurisdicción rebasa las facultades otorgadas al Gobierno por el Decreto 254 de 1971. Siendo así debe reconocerse la excepción del artículo 215 de la Carta, y, aplicar en su verdadero sentido el 170 de la misma a fin de que se anule lo actuado y se disponga que al procesado lo juzgue la justicia ordinaria. Existe pues, en forma manifiesta, la incompetencia de jurisdicción erigida como causal de nulidad por el numeral 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Segunda. La condena se profirió violando el derecho de defensa que garantiza el artículo 26 de la Carta Política, pues en el cuestionario se omitió consignar las circunstancias relacionadas con la culpa, concretándose sólo a las que permitieron reconocer el homicidio intencional. Siendo esta pieza procesal sustitutiva del auto de proceder, debieron plantearse en ella las circunstancias más favorables para que el consejo de guerra tuviera oportunidad de pronunciarse sobre ellas. Tales circunstancias más favorables son la culpa y el caso fortuito. La norma aplicable debió ser bien la del artículo 6º o la del 14 del estatuto castrense, y en manera alguna la del artículo 194.

Tercera. El agente Abel Ducuara "fue dado de baja antes de que se fallara en definitiva el negocio ya que la sentencia aún no está en firme en virtud de haberse interpuesto contra ella el recurso de casación. Precisamente el artículo 45 del Decreto 2340 de 1971 impide aplicar en toda su extensión el artículo 49 del Código de Justicia Penal Militar. Es decir, los agentes de Policía no pierden sus sueldos ni prestaciones sociales hasta tanto no recaiga sobre ellos fallo condenatorio, pero en este caso el Comandante de la Policía Cundinamarca se encargó de aplicar una pena accesoria al agente Ducuara expresamente excluida por el mentado decreto. Y la sentencia del Tribunal Superior Militar dejó vigente en su parte resolutiva la vigencia de este derecho. En este caso, tenemos que por unos mismos hechos se impusieron dos penas diferentes, lo que constituye violación del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal (sic)".

Fundándose en la causal primera de casación formula el libelo un cuarto cargo a la sentencia que plantea así:

"El cargo contra la sentencia recurrida lo hago consistir en que se violó indirectamente la ley sustancial por parte del señor Comandante del Departamento de Policía 'Cundinamarca' al hacer uso del Decreto 3187 de 1968 al dar de baja al agente de Policía Abel Ducuara sin que en su contra se hubiera dictado sentencia condenatoria tal como lo dispone la Ley 108 de 1946.

"El Decreto invocado por el Comandante de Policía Cundinamarca que es el número 3187 de 1968, fue derogado por el Decreto 2340 de

1971, motivo por el cual resulta indebidamente aplicado en perjuicio del agente de Policía Ducuara. Se le dio vida a una norma ya muerta e ineficaz porque precisamente el Gobierno tuvo en cuenta al dictar el Decreto 2340 de 1971, que se estaba cometiendo una injusticia en perjuicio de los agentes de Policía al suprimirles el pago de sus prestaciones sociales''.

En estas condiciones, concluye, debe darse cumplimiento al artículo 583 del estatuto procesal y dictar la sentencia correspondiente.

III

Concepto del Procurador.

El Procurador Delegado para la Policía Nacional examina todas y cada una de las situaciones planteadas en la demanda, cuya síntesis se hizo anteriormente y responde a ellas así:

Respecto del primer cargo es preciso entender que el artículo 167 de la Constitución facultó al poder legislativo para organizar el Cuerpo de Policía Nacional y que esas atribuciones se relacionan con todo lo que concierne a la remuneración del personal, prestaciones, régimen administrativo y judicial del personal uniformado de la Policía. El Congreso otorgó autorizaciones extraordinarias al Presidente de la República en la Ley 7ª de 1970 para reorganizar el Ministerio de Defensa, incluyendo, como es obvio, a la Policía, que está bajo la inmediata dirección y mando de dicho Ministerio (Arts. 40 del Decreto-ley 1705 de 1970, 1º del Decreto 1667 de 1966 y 44 del Decreto 2565 de 1967). El fuero de que trata el artículo 8º del Decreto 2647 de 1971 conserva el que había sido otorgado ya por el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, adoptado como ley por la 48 de 1967. Luego agrega:

''Pero, aún suponiendo que tradicionalmente el personal de la Policía Nacional no gozara del fuero en materia penal, debe entenderse que dentro de la facultad organizadora de la Policía Nacional que dio al legislador el constituyente está la de contemplar para el personal uniformado de la misma institución lo relativo al juzgamiento del mismo por aquellos delitos en los cuales pueda incurrir por razón de la prestación del servicio, si se tiene en cuenta que éste constituye una actividad peculiar, sui generis, distinta de toda otra actividad a la que se dedican las personas sometidas a la jurisdicción penal ordinaria. En efecto: las situaciones dentro de las cuales se puede incurrir en infracciones a la ley penal por el cumplimiento de todas aquellas actividades tendientes a la conservación del orden público interno, —entendido éste no en su concepción restringida de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas sino también todo lo relativo a la situación laboral, industrial y económica—, tienen características totalmente distintas de aquéllas que originan violaciones a la ley penal ordinaria, cometidas por personas que cumplen actividades muy distintas a las de la Policía Nacional o sus miembros''.

Y, finalmente:

''Si el legislador está autorizado por la Constitución para organizar el cuerpo de Policía Nacional y, al hacer uso de ella —así sea trasladándola mediante facultades extraordinarias— reglamentó o, si se prefiere, organizó el status del personal uniformado de la misma, concediéndole fuero en materia penal para el juzgamiento por los delitos cometidos por razón del ejercicio del servicio policivo, no puede predicarse una inconstitucionalidad respecto del artículo 170 de la Carta, ni un desbordamiento o exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República en la precitada Ley 7ª de 1970''.

Respecto del segundo cargo contesta:

''Salta desde un primer momento a la vista que el señor apoderado pretende la reapertura del debate sobre la prueba, ya que busca a través del análisis de la misma demostrar que ella indica que Abel Ducuara incurrió en un delito culposo, no intencional. Busca demostrar mediante el nuevo examen de la prueba, no solamente la falta de intencionalidad del procesado, sino la indebida aplicación de una norma sustantiva como lo es el artículo 194 del Código Penal Militar''.

La jurisprudencia de la Corte, agrega el Procurador, ha sido constante en impedir que se reabra el debate sobre el valor de una prueba que fue precisamente conocida por los jueces de conciencia. De otra parte, el acta de la sesión del consejo de guerra evidencia que se debatió sobre la culpa y el caso fortuito, sin que fueran admitidos, y ''en todo caso no estaba obligado el presidente del consejo de consignar en los cuestionarios la culpa, si consideró que de la prueba surgía el homicidio intencional''.

Respecto del tercer cargo, observa el Agente del Ministerio Público:

''Extraña sobremanera que a través del recurso de casación pretenda el señor apoderado obtener la invalidación de un fallo de carácter penal, alegando para ello actuaciones o actos ad-

ministrativo-disciplinarios que nada tienen que ver con la aplicación del procedimiento penal ni en manera alguna influyeron o podían influir en la decisión sobre la responsabilidad del agente sindicado. Es posible que se hubiese procedido de manera equivocada al producirse el acto administrativo que desligó del servicio al agente Ducuara, pero esa situación no puede tener repercusión sobre la validez de los actos procesales penales y, peca de ingenuidad el pretender deteriorar la validez de las decisiones judiciales penales sobre semejante base".

Por último, en relación con el pretendido cuarto cargo, dice el Procurador:

"Por tratarse del mismo argumento utilizado en el cargo tercero de la causal 4ª que ha quedado contestado, aunque esta vez no para llegar a la conclusión de una violación al artículo 26 sino simplemente de una aplicación indebida de la ley sustancial, podría aquí trasladar la respuesta a lo dicho en aquel cargo. Sin embargo, me permito reiterar que en manera alguna la aplicación indebida de normas sustanciales ajenas al proceso penal y que, en manera alguna, incidieron en el resultado del mismo, puede aceptarse como motivo de impugnación de la sentencia que condenó a Abel Ducuara en segunda instancia, menos aún para dejarla sin valor como lo pretende el demandante. Debe también decirse como en la respuesta al cargo anterior, que carece de seriedad el pretender o, mejor utilizar el recurso extraordinario de casación para alegar tan peregrino argumento, por alejado de la realidad de la técnica misma del recurso".

En conclusión, el Procurador pide que se deseche el recurso interpuesto.

IV

Consideraciones de la Corte.

1. *El artículo 171 de la Constitución de 1886 otorgó al legislador la potestad de "establecer y organizar una milicia nacional", atribución condicionada por entero a la voluntad del mismo, con el objeto de contribuir, mediante la extensión de los cuerpos armados, al completo restablecimiento de la paz pública cuantas veces fuere necesario. La ley, en todo el tiempo que lleva en vigor esa facultad, no la ha desarrollado en manera alguna.*

2. *Tratando de lograr los mismos fines pero sobre bases más estables y de una orientación que conjugare con los principios modernos del derecho administrativo tocante a la organización del Estado, el artículo 75 del acto legislativo número 1 de 1945, numerado hoy como el 167 de la Constitución, dejó la misma potestad pero agregó, como cuestión imperativa, la de organizar el servicio de Policía Nacional, en los siguientes términos: "la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional". Tampoco hizo uso el legislador de la primera atribución, pero en varias oportunidades sí ha ejercido la de organizar la Policía, ya que este es un imperativo que parte del ordenamiento supremo.*

3. *La organización de una empresa, o de un cuerpo, o de cualquier otra entidad, implica resolver no sólo las cuestiones referentes a su establecimiento o a su institución, sino también las de reformarlos una vez en funcionamiento, regulando en cualquier tiempo el número, orden y dependencia de los elementos que la componen, para que pueda cumplir los fines predeterminados. En este orden de ideas, la organización de la Policía Nacional implicaba la expedición de los reglamentos propios del cuerpo, relacionados con la disciplina, composición jerárquica, asignaciones y prestaciones, administración de servicios, ascensos, traslados, dotación, seccionamiento según los lugares y expansión de acuerdo con las necesidades generales del país. En virtud del citado mandamiento, la Policía pudo entrar a integrar un cuerpo nacional, eliminando progresivamente las policías locales, de orden departamental o municipal, única manera de disciplinar y capacitar a sus miembros para prestar eficazmente el servicio de salvaguardia de la tranquilidad ciudadana y de auxilio en la persecución de las infracciones.*

4. *Pero la organización no puede limitarse a los aspectos relacionados sino que forzosamente debe extenderse al régimen de juzgamiento y sancionatorio de las faltas contra la disciplina y de los delitos que la socaven. Hacer esa limitación implicaría dejar por fuera uno de los factores indispensables para el mantenimiento de de esa organización, como cuerpo. Entendiendo por cuerpo, según surge del texto constitucional, una asociación de funcionarios dirigidos por un pensamiento común, administrativo y político, gobernado por disposiciones generales, fijas, solemnes y obligatorias. No podría decirse que existe un verdadero cuerpo de policía, unificado en todo el país, si la ley no tuviera, como sí lo tiene, la facultad de establecer el procedimiento para que se califiquen las conductas de sus miembros y para que se apliquen las sanciones señaladas previamente.*

5. *Esta indicación procesal no sólo aparece refrendada por el artículo 167 de la Constitución, en cuanto permite hacerlo dentro de la organización que debe darse al cuerpo, sino que responde a la naturaleza misma de éste, bien distinta de la de otras asociaciones máxime si se tiene en cuenta que se ordena el régimen especial para el personal uniformado de la institución y exclusivamente en los casos de conductas delictivas cumplidas por razón o con ocasión del servicio. En manera alguna pugna el sentido civil de la Policía con la organización militar que se le da, ni mucho menos cuando se lleva al personal armado del cuerpo a responder ante los tribunales castrenses, por conductas contrarias al servicio.*

6. *La Ley 7ª de 1970 trasladó al Presidente de la República la facultad del Congreso para reorganizar el Ministerio de Defensa y las dependencias a su cargo. Los artículos 40 del Decreto-ley 1705 de 1970, 1º del Decreto 1667 de 1966 y 44 del Decreto 2565 de 1967, disponen que la Policía está bajo la inmediata dirección y mando de ese Ministerio. De donde surge la consecuencia, puntualizada por el Procurador, de que el Gobierno podía organizar, más aún, reorganizar el cuerpo policivo, y por lo que hace relación al fuero que para el juzgamiento establecido en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, "el legislador eventual no hizo cosa distinta de conservar el que ya le había sido otorgado al personal de la Policía por el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, incorporado a la legislación de la República por la Ley 48 de 1967".*

7. *No se ve, pues, incompatibilidad entre el citado artículo 8º del Decreto 2347 y la Constitución. Todo lo contrario, la ley no ha hecho cosa distinta de cumplir con la obligación establecida por el artículo 167 de la Carta, trazando, como lo ha hecho, una norma sobre competencia para el juzgamiento del personal uniformado vinculado al cuerpo. El cargo, pues, no prospera.*

8. El segundo cargo formulado a la sentencia, como se vio antes, consiste en que se violó, según el recurrente, el artículo 26 de la Carta, por deficiencias en el cuestionario. Nada hay que estudiar respecto de este motivo de impugnación porque, como lo observa el Procurador, busca reabrir el examen de la prueba en una etapa en que no es posible aceptar ese debate. Los medios que incriminan al procesado fueron objeto de larga controversia pública, y la decisión de los jueces de hecho no puede ser modificada como se ha propuesto en este recurso extraordinario. Así lo ha resuelto la jurisprudencia en innumerables decisiones, que es inútil recordar transcribiendo los apartes pertinentes de los fallos. El cargo, pues, no puede ser tenido en cuenta.

9. El hecho de que el procesado hubiera sido dado de baja en el cuerpo de Policía antes de que se fallara en definitiva el proceso, no encuadra en ninguno de los motivos de casación de que tratan el Código de Justicia Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal, pues se refiere a una resolución de índole administrativa que es independiente de la sentencia penal. No hay base para proceder al estudio de esta otra pretendida causa de impugnación.

10. Tampoco puede estudiarse el fallo recurrido por violación de la ley sustancial, con base en la causal primera, porque el libelo no contiene otro cargo que el rechazado anteriormente, es decir, el despido del agente Ducuara mediante una decisión administrativa. No existe ningún fundamento para proceder al examen de una causal de casación contra actuaciones administrativas.

En estas condiciones, el libelo es improcedente y, de acuerdo con el Procurador Delegado para la Policía, se desechará el recurso.

Decisión.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado Abel Ducuara contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

Elementos que configuran ese tipo delictual. — Abuso de confianza, presupuestos para su estructuración. — Diferencias básicas de estas figuras delictivas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo).

Aprobado: Acta número 9.

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 12 de febrero de 1972, por la cual se condenó a Germán González García a la pena principal de siete meses y quince días de prisión y a las accesorias condignas, como autor responsable del delito de hurto.

Los hechos.

Los que dieron origen a este proceso los resume el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, en la sentencia de primera instancia, así:

"El señor Joaquín Eduardo Cortés Hidalgo, en su condición de Gerente del Banco de Construcción y Desarrollo, Sucursal Zona Industrial, de Bogotá, estableció con fecha once de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, denuncia penal ante la Comisaría de Occidente, consistente en que, según informes que le había suministrado el señor Julio Enrique Monastoque, empleado del Banco a su cargo, se había encontrado una enmendadura en la hoja correspondiente a la cuenta corriente número 8056 perteneciente a la firma comercial 'Ignacio Gómez y Compañía Limitada', que la afectaba en la cantidad de setenta y tres mil pesos, con el consiguiente perjuicio para la entidad bancaria, la cual tendría que responder por la referida suma.

"Posteriormente, el mismo Cortés Hidalgo amplió su denuncia ante el Juzgado Sesenta y Uno Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de afirmar que, además de la enmendadura anotada antes que afectaba los intereses del Banco en la suma indicada, al practicar un detenido arqueo de caja, se había comprobado un faltante de dinero en efectivo que ascendía a la cantidad de veintitrés mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con veintitrés centavos ($ 23.944.23).

"Del primer hecho el denunciante señaló inicialmente a Jorge Enrique Talero Rodríguez, como posible responsable. Y del segundo, esto es, del faltante en dinero efectivo, sindicó al cajero principal Germán González García, aclarando que éste, por razón de sus funciones, era la única persona que tenía acceso a la bóveda del Banco.

"Por tratarse de dos hechos totalmente diferentes y no conexos entre sí, se separaron las investigaciones y correspondió a este Juzgado lo concerniente a la sustracción de los veintitrés mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con veintitrés centavos, en el cual figura como sindicado Germán González García".

Actuación procesal.

En auto de 14 de septiembre de 1970, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá llamó a juicio a Germán González García como responsable del delito de hurto cometido contra los intereses del Banco de Construcción y Desarrollo, Zona Industrial de esta ciudad. En 27 de agosto de 1971, el mismo Juzgado profirió sentencia condenatoria, la que, consultada, fue con-

firmada por el Tribunal de Bogotá en providencia de 12 de febrero de 1972, contra la cual interpuso el Fiscal Quinto de la nombrada corporación recurso de casación.

La demanda de casación.

El Fiscal recurrente invoca como causales de casación "y en su orden las establecidas en los numerales 4º y 1º del artículo 580 del Decreto 409 de 1971, por cuanto que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad, nulidad que tiene un carácter legal, ya que el artículo 210 (n. 5º) del Decreto 409 de 1971 considera como tal el 'haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción...', lo cual trajo como consecuencia y en la sentencia objeto del presente recurso, el que se violara la ley sustancial, por infracción directa y aplicación indebida, siendo de advertir que por esta fiscalía se aceptan los elementos puntualizados en la sentencia en cuanto a la existencia y modalidades, pero no en su calificación y correspondencia con la pertinente norma penal, la que se estima equivocada al darle una denominación distinta de la que legalmente debe ser como en seguida se expone".

Cargo planteado al amparo del ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Sustenta el actor que al considerarse que el delito de que se ha declarado responsable a Germán González García es el de hurto y no el de abuso de confianza, se ha incurrido en nulidad. De ahí que al invocar la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, concrete el cargo en el motivo previsto en el numeral 5º del artículo 210 ibídem, es decir, en haberse errado en "la denominación jurídica de la infracción".

Aduce que "el cajero pagador de un banco es un empleado de manejo de plena y absoluta confianza, cuyas funciones son las de cuidar y responder por los valores efectivos para cuyo cumplimiento la organización bancaria le suministra una caja, o más propiamente una bóveda de seguridad, cuya puerta de acero está sometida a tres (3) claves, cuyas combinaciones están en posesión del gerente, subgerente y cajero pagador, y fuera de ello en su interior la bóveda cuenta con una rejilla de seguridad cuya llave está sólo en poder del cajero, lo que quiere decir que la única persona que tiene acceso al interior de la caja fuerte es el cajero, ni aún el gerente; si éste desea entrar a la bóveda de seguridad debe pedir permiso al cajero y tan sólo con la presencia de éste puede hacerlo, de lo contrario violaría los reglamentos de la institución, y además si quisiera hacerlo tampoco podría ya que encontraría el obstáculo de la rejilla de seguridad...".

Alega también el demandante que "entre el cajero de un banco y el dinero en él depositado existe a más de un contacto material una relación jurídica que se concreta en funciones que no de otra manera sino como de disponibilidad sobre ese dinero. El contrato de cuenta corriente bancaria crea relaciones jurídicas entre el depositante y el banco, la principal de las cuales, para éste consiste en pagar por medio del cajero a su presentación los cheques que se giran contra la cuenta si hay provisión de fondos y se llenan todas las formalidades de autenticidad del cheque. Pero si esas formalidades no se llenan, el banco, en este caso el cajero y más aún el cajero principal, tienen la facultad para no entregar o no pagar, es decir, rechazar el cheque respectivo...".

Critica el fallo recurrido en cuanto a que de acoger la tesis en él consagrada, "no habría entonces diferencia alguna entre la sustracción de dinero u objetos de una cajilla de seguridad por parte de un cajero del banco donde dicha cajilla se encontrare y la sustracción del dinero por parte del mismo de dineros que para los fines de la institución bancaria misma en ella se hallaren. ¿Qué diferencia podría entonces existir entre la sustracción llevada a cabo en las bóvedas por un auditor de un banco que tiene un control efectivo sobre los valores que entran y salen de dichas bóvedas y para lo cual conserva en su poder una llave o combinación de tales bóvedas con el objeto de que en todo momento sepa qué clase de valores se guardan allí, y la sustracción o apoderamiento llevada a cabo por el mismo de objetos o dinero que en una cajilla de seguridad y en el mismo banco se encuentran y que fueran por un cliente entregados al banco para su custodia por dicho medio?

"¿Se trataría en ambos casos de un delito de hurto...?".

En lo que respecta a los cajeros de banco, afirma —con apoyo en la cita de varios autores— que tienen el carácter de verdaderos administradores de los bienes o valores a ellos confiados. Emile Garcon, uno de los tratadistas llamados para robustecer la tesis que prohija el demandante, dice: "El cajero que recibe y opera los gastos, que tiene la llave de la caja, que es responsable de los errores cometidos en el manejo de fondos, debe ser considerado como que

tiene la posesión de los fondos o valores, que le son remitidos o confiados. Lo mismo debe decirse respecto de los empleados que efectúan cobranzas a domicilio. En la práctica se les persigue siempre por abuso de confianza cuando se apropian de los fondos que de tal modo se encuentran en su poder".

Concluye el actor que constituyendo como constituye el hecho imputado al procesado Germán González García, ex cajero principal del Banco de Construcción y Desarrollo, un delito de abuso de confianza y por "habérsele sin embargo —en forma equivocada— llamado a juicio y condenado por un delito de hurto en la modalidad de agravado, la sentencia del honorable Tribunal Superior (Sala Penal) se dictó en un juicio viciado de nulidad, incurriéndose por tanto en la causal de casación consagrada en el artículo 580 del Decreto 409 de 1971".

Cargo planteado al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"Constituyendo el hecho imputado al procesado Germán González García un delito de abuso de confianza que define y castiga el artículo 412 del Código Penal, no se le dio aplicación a dicha norma y por lo tanto se incurrió en la sentencia objeto del presente recurso en una violación de la ley sustantiva por infracción directa de ésta, por cuanto que una norma se viola directamente no sólo cuando se hace de ella una aplicación errónea sino también cuando se deja de aplicar debiendo haber sido aplicada.

"Al dársele como se le dio aplicación al artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, con las agravantes contempladas en los artículos 32 y 399 del Código Penal, que definen y sancionan el delito de hurto agravado en la modalidad de continuado, a un hecho constitutivo del delito de 'abuso de confianza' se produjo en ella una violación de la ley sustancial por aplicación indebida, incurriéndose por tanto en la causal primera a que alude el artículo 580 del Decreto 409 de 1971".

En consecuencia, solicita el demandante que se case la sentencia de 12 de febrero de 1972, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se profiera el fallo que debe reemplazarla.

Traslado al Procurador.

Ordenado el traslado de la demanda al Procurador Segundo Delegado Penal para los efectos señalados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, manifestó "que no se hace uso de la facultad reconocida en la disposición acabada de citar".

Se considera:

La Sala estudiará en primer término el primer motivo de impugnación planteado, esto es, el propuesto al amparo del ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"; porque si prospera este motivo, como la consecuencia sería la nulidad de la actuación desde el auto del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, de 14 de septiembre de 1970, inclusive, para la reposición del procedimiento, resultaría inane toda consideración relativa al otro cargo.

1º Germán González García ocupaba el cargo de cajero principal pagador del Banco de Construcción y Desarrollo, Sucursal de la Zona Industrial, de Bogotá.

2º El Banco mantenía guardados los caudales en una bóveda que funcionaba con dos combinaciones, una superior y otra inferior. Esas combinaciones las conocían dos empleados: dos la clave superior y dos la inferior. El cajero González García no conocía ninguna de las dos. Para poder abrir la bóveda se requería, por lo menos, la intervención de dos empleados distintos del nombrado cajero.

La bóveda se abría por la mañana cuando el Banco iniciaba sus labores ordinarias y se cerraba a las doce del día. Volvía a abrirse a las dos y cuarto de la tarde y se cerraba a las cinco. Durante las horas de trabajo el cajero tenía acceso a la bóveda. Su función consistía en abrir la reja interior y suministrar a los cajeros auxiliares el dinero necesario para atender el pago de los cheques.

3º *Como observa tinosamente el juzgador de segundo grado, constituye un tema asaz controvertido el atinente a las diferencias que corren entre el delito de abuso de confianza (Art. 412 del C. P.) y el hurto agravado cuando la sustracción se realiza "aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente" (Arts. 397 y 398, Ord. 1º, C. P.). Y es que los factores comunes que concurren en esas dos infracciones dificultan a veces el que pueda determinarse, a primera vista, de cuál de ellas se trata en un cierto caso.*

Como lo ha dicho esta corporación, tanto en el hurto como en el abuso de confianza hay apoderamiento o apropiación de una cosa mueble ajena; y así en el uno como en el otro —en términos generales— existe el ánimo de lucro o apro-

vechamiento personal. Lo que diferencia estos dos delitos es la manera como lo apropiado o sustraído llega a manos del agente de la infracción. En el hurto, el sujeto sustrae la cosa, a la que a lo sumo tiene acceso material por razón de la confianza depositada en él por el propietario; en el abuso de confianza media un desplazamiento de tenencia del dueño hacia el abusario, vale decir, una tenencia fiduciaria, o lo que es lo mismo, basada en el crédito y fe otorgados al tenedor.

4º *En la* tenencia fiduciaria, *característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto del poder de derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue custodiándola, aunque sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre propio o del propietario. A este propósito dice Juan P. Ramos:*

"Entregamos fiduciariamente un objeto cuando transferimos su custodia y deliberadamente entendemos ceder a un tercero la tenencia, que ejercerá por nuestra cuenta. No hay una entrega automática *y* genérica, *como con ocasión de las funciones del sirviente, sino* confiamiento particular, *con ánimo de abandonar la tenencia por cierto lapso"* (Curso de Derecho Penal, *segunda parte, Buenos Aires, 1938, p. 251).*

Soler dice que hay custodia "cuando por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función, puede afirmarse que el sujeto no solamente maneja las cosas sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido" (Derecho Penal Argentino, *Tomo IV, Pág. 415).*

Ernesto J. Ure conceptúa que la tenencia se le ha transmitido al agente, cuando la cosa ha salido de la esfera de custodia y de la esfera de actividad del derechohabiente y se le ha dado un poder autónomo *sobre ella, "poder que puede ser el interés del derechohabiente, o del agente. La distinción de la tenencia a los fines penales reside, pues, en la permanencia o no de la cosa en la* esfera de custodia *y en la* esfera de actividad *del derechohabiente"* (El Delito de Apropiación indebida. *Buenos Aires, 1947, Págs. 76 y 77).*

Custodia, del latín custos, custodis, *voz derivada de* curtos, *forma agente del verbo* curare, *cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa. Custodia es, por tanto, "el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derechohabiente" (Ure, obra citada, Pág. 68).*

Petrocelli, citado por Ure, explica lo que se denomina esfera de actividad *del propietario así: el mueble permanece en esta esfera cuando el dueño lo sujeta a cierta vinculación gubernativa. No lo ve continuamente, ni lo toca, ni puede removerlo de un lugar a otro, para conservar sobre él facultades administrativas y dispositivas. No se transmuta el ánimo posesorio, porque el dueño sigue interviniendo para regular el desempeño de la cosa.*

De suerte que no existe tenencia fiduciaria, *presupuesto material del delito de abuso de confianza, cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derechohabiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda a apropiarse de la misma no podrá reputarse abuso de confianza, sino específicamente hurto.*

5º *En otras palabras, para que haya abuso de confianza se requieren dos elementos: 1º Que el sujeto activo sea tenedor de la cosa mueble ajena, y 2º Que en vez de devolverla, como era su obligación, se la apropie en provecho suyo o de un tercero. Por eso puede ser sujeto activo del delito de abuso de confianza el arrendatario, el usufructuario, el depositario, el acreedor prendario y, en general, todo el que haya recibido la cosa por un acto que le dé la tenencia con obligación de restituir. De ahí que la Corte haya dicho que "La expresión 'título no traslaticio de dominio' que emplea el Código Penal en el artículo 412 al referirse al abuso de confianza, no debe entenderse en forma que restrinja su significado. Pues este elemento del delito no sólo se cumple cuando la cosa es entregada a virtud de contratos sin transferencia de dominio (comodato, arrendamiento, prenda, mandato y depósito), sino también en aquellos actos provenientes de mera tenencia a título precario jurídicamente hablando, como la fiducia, dependientes de confianza o crédito que merezca aquel a quien se le entrega la cosa y la recibe a ese título". (Casación de 21 de febrero de 1958).*

6º *De acuerdo con esta doctrina, que ahora se comenta, es preciso, para que pueda configurarse el delito de abuso de confianza, que quien se apropie una cosa mueble ajena haya recibido la* tenencia *de la misma, sea mediante un título no traslativo de dominio u otro acto que implique*

desplazamiento de la tenencia, es decir, entrega de la cosa para que quien la recibe la tenga bajo su custodia con obligación de devolverla.

De ahí que la Corte dijera, en fallo anterior al que se acaba de citar, que "si la cosa se halla bajo el cuidado del infractor, en virtud de una relación de prestación de servicios, por ejemplo, que excluye su depósito o entrega en poder de aquél y por lo tanto la obligación de restituir, habrá hurto con la circunstancia primera del artículo 398, esto es, con aprovechamiento de la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente, pero no abuso de confianza, por la carencia de título no traslaticio de dominio y de obligación de restituir, que es, precisamente, lo que da la tenencia de la cosa, como materia del abuso". (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *Domingo Sarasty Montenegro, Pág. 20, Nº 32, año 1950).*

Y concluye con impecable lógica: "en el delito de abuso de confianza, un presupuesto resulta necesario: la independencia que el dueño de la cosa otorga al agente, depositando en él su confianza para el manejo y vigilancia de los bienes, enseres o cosas que se han puesto bajo su cuidado, actitud que conlleva al mismo tiempo la renuncia del propietario a ese cuidado y vigilancia" (Ob. Cit., Pág. 21, Nº 35, año 1961).

7º En el caso *sub judice,* el Banco no le transfirió al cajero González García la tenencia fiduciaria de los dineros y valores depositados en la bóveda, pues la conservó en todo momento. Sobre tales dineros y valores ejercía directa y severa vigilancia con la ayuda de los cuatro claveros que conocían las combinaciones, y no con la del cajero principal que ejercía una función de confianza, pero a quien no había traspasado la custodia de los caudales.

González García era un empleado de confianza, mas no un tenedor de bienes.

Todo ello indica que los caudales guardados en la bóveda nunca salieron de la esfera de custodia y de actividad del Banco, porque éste conservó sobre ellos sus facultades administrativas y dispositivas y ejerció, para protegerlos y conservarlos en su poder, medidas de control y vigilancia.

8º Por las razones expuestas la Sala acoge sin reservas las siguientes apreciaciones del fallo acusado:

"En su condición de cajero principal el sindicado no tuvo nunca poder jurídico de disponibilidad sobre ese dinero del cual siempre fue titular el Banco, ni ejercía sobre él custodia y vigilancia autónomas. Para llegar a esta conclusión basta tener en cuenta que su actividad se reducía a tomar materialmente aquella cantidad de dinero que parecía necesaria para irrigar la función de pagar cheques y dejar luego los dineros que quedaban en caja al finalizar labores, en la bóveda del Banco, lo que no implicaba acto alguno de administración, sino cumplimiento, de los precisos deberes que tal cargo impone...

"El sindicado era ciertamente empleado de confianza, como lo son todos los cajeros, sin que por ello pueda afirmarse que los dineros del Banco se le habían confiado *a título no traslaticio de dominio:* lo que se le confió fue la función de distribuir diariamente lo necesario para las actividades de la entidad y la de guardar la plata en la caja de seguridad, actividad que le permitía estar *en contacto con el dinero,* pero no disponer de él... Reitérase igualmente que estos empleados tampoco *administran* el dinero del banco, porque no tienen disponibilidad jurídica sobre él y están atados mediante simple contrato de trabajo con la entidad bancaria que suministra el numerario con el que cumplen sus funciones...".

9º En conclusión, González García no cometió el delito de abuso de confianza sino el de hurto, con el agravante del ordinal 1º del artículo 398 del Código Penal.

De lo anterior se deduce que no está probado el cargo que con respecto a la causal cuarta de casación se le ha hecho al fallo del Tribunal de Bogotá.

Obviamente no puede prosperar el otro cargo planteado al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que consiste en que no se le dio aplicación al artículo 412 del Código Penal y por ello se incurrió en violación de la ley sustancial por infracción directa de la misma.

Surge de lo expuesto que ha de procederse conforme a lo ordenado en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En esta forma la Corte rectifica la doctrina que preconizó en la sentencia de casación de 21 de febrero de 1958, al considerar que constituía abuso de confianza y no hurto un hecho de idénticas características al aquí juzgado.

Como observación final cumple consignar que la Sala no tuvo en cuenta la prueba aportada por el recurrente y que consiste en el oficio dirigido en 20 de noviembre de 1972 por el Gerente del Banco de Construcción y Desarrollo, Sucursal Zona Industrial, al Fiscal Quinto del Tri-

bunal Superior de Bogotá, porque tal prueba no fue producida regularmente durante las instancias del proceso, sino creada por la sola iniciativa del actor cuando ya se habían surtido los trámites del recurso de casación. Y es que el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971) conserva inalterable el principio de la legalidad o legitimidad de la prueba. De acuerdo con el nuevo estatuto, las pruebas sólo pueden admitirse como elementos de convicción cuando han sido "legalmente producidas" (Art. 215). Esa legalidad presupone que hayan sido practicadas por disposición del juez o funcionario instructor, ya de oficio, o a petición del procesado, su apoderado, el representante de la parte civil o el agente del Ministerio Público (Arts. 219 y 220); que las producidas durante el juicio sean públicas, a fin de que puedan ser conocidas, contradichas y controvertidas, ya que al juez no es dable fundar sus decisiones en pruebas secretas, sorpresivas o clandestinas (Art. 222), y que sean pertinentes.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario D'Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Antonio Vicente Arenas —Conjuez—.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRUEBA INDICIARIA

Manera correcta de hacer su valoración. — Concurso ideal de delitos. — Circunstancias de mayor peligrosidad. — Cuando una de estas circunstancias es elemento integrante de un ilícito, no puede tomarse en cuenta en forma independiente para la graduación de la pena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 9, marzo 15 de 1973.

Vistos:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira por sentencia de 10 de noviembre de 1970 absolvió al procesado Alfredo Rojas Escobar, por los delitos de incendio y abuso de confianza y otras defraudaciones por los cuales había sido llamado a juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y ordenó su libertad caucionada. Contra ella interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte civil. El Tribunal citado, con salvamento de voto de un Magistrado, al conocer de aquélla en segunda instancia, la revocó para, en su lugar, condenar a Rojas Escobar a la pena principal de 20 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable de los delitos ya indicados, y consecuencialmente ordenó su detención. Contra esta providencia, que tiene fecha 17 de marzo del año en curso, el defensor del sentenciado interpuso el recurso extraordinario de casación, que le fue legalmente concedido. Cumplidos los trámites a éste correspondientes, se procede a decidir, en la siguiente forma:

Hechos:

En el auto de vocación a juicio, se presentan así:

"En la noche del veintitrés al amanecer del veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y ocho, ocurrió un incendio en el inmueble ocupado por el almacén de discos del señor Alfredo Rojas Escobar, ubicado en la carrera 26 número 28-28 de la ciudad de Palmira, el cual se extendió a la Sastrería 'La Moda', cuyo propietario es el señor Ricardo Valencia Navas. Como era natural acudieron los bomberos a extinguir el fuego y en cumplimiento de su abnegada misión se hicieron hallazgos importantes al explicarse la causa de la conflagración. El Teniente de Bomberos Armando Cabal informa el 24 de junio de 1968 a las 10:30 a. m.: "anoche en el lugar del incendio situado en la planta baja 'Almacén La Moda' fueron encontrados recortes de cartón y adheridos a éstos pedazos de madera y a la vez guaipe con olor a gasolina. Dichos ingredientes los encontró el bombero William Giraldo que a su vez dio a conocer al Teniente Armando Cabal".

"Fue verificada una inspección ocular al lugar de los sucesos de la cual se extractan los siguientes apartes: '... Edificación de dos plantas construidas de ladrillo y adobe... Observándose un foco con proyección de fuego sobre los extremos de las vitrinas que se encuentran en el centro del local y donde se unen ésas, a una distancia de tres metros con diez centímetros de la puerta de hierro que divide el local de la calle con el interior, foco en el cual se halló un montón de discos sobre el suelo, semidestruidos por el fuego; otro foco de incendio sobre un estante de madera donde se encuentran los amplificadores y los tocadiscos, a una distancia de un metro de la puerta de hierro ya dicha, viéndose varios dicos (sic) quemados por la acción del fuego y otros en buen estado... También se encontró gran cantidad de cartones con estopa,

material sin quemar que se recogió...'. 'El fuego del local interior se hace imposible que hubiere penetrado hasta las partes de las vitrinas donde se determinó el primer foco de incendio, debido a la distancia; igualmente se ve que es imposible que las lenguas de fuego o llamas del interior hubieren producido el foco descrito, porque es lo más probable que si éste hubiere ocurrido se habría incendiado el estante de madera que está más cercano a la puerta de hierro y en donde se encuentran los amplificadores y algunos discos, pareciendo más bien que los focos detallados se hubieran producido en forma independiente de las llamas del interior... Igualmente se deja constancia que se recogieron muestras de arbustos hallados en manojos colgados de las puertas, el imán y una bolsa de polietileno encontradas en el piso... Dicha bolsa estaba debajo del estante en donde se encuentran los amplificadores'. Este reconocimiento judicial fue practicado por el Juzgado 70 de Instrucción Penal Militar acompañado de dos peritos que eran Sargentos del Cuerpo de Bomberos (Fls. 12 y ss.). Continuando en la anterior diligencia 'al remover en la tercera pieza de la segunda planta, escombros a dos pilares de madera carbonizados y junto a la escalera se encontró rodeando estos pilares una carpa enrollada a manera de mecha desparramada... En ese lugar se recogió una muestra hallada de un pedazo de cartón corrugado con guaipe pegado y quemado... En el extremo que pudiera corresponder a conclusión del último descanso de la escalera se encontró un foco de fuego y junto a él un conjunto o montón de papeles, un directorio telefónico, varios cuadernos de contabilidad, una libreta de facturas del 'Palacio de los Discos', y otros elementos más, se recogieron de estos elementos el cuaderno de facturas, dos libros de contabilidad, un directorio telefónico y otros papeles con claro y perfecto olor a combustible, al parecer gasolina... En el chaso (sic) siguiente al siguiente (sic) de lo que fue la pieza también se encontró gran cantidad de cartones con estopa, material sin quemar que se recogió. Se verificó la totalidad de las instalaciones eléctricas, no indicaban la existencia de corto circuito alguno, los cables se encontraban meramente ampollados por la acción del calor... Se hizo inspección ocular en el local contiguo de la Sastrería La Moda, lugar en el que el fuego hizo algunos estragos en el techo, se pudo constatar en la forma como se presentan quemados los durmientes de techo y viga, que el fuego se originó en el local adonde se está practicando la diligencia, es decir en el 'Salón Musical' (Fl. 14).

"Al declarar el bombero José William Giraldo Bedoya sobre el hallazgo de una cosa como cartón achuchurrado (sic), explica: 'yo lo hallé en el techo de la parte baja, donde empieza más o menos la caída del capote de la casa vecina, que no sé por qué almacén está ocupada... Era un cartón achuchurrado y no lo detallé bien lo que contenía ni pude tomar olfato si olía a qué, pues estaba acostipado' (Fl. 28). Por su parte el bombero Daniel Guillermo Paz revela que él olió el objeto que había llevado el bombero Giraldo y que había encontrado en el techo de la edificación y 'me di cuenta que exhalaba vapores como de materia inflamable que no pude clasificar debido al fuerte olor a quemado, pero que en todo caso, sí era algo derivado del petróleo, ya fuera gasolina, bencina o cualquier derivado del petróleo'. (Fl. 27 Vto.).

"El profesor José María Garavito, Director del Laboratorio Forense y quien examinó las muestras recogidas, a saber: un directorio telefónico, cuadernos parcialmente quemados, informa que 'fueron sometidas a destilaciones por el procedimiento de arrastre del vapor y a los condensados se les aplicó la prueba química para la determinación de la presencia de hidrocarburos (gasolina, petróleo, etc.), obteniéndose resultados positivos' (Fl. 65).

"El Sargento Viceprimero Héctor Alonso de los Ríos revela que en la inspección ocular verificada con el Juez 70 de Instrucción Penal Militar había observado al entrar que se encontraba en el centro del primer piso o sea donde funcionaba el almacén de discos 'una especie de foco de incendio'. Agrega que dentro del mismo local y en la estantería se encontraba una parte de discos quemados y otros chamuscados y otros en perfectas condiciones. Al subir a la tapia del Salón Musical para entrar al mismo tuvieron que abrir una puerta de hierro que se encontraba con candado y con la ayuda de una escalera subió a la parte posterior del mismo edificio 'y sobre una viga que se encontraba tabla quemada, papeles, los removí y encontré dos directorios y varios papeles que fueron entregados al señor Juez de Instrucción, porque al olerlos parecían estar impregnados de gasolina'. Al inspeccionar el local contiguo, o sea el Almacén La Moda, 'se púdo observar que había parte o sea a unos dos metros del techo de los durmientes quemados por la misma acción de las llamas'. Aclara que por la parte de adelante del Salón Musical no había libre acceso, puesto que se encontraba con

llave y el salón principal tenía una puerta de hierro con candado; que los directorios los encontró en la parte posterior, encima de una viga quemada de la pieza contigua al local principal y que la inspección ocular se verificó unos diez días después del incendio y en ese lapso cayeron varios aguaceros 'inclusive el día en que estábamos en dicha inspección' ''. (Fls. 179 ss.).

Actuación procesal:

Por auto de 28 de junio de 1968, el Juzgado 70 de Instrucción Penal Militar inició las presentes diligencias, decretó y practicó numerosas pruebas y, el 24 de septiembre siguiente, el Juzgado 72 de la misma categoría, profirió auto de detención preventiva contra Alfredo Rojas Escobar, ''sindicado de 'incendio' y de destrucción de objetos de su propiedad con el fin de obtener provecho ilícito de un seguro'' (Fls. 71 ss.). El 10 de octubre del mismo año, el Juzgado 72 no concedió la reposición solicitada (Fls. 106 ss.) por el apoderado del sindicado ni el recurso de apelación subsidiario (Fl. 110, Cfr. Fls. 127 ss.). De nuevo el apoderado del sindicado pidió la revocatoria del auto de detención (Fls. 172 ss.) a lo cual se opuso el Ministerio Público (Fls. 182 Sgt.), pero fue despachado favorablemente por el funcionario instructor (Fls. 187 ss.). El apoderado de la parte civil, previamente constituida, solicitó reposición de la providencia anterior, e interpuso apelación subsidiaria (Fls. 197 ss.). El Juzgado no accedió a modificar su decisión y concedió el recurso subsidiariamente interpuesto (Fls. 200 ss.). Por levantamiento del estado de sitio entonces vigente, el 13 de enero de 1969 se dispuso enviar las diligencias a la justicia ordinaria (Fl. 208). Su conocimiento, en reparto, correspondió al Juzgado Primero Superior de Palmira (Fls. 209 ss.), despacho que declaró cerrada la investigación el 24 de febrero siguiente (Fl. 212). El 23 de abril, el Juzgado del conocimiento sobreseyó definitivamente en favor del sindicado (Fls. 215 ss.). Habiendo sido recurrida en apelación esta providencia tanto por el agente del Ministerio Público como por el apoderado de la parte civil (Fl. 242). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por la suya de 14 de agosto de 1970, la revocó para llamar a juicio a Alfredo Rojas Escobar ''por los delitos de incendio de que trata el Capítulo I, Título VIII, Libro II, del Código Penal, en concurso ideal con el delito de abuso de confianza y otras defraudaciones estudiado por el Capítulo V, Título XVI, Libro II del Código Penal, en concordancia con el Capítulo III, Título I, Libro I, de la misma codificación'', siendo de advertir que en la parte motiva se precisaron como normas violadas los artículos 252 (incendio) y 417 (abuso de confianza...) del Código Penal, mediando la modalidad de su artículo 31 (concurso ideal) (Fls. 232 ss). El enjuiciado, acompañado de abogado, se presentó a responder en juicio (Fl. 259) y se libró la correspondiente boleta de encarcelación (Fl. 260). Por competencia pasaron las diligencias al Juzgado Penal del Circuito, habiendo correspondido su conocimiento al Segundo (Fl. 260 Vto. Sgt.). Durante la etapa respectiva del juicio, se solicitaron, decretaron y practicaron algunas pruebas (Fls. 261 Vto. ss.). La audiencia pública se celebró dentro de los términos previamente fijados (Fls. 286 ss.). Por sentencia de 10 de noviembre de 1970, el Juzgado del conocimiento absolvió a Rojas Escobar de los cargos que le habían sido formulados (Fls. 290 ss.), providencia esta que fue recurrida por el apoderado de la parte civil. Luego se produjo la de segunda instancia del Tribunal la cual, con salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la respectiva Sala de Decisión, revocó la anterior y condenó al procesado en la forma antes anotada, providencia contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se viene desatando.

La demanda:

Con invocación de la causal primera de casación, dos cargos formula el censor contra la sentencia recurrida, los cuales se presentarán y considerarán por separado, haciendo en su debida oportunidad las referencias pertinentes al concepto del Ministerio Público, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. El apoderado de la parte civil, por medio de un escrito solicita que la sentencia no sea casada, mostrándose de acuerdo con los razonamientos del Procurador.

Primer cargo:

1. *Lo enuncia así:*

''(Modo indirecto): acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de casación penal, de haber aplicado indebidamente los artículos 215, 252 y 417, estos dos del Código Penal en concordancia con los 31, 373 y 39, ibídem y aquél del de Procedimiento, en relación, principalmente, con sus otros 216, 217, 218, 229, 234 y 235, a raíz de numerosos errores de hecho en la

apreciación de las pruebas, pruebas y errores que se individualizarán y comprobarán en desarrollo de este cargo".

A continuación presenta los que, en su concepto, son los "fundamentos de la sentencia recurrida relacionados con el cargo", haciendo las transcripciones que estima pertinentes.

2. *Hechos sin prueba tenidos como indicios:*

Bajo este título, luego de hacer alguna consideración acerca de la prueba indiciaria, manifiesta que en la sentencia se incurrió "en los siguientes errores de hecho (notorios porque, como se verá, brotan del proceso mismo, sin necesidad de razonamientos especiales, son objetivos, están en él)", que pasan a sintetizarse:

Como consecuencia de "otros errores de hecho evidentes" que a continuación se precisarán, "dio por probado sin estarlo, que el señor Rojas Escobar tenía motivos suficientes y exclusivos para prenderle fuego a su propio negocio y al edificio del señor Abdul Rahim":

a) Apreció, fuera de su alcance, el reaseguro hecho por Rojas Escobar antes del incendio, de su establecimiento comercial, por no haber relacionado con la declaración de Raúl Saavedra los documentos que obran a los folios 8 y 9 y por la apreciación errónea, por parcial, de los de los folios 157 a 159;

b) Apreció más allá de su alcance, los paseos que Rojas daba por las noches por los alrededores de su "Salón Musical" y el conocimiento que tenía de que ese local iba a ser demolido y por no haber atendido sus explicaciones sobre este punto;

c) Porque no tuvo como probado, estándolo, que el propietario del edificio incendiado, Alvaro Abdul Rahim y el dueño de la sastrería-almacén "La Moda", Ricardo Valencia Navas, vecina del establecimiento anterior, "tenían motivos más poderosos que el señor Rojas Escobar para prenderle fuego", lo cual se debió a apreciación parcial y, por tanto, errónea, de las declaraciones de Rahim, Valencia, Juan Molina y Arnaldo Correa y por falta de apreciación del documento del folio 184;

d) Porque "dio por probada, sin estarlo, capacidad para delinquir en Alfredo Rojas Escobar, al entender por fuera de su alcance natural y obvio, y por ello erróneamente, desgracias anteriores de que fuera víctima", por apreciación equivocada de los documentos de los folios 158, 185 y 186; y por no haber dado el debido alcance a la buena conducta anterior del procesado y su falta de antecedentes judiciales y policivos;

e) Porque "estimó probada, sin estarlo, oportunidad del señor Rojas Escobar para prenderle fuego a su establecimiento comercial y al edificio del señor Abdul Rahim", debido a que: aceptó como probado, no estándolo, que Rojas era "la única persona con motivos suficientes y exclusivos para prenderle fuego a su establecimiento comercial" y al edificio;

f) Porque "dio por probado, sin estarlo, que el señor Rojas Escobar portaba las llaves de su establecimiento comercial o negocio el día del incendio ya que apreció erróneamente los testimonios de Ligia Escobar Espinosa (Fl. 30), Luis Eduardo López (Fl. 273) y Tulio Botero Mejía, el primero porque lo cercenó, los otros porque los descartó sin fundamentos válidos";

g) Porque "tuvo como probado, no estándolo, que a la hora del incendio el señor Rojas Escobar no se encontraba en su casa, debido a la apreciación errónea de los testimonios de Ligia Escobar, Arnaldo Mercado y el propio Rojas, pues éste, 'siendo indescartable lo descartó y aquéllas porque las apreció parcialmente' ".

3. Con el propósito de comprobar los errores indicados, expone:

a) No se tuvieron en cuenta los documentos que obran a determinados folios que evidencian "la capacidad económica y la solvencia moral" de Rojas Escobar, que le merecían la confianza y el crédito de las principales casas disqueras del país, de lo cual se concluye que Rojas no podía tener interés "en prenderle fuego a su establecimiento comercial y al edificio del señor Abdul Rahim". Porque, además: de acuerdo con las cuentas por él hechas, "si al valor de las pérdidas en mercancías se le agrega el de las pérdidas en enseres y el lucro cesante con ocasión de la realización del riesgo asegurado, la proporción entre los diversos valores presenta por sí misma una realidad contraria a cualquier propósito criminal"; y, porque el reaseguro fue insinuado por el vendedor Saavedra y él es de común ocurrencia entre comerciantes a medida que crecen sus negocios;

b) No se aceptó la explicación presentada por Rojas acerca del motivo o causa de su ronda nocturna frente a su almacén, que era de simple vigilancia ni tampoco se valoró la manifestación del declarante Tafur "sobre la inseguridad del sector"; porque el sentenciador no tuvo en cuenta que siendo Rojas dueño de "tres almacenes fuera del 'Salón Musical', al saber que el local ocupa-

do por éste iba a ser demolido, "en vez de prenderle fuego a la existencia de mercancías, podía, perfectamente, trasladarlas a uno de sus otros almacenes y realizarlas allí por su justo valor", sin correr riesgos ningunos. Luego no tenía ningún interés en realizar los hechos que se le imputan.

Lanza insinuaciones de que quien tenía interés en prender fuego al edificio era su propietario Rahim, ya que necesitaba que se lo desocuparan y la tramitación del juicio de lanzamiento era larga y dispendiosa. Y también formula insinuaciones contra el propietario y habitante con su familia del negocio inmediatamente vecino al de Rojas, Ricardo Valencia Navas. De donde concluye que Rojas Escobar no era el único interesado en prender fuego al edificio, sino que los positivos beneficiados serían Abdul Rahim y Valencia Navas;

c) Con relación al dictamen de los peritos, manifiesta que "el fallador le ha dado al 'equívoco' 'focos de incendio' el preciso concepto de 'brulotes', pues emplea aquél y éste, indiferentemente", para finalizar que "es notoriamente errónea la conclusión que sacó de que se habían dispuesto varios 'brulotes' ";

d) Por último anota que por no haber estimado debidamente los testimonios de Ligia Escobar y Arnaldo Mercado, el fallador de primer grado no aceptó la manifestación de Rojas de que él no tenía llaves ningunas de su establecimiento comercial.

A continuación pasa a ocuparse de los que para el demandante constituyen "hechos fundamentales de la sentencia recurrida estimados fuera de su alcance por el fallador", así:

a) Los "papeles 'chamuscados' con claro olor a combustible, de resultados positivos para hidrocarburos (gasolina o petróleo)", "no estaban el día del incendio donde fueron encontrados, porque si así hubiera sido, quemadas las tablas y vigas que los sustentaban, necesariamente se habrían extinguido por el fuego". A pesar de esto, el fallo afirma lo contrario para concluir que el incendio no fue originado por una causa accidental, sino que fue intencional. Luego se falsificó la prueba y "esto es suficiente para derrumbar cualquier cadena de indicios y razonamientos, por sí solo";

b) En cuanto a las llamadas que la misma noche del incendio y horas antes de que estallara se hicieron a la familia Valencia Gómez, las cuales estimó el Tribunal que habían sido hechas por Rojas, con el fin de que los integrantes de aquélla permanecieran despiertos, comenta que ellas, con seguridad, no prueban nada. Por tanto "el fallador incurrió en error de hecho al darle un alcance por fuera del campo de su relación causal, es decir indiciaria, al premencionado sonido de las campanillas del teléfono de Valencia Navas que con lúcida imaginación ligó por presunciones con la autoría del señor Rojas Escobar de los hechos que le fueron imputados". A continuación se detiene en largas consideraciones acerca de lo que titula "mito y realidad de la prueba indiciaria" y de las normas que la consagran en nuestra legislación positiva;

c) Luego, partiendo de una crítica a la inspección judicial realizada el 4 de julio de 1968, manifiesta que el cuerpo del delito tanto de incendio como del contemplado en el artículo 417 del Código Penal, carece de demostración, porque "no se hizo ninguna comprobación por el juez que es lo que la constituye" y porque tampoco está demostrado por medio de la prueba indiciaria.

De todo lo cual concluye que la responsabilidad no está comprobada.

Finaliza este cargo, así:

"Con ocasión de su conclusión errónea, fruto, como se ha comprobado, final de una cadena de errores notorios de hecho, el fallador aplicó indebidamente los artículos 215, 252, 417 y 31, el primero del Código de Procedimiento Penal y los otros del Penal, pues dio por probados plenamente los presupuestos de hecho de sus descripciones objetivas y la responsabilidad del señor Rojas Escobar, sin que lo estuvieran, y cayó en el grave error judicial de condenarlo a la pena principal de 20 meses de presidio y accesorias enumeradas al principio".

Se responde el cargo:

1. Sea lo primero afirmar que la objetividad de los hechos delictuosos por los cuales fue llamado a juicio y sentenciado Alfredo Rojas Escobar está plenamente comprobada en el expediente. A esa conclusión se llega necesariamente de la relación de los hechos ya transcrita en su oportunidad, en la cual se verifican las pruebas a ello correspondientes. Sobre esto no cabe la menor de las dudas. La afirmación contraria hecha por el censor contraría la clara evidencia procesal. Y que el incendio fue provocado de manera voluntaria, también ha quedado plenamente establecido con las pruebas que antes se relacionaron, dentro de las cuales descuella el informe rendido por el Laboratorio Forense de Bogotá, con base en los elementos de juicio recogidos en el lugar de los sucesos.

2. *El actor aplicando un criterio eminentemente subjetivo, entra a considerar aisladamente los indicios de incriminación contra su poderdante, tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador, para llegar a la conclusión de que no constituyen la prueba necesaria para fudamentar la condena. Pero ese sistema de análisis aislado no puede aceptarse. Cuando son varios los indicios que realmente militan como demostrativos del ilícito o de la responsabilidad, no deben tomarse aisladamente sino en su conjunto, para sacar las conclusiones de rigor. Sobre este particular, ha dicho la Corte:*

"Cuando cada uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guardan verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo porque la suma de muchos ceros no pasará de cero. Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos-indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el conocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia pueden ellos probar, ya que la convergencia de los diferentes indicios sobre un mismo punto no puede atribuirse comúnmente a la causalidad. De que esos indicios sean pruebas incompletas no se deduce que carezcan en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba, si reúnen determinados requisitos (C. de P. P., Art. 206)". (Hoy Art. 218. Casación 30-X/44. "Gaceta Judicial", *T. LVIII, página 330).*

La anterior doctrina de la corporación fue expresamente trasladada a la ley, cuando ésta dispuso: "apreciación de las pruebas. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que se le asigne a cada prueba" (C. P. C., Art. 187). Esa norma es de aplicación en el proceso penal, en fuerza de lo dispuesto en la 8ª del estatuto respectivo.*

En la sentencia recurrida en casación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se ciñó a la disposición anterior y a las reglas de valoración e interpretación de la prueba indiciaria. A ésta cuya existencia no ha sido discutida, la apreció en su conjunto. Y, aplicando las reglas de la sana crítica, de manera razonada y metódica señaló el valor que como demostrativas del delito y de la responsabilidad del procesado les asignaba. Frente a este criterio que obedece a la ley, a la lógica y a la objetividad misma de los hechos, el recurrente levanta el suyo, eminentemente subjetivo y que peca por considerar aisladamente cada hecho, intentando así sacar conclusiones favorables a sus pretensiones. Prueba de esta apreciación subjetiva en el libelo la constituye, por ejemplo, el afirmar apriorísticamente que Alvaro Abdul Rehim y Ricardo Valencia Navas "tenían motivos más poderosos que el señor Rojas Escobar para prenderle fuego" al inmueble. Y, también sobre una valoración aislada y parcializada de los hechos al decir, invocando la declaración de Tafur, que la inseguridad reinaba en el sector, cuando está acreditado plenamente que el local donde funcionaba el negocio de Rojas, presentaba extremas seguridades contra quien violenta o subrepticiamente pretendiera penetrar a él. Además: afirma, por ejemplo, que los objetos impregnados de gasolina o petróleo "no estaban el día del incendio donde fueron encontrados, porque si así hubiera sido, quemadas las tablas y vigas que las sustentaban, necesariamente se habrían extinguido por el fuego". A lo anterior cabe replicar con el Ministerio Público que el condenado Rojas "aceptó en la audiencia pública tener en su poder las llaves del almacén en ese interregno —(entre la fecha del incendio y la de la inspección judicial)— y, lo que es más diciente, que en esos once días el establecimiento estuvo vigilado por la autoridad (Fl. 288). Además, la compañía de seguros inició con el acusado el inventario de la mercancía en buen estado y averiada inmediatamente después del incendio (Fls. 157 y ss.)". Por tomar el demandante aisladamente los hechos, pasó por alto su verdadera realidad: así expone que de acuerdo con las cuentas por él hechas, "si al valor de las pérdidas en mercancías se le agrega el de las pérdidas en enseres y el lucro cesante con ocasión de la realización del riesgo asegurado, la proporción entre los diversos valores presenta por sí misma una realidad contraria a cualquier propósito criminal", con lo cual pretende demostrar el error en que se incurrió en la apreciación de los documentos que sobre el particular cita. A lo anterior replica con toda razón el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El almacén 'Salón Musical' fue reasegurado el 2 de abril de 1968 por un total de $ 273.000 (Fl. 141) cuando en el período inmediatamente

anterior apenas se había estimado en $ 171.000 (Fl. 140), a instancias del representante de la compañía de seguros señor Saúl Saavedra (Fls. 174 y ss.). El gerente de Henry C. Hunson & Compañía informa a folios 157 y siguiente que inmediatamente después de ocurrido el incendio se hizo un inventario de la mercancía existente en el almacén afectado cuyo valor total ascendió a $ 131.483.11 pero de ella solamente resultó averiada parte que se estimó en $ 42.072.04; además los daños causados a muebles y enseres se fijaron en $ 19.434.91. La indemnización montaba a $ 54.443.25 y por concepto de pérdida indirecta se reconocía al asegurado un 20% más del total o sean $ 10.888.65.

"Al parecer el acusado Rojas no aceptó la indemnización por estimar que no compensaba los perjuicios sufridos pero si el fuego no se hubiese extinguido tan rápidamente por la oportuna intervención de los bomberos, habría obtenido un notable beneficio pues avaluada la mercancía en $ 131.483.11 el seguro ascendía a un valor total de $ 273.000.

"Destaca este despacho el hecho importante que de acuerdo con la declaración de la señorita Fanny Cárdenas, contabilista de Rojas Escobar, el valor de las mercancías en todos los almacenes de propiedad de éste, en 31 de mayo de 1968 (24 días antes del incendio), ascendía apenas a $ 180.491.04, dato que aparecía al folio 54 del libro de inventarios (Fl. 168).

"En conclusión, el reaseguro se efectuó sin consideración a la existencia real de la mercancía y tampoco guardaba proporción con el valor de la existente el día del incendio. El beneficio que Rojas obtendría en el caso del incendio total del 'Salón Musical' era evidente".

Como puede apreciarse por los casos citados, contra la acertada y objetiva valoración que de los hechos indiciarios hizo el Tribunal sentenciador, el demandante levanta sus apreciaciones de índole subjetiva y su interpretación también subjetiva, sin que en la mayoría de los casos encuentren respaldo procesal que las haga imponer. De manera que el pretendido error de hecho invocado en que se dice incurrió el Tribunal en la valoración de las pruebas, no está demostrado, como tampoco se demostró que la conflagración se hubiera originado por causas distintas de las voluntarias que quedaron plenamente demostradas y que le aparejan responsabilidad penal a su autor, Alfredo Rojas, como también se estableció plenamente por medio de la prueba indiciaria. Lo anterior hace sobrante en esta providencia el que se entre a considerar otras apreciaciones del actor o a rectificar sus personales conceptos como aquél en que da al término foco de incendio un significado totalmente distinto al que en realidad tiene dentro del lenguaje propio de quienes a combatirlo se han dedicado, ya que éstos entienden por tal el sitio o lugar en donde el incendio se inicia y no siempre aquél en que éste se presenta con más fuerza. Y tampoco es exacta la afirmación de que un objeto impregnado en sustancias combustibles hasta el cual llega el fuego tenga que consumirse en su integridad, porque fácilmente puede ocurrir, como lo demuestran las ocurrencias en estos menesteres, que ello no se realice, ya sea por la acción del agua, ya por las circunstancias mismas del objeto, como cuando un libro no se incinera en su totalidad por ejemplo, debido a lo apretado de sus hojas.

No se demostró, pues, que el sentenciador hubiera aplicado indebidamente el artículo 215 del estatuto procesal penal, ya que en el expediente se encuentran "legalmente producidas, la prueba plena o completa" de las infracciones por las cuales se llamó a juicio a Rojas Escobar y de su responsabilidad penal por ellas. Fluye de lo anterior que si existe esa clase de pruebas con relación a los delitos descritos en los artículos 252 (incendio) y 417 (abuso de confianza y otras defraudaciones) del Código Penal y si ellos se cumplieron dentro de la modalidad consagrada por el artículo 31 de la misma obra (concurso ideal), tampoco hubo indebida aplicación de estas normas, como lo pretende el demandante.

En consecuencia, no habiéndose demostrado la causal de casación invocada, este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo:

1. El Procurador Delegado lo puntualiza y sobre él conceptúa de la siguiente manera:

"... Se apoya en la violación directa por aplicación indebida del numeral 3º del artículo 37 del Código Penal ya que, atribuidos al acusado Rojas Escobar los delitos previstos en los artículos 252 y 417 del Código Penal en concurso formal, se incrementó la pena por haber obrado por motivos innobles o fútiles, el ánimo de lucro, que es precisamente elemento del segundo de los ilícitos citados.

"Asiste la razón al actor pues, en verdad, la circunstancia de mayor peligrosidad que se le dedujo en el fallo acusado corresponde al '... fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro u otro provecho ilícito...'

contemplada en el artículo 417 del Estatuto Penal Sustantivo. Se trata de aplicación indebida porque el artículo 37 prohibe considerar como circunstancia de mayor peligrosidad la que ha sido prevista como elemento constitutivo del delito. De otra parte, la circunstancia en cuestión se dedujo después de haber aumentado la pena base en razón del concurso de delitos".

Tiene razón el Ministerio Público en su apreciación de este cargo y por encontrarse fundado, habrá de prosperar:

En efecto:

2. *Tal como se ha sostenido en el auto de llamamiento a juicio y en la sentencia condenatoria recurrida en casación, se está frente a un concurso ideal de delitos y la sanción, según el artículo 31 del Código Penal, es aquella correspondiente al más grave, aumentada hasta en una tercera parte.*

El más grave de los ilícitos contemplados es el de incendio y tiene como mínima una sanción privativa de la libertad de un año de presidio. Sobre esta base, el sentenciador la aumentó en cuatro meses. Así se llega a dieciséis meses de presidio.

Mas en este punto, deduciendo como circunstancia de mayor peligrosidad la tercera del artículo 37 del Código Penal: por ser el motivo innoble, puesto que como tal se consideró el fin buscado por el agente, la pena se aumentó en cuatro meses más, para un gran total de veinte meses de presidio. En la sentencia recurrida se afirma que "está probado plenamente que Alfredo Rojas Escobar, sentenciado, con el fin de obtener para sí el precio del seguro de las mercancías destruyó mediante el incendio que provocó, parte de las mercancías de su propiedad. Violó por consiguiente los artículos 252 y 417 del Código Penal...". Mas si se tiene en cuenta que este fin propuesto es elemento constitutivo del delito previsto en la norma últimamente citada, conclúyese, de acuerdo con el inciso 1º del 37 del mismo estatuto, que no puede ser tomado como circunstancia de mayor peligrosidad, puesto que ya ha sido considerado como elemento integrante del ilícito. En consecuencia, no puede aumentarse la pena por este respecto. Hubo, pues, violación directa de la ley por aplicación indebida del ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal.

Por lo expuesto, este cargo prospera y la sentencia habrá de casarse parcialmente para fijar como pena privativa de la libertad que debe imponerse a Alfredo Rojas Escobar la de dieciséis meses de presidio, en vez de los veinte a los cuales había sido condenado. La accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas queda reducida a un lapso igual al de la principal.

Condena condicional:

El recurrente solicita que en el evento de la casación parcial, que es a la cual se ha llegado, se otorgue a Rojas Escobar "el beneficio de la condena condicional, a que tiene derecho por ministerio de la ley", por reunir los requisitos exigidos para su otorgamiento por el artículo 80 del Código Penal.

Con fundamento en la misma norma invocada por el peticionario que consagra el subrogado penal de la condena condicional, no habrá de accederse a su solicitud, puesto que aquélla sólo puede tener lugar "cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos", pero no cuando la naturaleza de la pena impuesta es la de presidio, como en el presente caso. Lo anterior es suficiente para negar esta solicitud.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, proferida el 17 de marzo de 1972 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el sentido de condenar a Alfredo Rojas Escobar, de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena privativa de la libertad de diez y seis (16) meses de presidio, como autor de los delitos de incendio y abuso de confianza y otras defraudaciones, de los cuales se ha hecho mérito. La pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, será por un tiempo igual al de la pena corporal aquí impuesta. En todo lo demás se confirma dicha sentencia.

Niégase el beneficio de la condena condicional impetrado en favor del sentenciado.

Cópiese, notifíquese, háganse las comunicaciones de rigor. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

P R U E B A S

Dictamen pericial, su valor probatorio, no sólo la prueba grafológica constituye el único medio idóneo para comprobar el delito de falsedad. — Cuando se alega error de derecho en la valoración de la prueba, no basta recordar las formas que debe revestir la prueba testimonial y las condiciones que deben ostentar inexcusablemente los testigos, sino que el recurrente ha de probar concretamente cómo en el caso que controvierte se omitieron por el sentenciador, violándolas, dichas prescripciones. — No es de recibo en casación tomar aisladamente cada uno de los elementos de convicción que sumados conforman el juicio de certeza con que finaliza la sentencia y examinarlos separadamente, como valores autónomos, sin ninguna concatenación entre sí ni con el conjunto del cual forman parte, y concluir que, así, separadamente, ninguno de ellos sustenta, por sí mismo, la totalidad del raciocinio final del juzgador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., marzo veintiséis de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta número 11 de 1973.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de María Teresa Sarmiento Orellana de Plazas, contra la sentencia de 31 de mayo de 1972 proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual fue condenada a la pena principal de cuatro años de prisión y a las accesorias de rigor, por los delitos de estafa y falsedad en documentos.

Hechos y actuación procesal.

El Tribunal los relata en la forma que sigue: "El señor Marco A. Estrada M., en su calidad de Tesorero General del Departamento, tenía a su servicio como Oficial Mayor a la señora Teresa Sarmiento de Plazas, quien era la persona de su absoluta confianza y quien le ayudaba al pago de las cuentas de cobro, al igual que el señor Pedro Julio Rolón. El Tesorero acostumbraba acumular las definitivas que se pagaban para ponerles el sello de cancelado a fin de mes una vez se procediera a rendir las respectivas cuentas a la Contraloría General del Departamento. Por razón de que algunas definitivas, se hicieron efectivas por dos veces, se sindicó de este ilícito a la señora Teresa Sarmiento Orellana de Plazas. La visita practicada a las dependencias de la Tesorería por funcionarios de la Contraloría, arrojó un alcance contra el Tesorero señor Estrada por la cantidad de ciento sesenta y tres mil ciento dieciocho pesos con setenta y seis centavos ($ 163.118.76) moneda corriente".

Estos hechos dieron lugar a que el Secretario de Hacienda del Departamento, en Oficio número 213 de septiembre 4 de 1968, solicitara al Contralor General del Departamento una investigación sobre la veracidad del doble cobro de algunas órdenes definitivas de pago a partir del mes de enero de ese año. En la misma fecha y con Oficio número 002, el Auditor Fiscal de la Contraloría ante la Tesorería Departamental y el Director de ésta hicieron del conocimiento del Contralor las irregularidades allí cometidas por una empleada, que cobraba órdenes definitivas de pago ya canceladas legalmente. Con fundamento en dichos oficios, el Contralor Departa-

mental, en Resolución número 835 de 5 de septiembre de 1968, ordenó abrir la investigación fiscal y administrativa, y comisionó al efecto a Jorge Pompilio Romero y Jesús María Torres, con plenas facultades. Los comisionados practicaron varias pruebas en las dependencias de la Tesorería y con fundamento en sus resultados decretaron auto cabeza de proceso, la detención de la sindicada y el embargo preventivo de sus bienes. Enviaron luego la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Cúcuta, cuyo titular avocó su conocimiento en 7 de febrero de 1969. La investigación fue clausurada en 15 de abril del mismo año. El 27 de junio siguiente, se resolvió sobreseer temporalmente en favor de los sindicados Marco Antonio Estrada Monsalve y Teresa Sarmiento Orellana de Plazas, pronunciamiento confirmado por el Tribunal Superior, con relación al primero, y revocado para la segunda, a quien se llamó a responder en juicio por los delitos de estafa y falsedad en documentos. Por competencia (Ley 16 de 1968) conoció posteriormente el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta. Emplazó legalmente a la sindicada, la declaró reo ausente, y le nombró defensor de oficio. La audiencia pública tuvo ocasión el 15 de septiembre de 1970. El Juez dictó sentencia absolutoria en favor de María Teresa Sarmiento Orellana de Plazas, providencia que revocó el Tribunal cuando conoció de ella en grado de consulta.

Se tramitaron luego incidentes de nulidad y se decretaron en segunda instancia. Finalmente se pronunció el fallo condenatorio de segundo grado, materia del recurso extraordinario que se decide.

La demanda.

La sustenta el recurrente con fundamento en la causal 1ª de casación, prescrita en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Cuestiona errores de derecho por violación de normas sustanciales y procedimentales, simultáneamente, sin especificar el concepto de la violación.

Los hechos que, según el recurrente, fueron apreciados erróneamente por el Tribunal, se concretan en los siguientes cargos, todos al amparo del apartado segundo de la causal primera:

a) Sin tener tal carácter, se tomó el dictamen pericial como plena prueba del delito de falsedad en instrumento negociable, con lo cual se violaron los artículos 215, 216, 217 y 278 del Código de Procedimiento Penal;

b) Los testimonios de Luis Jesús Carrillo, Pedro Julio Rolón, Marco A. Estrada, Carlos Humberto Cuberos, Olivia Martínez Castellanos, Manuel Salvador Navarro y Gladys Sofía Gómez, fueron tenidos por el Tribunal inexplicablemente como plena prueba de la sustracción y cobro de las órdenes de pago ya canceladas, con violación de los artículos 215, 216, 217 y 236 del Código de Procedimiento Penal;

c) Al cobro y obtención de pago de órdenes definitivas, dio el Tribunal antojadizamente el valor de plena prueba, del delito de estafa, sin reparar en que ya habían sido canceladas y el Tesorero Departamental repitió su pago, a sabiendas, con violación de los artículos 408 del Código Penal y 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal;

d) Se concedió valor de plena prueba al acta de visita fiscal en relación con el alcance deducido en cuantía de $ 163.118.76, y al doble pago de las órdenes definitivas, no obstante que el acta contiene la frase "salvo error u omisión se da por terminada esta diligencia". Se violó así, se afirma, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

El recurrente tacha el dictamen pericial porque según él carece de las bases científicas propias de la investigación documental y afirma que el peritaje practicado en el proceso no puede ser tenido como plena prueba de los hechos averiguados, puesto que se trata simplemente de un examen grafológico realizado por un lego en la materia, sobre una fotocopia, de manera parcial y sin ningún método científico. En apoyo de su tesis transcribe apartes de un fallo de la Corte (Sala de Negocios Generales, septiembre 6/40, G. J., Tomo L, Pág. 151) a cuyo tenor la prueba resultante del cotejo (de letra) es siempre mero indicio, y nunca indicio necesario.

Sostiene así mismo el recurrente que los testimonios citados líneas arriba, apartado b) de este resumen, no constituyen plena prueba del delito de estafa imputado a su poderdante, por carecer como tales de los elementos prescritos por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

Impugna luego el alcance que el Tribunal otorga al doble cobro de algunas órdenes de pago ya canceladas, a la luz de los elementos configurantes del delito de estafa, contenidos en el artículo 408 del Código Penal, y afirma que el doble cobro no puede llegar a ser plena prueba de ese delito por cuanto la procesada no realizó maniobras engañosas, ni utilizó ardides ni tretas para lograr el pago de las órdenes canceladas. Ocurrió simplemente que el Tesorero Departamental autorizó el nuevo pago con lo cual in-

cumplió el "deber público de vigilancia sobre los bienes bajo su cuidado" y no hizo uso de su "facultad para impedir cualquier imprevisto brote contra la legalidad". En síntesis, el error del Tesorero fue causado por culpa suya y no por actuación maliciosa de la sindicada, por lo que la norma citada se aplicó menospreciando uno de los elementos tipificantes del delito de estafa.

Por último, el demandante descalifica el valor de plena prueba otorgado al acta de visita fiscal, por cuanto no exhibe carácter definitivo en su forma, ni en su contenido, afirmación que apoya en la frase "salvo error u omisión se da por terminada la presente diligencia", frase que, para el recurrente, constituye demostración palpable de imperfección de aquella diligencia inconclusa, amén de que por no haber sido levantada con sujeción a las disposiciones departamentales sobre la materia, carece de valor, pero también porque en ella se hace constar alcance por suma de dinero tan exorbitante que la inculpada jamás la habría obtenido en el tiempo tan corto en que se presume la comisión del ilícito.

Concluye el recurrente y dice que no aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito en las infracciones imputadas a su patrocinada ni su participación en la ejecución de los hechos que las configuran, por lo cual procede revocar la sentencia recurrida y absolver a María Teresa Sarmiento Orellana de Plazas.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador contesta a cada uno de los cargos formulados a la sentencia recurrida y destaca cómo el impugnante limitó su actuación a contraponer su propio criterio al que sirvió al juzgador para atribuir responsabilidad a la inculpada, y demuestra cómo olvidó elementales reglas de técnica en la sustentación del recurso extraordinario, tales como el señalamiento de las normas sustanciales violadas, el concepto de la violación y no haber advertido en el caso concreto cuáles fueron las normas reguladoras de la prueba infringidas por el sentenciador, en qué forma, requisito previo, sin el cual no es posible pretender la prosperidad del cargo al amparo de la causal primera de casación, apartado segundo, o sea, haber incurrido el sentenciador en error de derecho en la apreciación de determinada prueba, porque le dio un alcance más allá del que la ley le asigna, o le negó en cambio el que legalmente le corresponde. Al examinar la Sala seguidamente y con la debida separación cada uno de los cargos se hará mérito del valioso concurso del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Consideraciones de la Corte.

Primer cargo.

El censor asegura la ninguna validez del dictamen pericial que aparece a folio 146 del expediente, porque el perito grafólogo designado por el funcionario competente para que practicara la confrontación de las caligrafías de la procesada y de la presunta giradora, y precisara cuál de las dos hizo materialmente el endoso que figura en el instrumento negociable, objeto de falsedad, carece de los conocimientos indispensables, hasta el extremo de haber aceptado realizar las confrontaciones no sobre documentos originales sino sobre fotocopias, circunstancia que impide, aun al más entendido en la materia, llegar a conclusiones meritorias.

Por su parte el Tribunal cita autores connotados que sostienen posible dictaminar con éxito sobre fotocopias, y recuerda que no es el íntimo convencimiento sino "la sana crítica" el sistema que permite en el proceso penal evaluar la prueba, "cuyas reglas no son otras que los principios de la lógica y de las ciencias, las enseñanzas de la sicología práctica y los juicios de la vida social".

Quien argumenta en contra de lo afirmado por el perito, no ha de quedarse en el plano de las hipótesis o de las meras suposiciones, sino que, por el contrario, probará satisfactoriamente por qué modo el perito falta a la verdad en sus conclusiones o éstas contradicen los postulados de la lógica o se muestran abiertamente contrarias a la realidad procesal. Ni sobra advertir que el impugnador debe censurar el contenido mismo del dictamen pericial, más que la calidad del perito.

Todo en el expediente indica que el sentenciador llegó al grado de convencimiento racional acerca de la responsabilidad de la inculpada, no solamente al través de la prueba grafológica encomendada a los técnicos del Servicio Administrativo de Seguridad, pero también tomando en consideración otros indicios, que, sumados, sustentan la conclusión de la sentencia. No es cierto, como lo afirma el recurrente, que la prueba grafológica se hubiera decretado con desconocimiento de las normas que le son propias, pues que también se le dieron al perito muy precisas indicaciones sobre la misión que habría de cumplir y se le suministraron oportunamente, como ya se dijo, las caligrafías de la procesada y de la presunta giradora. Sobre éstas realizó el funcionario la prueba que el recurrente supone deficiente, pero sin avanzar a la demostración de su

aserto, que, por lo mismo, queda como una afirmación sin sustento, que no abona la censura. El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Se dijo ya al examinar el cargo primero que el Tribunal Superior de Cúcuta fundó la providencia recurrida en una pluralidad de pruebas que, sumadas, formaron su convencimiento. De este conjunto probatorio hacen parte los testimonios tachados por el recurrente porque "en su apreciación el juzgador no observó las normas reguladoras de la prueba" que, para el caso, no son otras sino los artículos 236, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, que se violaron —dice el recurrente— porque se dio a los testimonios el valor de plena prueba, sin que se hubiese apreciado razonablemente su credibilidad, —teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio—, ni las condiciones personales y sociales de los testigos, ni las del objeto a que se refiere el testimonio, ni las circunstancias en que fue percibido y, en general, las prescripciones contenidas en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

Todo parece indicar que el recurrente fundamenta la censura en el apartado segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, —error de derecho en la apreciación de la prueba—. No cita norma sustancial ninguna del Código Penal, que hubiera sido violada por el sentenciador, como consecuencia de las infracciones de las normas reguladoras de la prueba testimonial. Pero es más: el recurrente no ensaya siquiera demostrar en qué forma violó el sentenciador dichas normas procedimentales, que comenta, es cierto, teóricamente, pero sin derivar para el caso concreto, consecuencia ninguna favorable a sus propósitos, pues no basta recordar las formas que debe revestir la prueba testimonial y las condiciones que deben ostentar inexcusablemente los testigos, sino que el recurrente ha de probar concretamente cómo en el caso que controvierte se omitieron por el sentenciador, violándolas, dichas prescripciones.

Con la sola excepción del error de hecho manifiesto, ninguna otra clase de error de hecho tiene relevancia jurídica en casación, salvo que provenga de un error de derecho: porque el sentenciador hubiese otorgado valor probatorio a determinada prueba con menosprecio de las normas que la disciplinan, o un alcance más allá del que le ha sido asignado expresamente por el legislador, o con demérito del que por este concepto le corresponde.

No basta al impugnante en el caso concreto a que se contrae el cargo que se examina citar los artículos del Código de Procedimiento Penal que disciplinan la prueba por testigos y afirmar seguidamente que el sentenciador incurrió en violación sustancial de los mismos, cuando asignó a la prueba testimonial el valor de plena prueba de la responsabilidad de la procesada, sino que debe demostrar por qué modo el sentenciador, en el caso controvertido, infringió las normas por él señaladas, sin omitir por su parte el señalamiento de las normas que definen y sancionan los delitos imputados a la sindicada, indicando la forma de su infracción, si por falta de aplicación o por aplicación indebida, pues la "interpretación errónea" de la ley sustancial, como vicio de la sentencia, es independiente del error que eventualmente hubiere cometido el sentenciador en el establecimiento de las pruebas o al señalar su mérito.

Ni alega el recurrente en el presente caso que el sentenciador al apreciar la prueba de testigos hubiese omitido observar las normas que la disciplinan, y es improcedente cuanto afirma sobre el mérito que el Tribunal concedió a los testimonios puesto que en su apreciación el juez no está sometido a tarifa legal ninguna que el legislador no asigna a la prueba testimonial, por lo cual, fijar su alcance, corresponde a los jueces del conocimiento, sin más que ceñirse a las normas de la sana crítica, siempre que, por lo demás, se den cumplidos procesalmente los requisitos formales de su asunción.

No puede, en consecuencia, la Corte, de su propio motivo, suplir las deficiencias de la acusación, y el cargo no prospera.

Tercer cargo.

El recurrente da por establecido que el sentenciador admitió como probado el delito de estafa sin que el Tesorero Departamental hubiese sido víctima de engaño por María Teresa Sarmiento Orellana de Plazas, pues el pago de "las definitivas" números 13734, 13736 y 13735 se hizo por segunda vez, a sabiendas de aquél, que, no obstante, repitió el pago. Pero también ahora, como en los cargos anteriores, el recurrente deja sin respaldo ninguno probatorio sus afirmaciones.

El expediente muestra, por lo contrario, que el sentenciador analizó extensamente y en forma específica, especialmente, este elemento de la

"inducción en error" a que fue sometido por la sindicada el Tesorero del Departamento, y pormenorizadamente se refiere al complejo heterogéneo de motivos que ganaron a doña María Teresa Sarmiento la confianza de su superior. Ella era empleada de la Tesorería, con más de una década de experiencia y la única persona que manejaba las "definitivas", que el Tesorero dejaba acumular para finiquitarlas y ponerles nota de cancelación a fines de cada mes. También doña Teresa manejaba las llaves de la caja y ejercía su custodia directamente. En ocasiones, como lo dicen los testigos y ella lo reconoce, hacía personalmente el cobro de las "definitivas" a nombre de los acreedores del Departamento, "y otras veces les entregaba el dinero, y otras lo guardaba personalmente".

Se ganó, pues, la confianza del Tesorero y como era ella la única que manejaba dichos documentos de cobro, y bajo su custodia se acumulaban, cancelados, pero sin nota de cancelación, pudo repetir en su provecho el pago de las "definitivas", ya pagadas. La inducción en error consistió entonces, así lo dice el sentenciador, en aprovechar la confianza del Tesorero e introducir, como nuevos, documentos que en rigor debían exhibir la noticia de su cancelación. El sentenciador agrega que la conducta desprevenida, negligente y culposa del Tesorero, no sana la conducta culpable, dolosa de doña María Teresa. No es cierto entonces que el sentenciador hubiese tenido como probado, sin razón, la inducción en error, a otro, como elemento normativo del tipo de la estafa. Así las cosas, tampoco este cargo prospera.

Cuarto cargo.

A contrario de lo aseverado por el recurrente, o sea que el sentenciador dio por demostrado el monto exacto del alcance, sin prueba suficiente al respecto, puesto que en el acta de visita dejó el perito la frase "salvo error u omisión", el expediente ofrece elementos de juicio suficientes que abonan las conclusiones del fallo cuestionadas en este último cargo.

El sentenciador dijo concretamente sobre este punto:

"Es tan cierto el faltante que el señor Tesorero General del Departamento, don Marcos A. Estrada, quien firma el acta, no objeta la cifra y manifiesta expresamente que 'acepta el faltante' ".

Y refiriéndose al fallo del juzgador de primer grado, cuyo sobreseimiento temporal revocó el Tribunal para dictar auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada, agrega:

"No se puede saber desde cuándo comenzó su vida delictual en el desempeño del cargo, prevalida de la inusitada confianza de su jefe, pero lo cierto, lo que es incontrovertible, que lleva a la íntima convicción y evidencia, es que la señora Sarmiento de Plazas, en un período más o menos largo, se sustrajo valiéndose de artificios y engaños, para su provecho personal y en perjuicio del Tesoro Departamental la suma de $ 163.118.76, como lógicamente se induce del encadenamiento y concatenación de la variada y abundante prueba, que unidas todas constituyen la plena prueba que se requiere para condenar, artículo 215 del Código Penal...".

Por último, con acierto glosa el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la visita objetada la practicaron funcionarios públicos en ejercicio de las funciones que les fueron señaladas por quien era competente para hacerlo. La llevaron a efecto con la plenitud de las formalidades legales y como no ha sido tachada de falsedad, el valor probatorio que le concedió el sentenciador no puede venirse a menos con el solo argumento de que los visitadores dejaron estampada en el acta correspondiente la frase "salvo error u omisión", de uso corriente en esa clase de diligencias y que sirve precisamente para que el funcionario visitado o sus representantes judiciales recuerden que pueden a su vez dejar en ella, en el acta, sus descargos, las explicaciones y aclaraciones que tengan a bien o juzguen legalmente conducentes, o sea, justamente lo que ni entonces ni ahora se ha hecho por los interesados, en forma convincente. Es más: "los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo". (Ord. 1º del Art. 261 del C. de P. P.).

Que no es de recibo tampoco en casación ni en derecho probatorio tomar aisladamente cada uno de los elementos de convicción que sumados conforman el juicio de certeza con que finaliza la sentencia y examinarlos separadamente, como valores autónomos, sin ninguna concatenación entre sí ni con el conjunto del cual forman parte y concluir que, así, separadamente, ninguno de ellos sustenta, por sí mismo, la totalidad del raciocinio final del juzgador.

Lo anterior, sin perjuicio de que uno cualquiera de los medios probatorios se ofrezca por tal modo claro y concluso y por sí mismo convincente, que haga inútil confrontarlo, o yuxtaponerlo a otros.

Cuando ésta no es la hipótesis sostenida por el sentenciador que, contrariamente, deriva su convicción racional de un número plural de pruebas y consecuentemente advierte que sus conclusiones son el resultado de un conjunto concatenado de juicios, el recurrente, si ha de tener éxito en la censura, deberá demostrar cómo el raciocinio judicial no merece confianza, porque sus argumentos sumados ofrecen un resultado manifiestamente contrario al deducido por el juzgador, o porque a dicha conclusión llegó el sentenciador asignando a las pruebas en conjunto o separadamente un valor probatorio no autorizado legalmente.

Quizás no sea excesivo agregar que cuando el legislador no asigna determinado valor probatorio a un medio de convicción judicial, ésta, la convicción del juez, es intocable en casación, sin más que se ajuste a las normas de la sana crítica, y, en su forma, a los requerimientos procesales de inexcusable cumplimiento.

Se deduce de lo dicho que el recurrente no es libre de cuestionar a su talante el acervo probatorio, sino por los motivos específicos tasados por el legislador: porque la sentencia dé como probados los hechos palmariamente inexistentes o niegue la evidencia de los que sí constan en el informativo, o porque reconociéndoles su validez probatoria, les otorgue mérito más allá del permitido legalmente o los tenga en menos del valor que les asigna el legislador.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 31 de mayo de 1972, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso contra María Teresa Sarmiento Orellana de Plazas.

Notifíquese y. devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

A partir de la vigencia de la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, la segunda instancia de los procesos contra abogados por faltas a la ética profesional, corresponde exclusivamente al Tribunal Disciplinario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 12.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia de 11 de diciembre de 1972, absolvió al doctor N. N. "de los cargos por faltas contra la ética profesional del abogado denunciadas por el señor N. N. y que son materia en este proceso penal disciplinario", y ordenó consultar con la Corte esa decisión.

Por auto de 8 de febrero del corriente año se dispuso correr traslado del negocio al Ministerio Público por cinco días y fijarlo luego en lista por igual término, de conformidad con lo previsto en el artículo 566 del Decreto 409 de 1971. Se desconocía entonces la publicación que el día anterior se había hecho de la Ley 20 de 1972.

Obtenido el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal y puesto el proceso a despacho para resolver, *se observa:*

1º *El Decreto extraordinario 196 de 12 de febrero de 1971, que contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía, atribuyó al Tribunal Disciplinario, creado por el artículo 217 de la Constitución Política, el conocimiento en segunda instancia, suscitada por apelación o consulta, de los procesos contra abogados por infracciones establecidas en el Capítulo I del Título VI de aquel ordenamiento, y prescribió que mientras la ley organizaba el funcionamiento de ese Tribunal, las funciones a él asignadas por el aludido decreto serían ejercidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Arts. 66 y 68).*

2º *La Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, que por disposición de su artículo 22 entró en vigor el 7 de febrero de 1973, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial 33782, determinó la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y reafirmó la competencia del mismo para "conocer de los procesos que se adelanten contra los abogados por contravenciones a la ética o a sus deberes profesionales, conforme al Estatuto del Ejercicio de la Abogacía" (Art. 7, ordinal 2º).*

3º *Organizado como fue por dicha ley el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y cumplida así la única condición señalada en el artículo 68 del Decreto 196 de 1971, se privó a la Corte, desde el momento en que empezó la vigencia de aquélla, de la competencia provisional que le había dado el artículo de última cita.*

4º *Las normas atributivas de competencia son de interpretación restricta y, al igual que las concernientes a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplican desde que entran a regir, tal como lo prescribe el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal.*

5º *En consecuencia, el proceso debe ser remitido oportunamente por la Secretaría de esta Sala al Tribunal Disciplinario, al que corresponde su conocimiento.*

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *ordena* la remisión de este expediente, por conducto de la Secretaría, al Tribunal Disciplinario, por ser éste el competente para conocer en segunda instancia del asunto a que él se refiere.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSALES 1ª Y 4ª

Es contrario a los dictados de la lógica, proponer simultáneamente error en la denominación jurídica de la infracción y ausencia de prueba plena o completa del delito y de la responsabilidad penal, ya que la primera pretensión presupone la existencia y demostración del quebranto al estatuto represor. — Error de hecho y de derecho. — Diferencias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 12 de 27 de marzo de 1973.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por *Roosevelt Salazar Herrera* contra la sentencia del cuatro de mayo de mil novecientos setenta y dos, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia lo condenó a la pena principal de treinta (30) meses de presidio como autor responsable de los delitos de falsedad en instrumentos negociables y estafa.

Antecedentes.

a) El sentenciador de segundo grado relata los hechos que determinaron la formación del proceso en la siguiente forma:

"El señor Ricardo Pemberthy, comerciante en grano de esta ciudad, entre el diez y el quince de mayo de este año (1971), giró el cheque número 276862 sobre su cuenta en el Banco de Bogotá, Sucursal Galerías de Armenia, por la suma de $ 29.195.80, a favor de Jesús Castiblanco de Bucaramanga, para cancelarle el valor de un maíz que éste le había despachado. Con un empleado suyo envió al Correo Nacional el sobre que contenía tal documento, y aquél, cumplidos los trámites de rigor en esa oficina, allí lo depositó, como se demuestra con el recibo correspondiente. Días después, el beneficiario Castiblanco, disgustado con Pemberthy porque no le llegaba el anunciado cheque, lo llamó por teléfono reclamándole sobre el particular. Hechas las averiguaciones del caso por el denunciante Pemberthy, pudo constatar que dicho instrumento negociable había sido consignado en la cuenta del sindicado Roosevelt Salazar Herrera, en el Banco Comercial Antioqueño, previo endoso —con firma y sello naturalmente falsificados— por parte de Castiblanco. Tal consignación ocurrió el 21 de mayo y el canje se llevó a cabo al día siguiente, cuando fue cargado a la cuenta del ofendido. Alertadas las autoridades y el encargado de la agencia bancaria, fueron destacados dos agentes del D.A.S., quienes el 24 del mismo mes capturaron al implicado Salazar Herrera, al momento de cobrar un cheque, girado sobre su misma cuenta, por la cantidad de diez mil pesos. Empezó entonces la investigación y quedó congelado el saldo bancario de Salazar Herrera...";

b) Adelantada la respectiva investigación el Juzgado Primero Superior de Armenia calificó su mérito en providencia del once de diciembre de mil novecientos setenta y uno, cuya parte resolutiva, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

"*Primero.* Llamar a responder en juicio, sin intervención del jurado, a Roosevelt Salazar Herrera, de condiciones civiles conocidas de autos, por el delito genérico de 'falsedad en documentos' que define el Título sexto, Capítulo tercero, del Libro segundo del Código Penal, consistente en haber falsificado la firma del beneficiario del cheque distinguido con el número 276862 girado contra el Banco de Bogotá, Sucursal de la Plaza de Mercado de esta ciudad, por el señor Eduardo

Pemberthy y a favor de Jesús Castiblanco, por la suma de $ 29.195.80; según hechos que tuvieron lugar en esta ciudad de Armenia entre el 15 y el 20 de mayo del presente año.

"*Segundo.* Llamar a responder en juicio, sin intervención de jurado, al señor Roosevelt Salazar Herrera, ... por el delito genérico de 'la estafa', que define y sanciona el Libro Segundo del Código Penal, en su Título diez y seis, capítulo cuarto, consistente en haber obtenido por medio de artificios o engaños que el Banco de Bogotá abonara a su cuenta del Banco Comercial Antioqueño de esta localidad la cantidad de $ 29.195.80, valor de un cheque que había sido girado por Eduardo Pemberthy a favor del señor Jesús Castiblanco y cuya firma fue falsificada para hacerlo efectivo; hecho que tuvo lugar en esta ciudad el día 20 de mayo del año en curso".

La misma providencia sobresee definitivamente en favor de Salazar Herrera "en relación con los cargos que le fueron formulados respecto de la sustracción de la oficina de correos del cheque de que tratan estas diligencias" (Fls. 206 y 207);

c) Apeló del vocatorio el procesado, pero habiendo luego desistido del recurso, el juez del conocimiento declaró ejecutoriada tal providencia mediante auto del 24 de diciembre de 1971 (Fl. 213);

d) Practicadas durante el plenario las pruebas que solicitara el acusado y celebrada la audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Armenia condenó a Roosevelt Salazar Herrera, mediante sentencia del 28 de febrero de 1972, a la pena principal de treinta meses de presidio, más las accesorias de rigor legal, como responsable "de los delitos de falsedad en instrumento negociable y estafa" que se le imputaron en el auto de proceder, sentencia que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en la que fue objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda.

La acusación a la sentencia recurrida se formula con apoyo en las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus ordinales 4º y 1º, en su orden.

Causal cuarta. Estima el impugnante que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, hipótesis que el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal prevé en su ordinal 5º.

En desarrollo del cargo se adentra el actor en un extenso análisis probatorio con el fin de demostrar que "la prueba atinente a la falsedad documental imputada al recurrente no tuvo plena demostración en los autos porque el honorable Tribunal desvirtuó la esencia misma de la prueba indiciaria para fundar una condena, es decir, le atribuyó a diversos hechos el valor de varios indicios, cuando en rigor legal tales hechos no venían a constituir sino un solo indicio no necesario que resulta inidóneo para fundar sobre un solo indicio una sentencia condenatoria por el delito de falsedad documental".

El argumento anterior se reitera una y otra vez en los párrafos subsiguientes, resumiendo luego el actor su pensamiento así:

"El cargo que me permito formularle a la sentencia recurrida lo hago consistir en que el honorable Tribunal sentenciador incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción al confundir los elementos tipificadores del delito de estafa, previstos en el artículo 408 del Código Penal con los del delito de falsedad en instrumentos negociables previstos en los artículos 233 y 231 del Código Penal.

"El hecho de haber sido consignado el cheque en la cuenta corriente del procesado, el haber sido puesta la firma de Jesús Castiblanco al respaldo del cheque por personas no identificadas hasta el momento, el haber colocado un sello al respaldo del cheque pueden ser elementos tipificadores de la estafa por ser medios artificios pero nunca elementos constitutivos del delito de falsedad documental.

"En consecuencia, tanto en el auto de proceder como en la sentencia se le atribuyó al procesado el delito de falsedad documental sin estar este delito legalmente comprobado, lo que implica que el honorable Tribunal quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, al dar por establecida una completa responsabilidad criminal sin la completa demostración del delito de falsedad documental...".

Un segundo cargo propone el actor al amparo de la causal 4ª: "en el auto de proceder —dice— se le atribuyó al procesado el delito de estafa consumada dentro de la previsión contenida en el artículo 408 del Código Penal pero no se tuvo en cuenta que en el peor de los casos era un delito de estafa en grado de frustración razón

por la cual no se aplicó el artículo 17 del Código Penal". Y en desarrollo de tal enunciado agrega:

"Para el perfeccionamiento del delito de estafa se requiere que el sujeto activo del delito obtenga un provecho ilícito del objeto materia de la infracción. No bastan los artificios ni los engaños para que haya estafa consumada. Se requiere el provecho obtenido como resultado de la acción antijurídica. No habiendo la obtención de un provecho ilícito, el delito de estafa se sale de la esfera de la consumación para quedar reducido a un delito en grado de frustración como acontece en el caso de autos, donde la suma de dinero está intacta en la entidad bancaria...".

Compendia luego el impugnante sus argumentos de la siguiente manera:

"Incurrió el honorable Tribunal sentenciador en error relativo a la denominación jurídica de la infracción al imputarle en el auto de proceder al recurrente un delito de estafa en el grado de consumación, cuando en rigor de verdad, el delito que más se acomoda a la realidad procesal es el delito de estafa frustrada, teniendo en cuenta que la suma de dinero permanece en el Banco Comercial Antioqueño a órdenes de la justicia.

"Por tal motivo, considero que el honorable Tribunal Superior violó el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, numerales 2º y 3º al no hacer el análisis de las pruebas que hubieran demostrado el cuerpo del delito de estafa, como también el delito de falsedad, omisión que constituye motivo de nulidad del auto de proceder por este doble aspecto".

Concluye este aspecto de la acusación con la solicitud de que se declare en qué estado queda el proceso y se disponga su envío al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte. (Artículo 583, numeral 3, del C. de P. P.).

Causal primera. Dos tachas a la sentencia recurrida propone el demandante dentro del ámbito de la causal primera, a saber:

a) El referido fallo es violatorio de la ley sustancial "por infracción indirecta de la misma".

En desarrollo del cargo el actor alude larga y confusamente a los elementos de juicio en que el sentenciador de segunda instancia funda la responsabilidad penal del procesado, exposición de la cual concluye que sin estar plenamente establecida "por medio de varios indicios graves tal como lo dedujo el Tribunal, se quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y se aplicó en forma indebida los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal Vigente".

Reiterando ese criterio expresa pasos adelante que "el error ostensible y notorio en que incurrió el Tribunal consiste en que dio por establecido el hecho de que el procesado había sido el autor de la colocación de la firma de Jesús Castiblanco en el respaldo del cheque, error evidenciable que cobra mayor fuerza cuando de autos aparece que no se pudo establecer cuál fue la persona que sustrajo de la Oficina de Correos Nacionales el cheque motivo del proceso". Y agrega en el párrafo más comprensivo sobre el particular:

"Otro error evidenciable en los autos, ostensible y notorio consiste en el hecho de que el honorable Tribunal Superior le dio el valor de indicio grave a momentos y circunstancias diversas del hecho criminoso a las cuatro circunstancias analizadas a folios 267 del cuaderno principal, como ser falso que Ofelia de Villada le hubiera prestado los $ 10.000 al procesado; que el señor Maximino Torres también le hubiera dado la suma de $ 4.600 para el pago de unos impuestos; que el Banco Comercial Antioqueño le hubiera facilitado la información sobre la corrección del cheque. Y este error de apreciación probatoria por parte del Tribunal adquiere más relieve cuando se observa que estos hechos son completamente independientes y nada tienen que ver con el hecho de la consignación del cheque en la cuenta del procesado, con la colocación de la firma del beneficiario al respaldo del cheque lo mismo que la puesta de un sello, los que en ningún momento imitaron su letra verdadera ni su firma".

Repite en seguida el impugnante que de no haber mediado los errores a que él alude, los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal "no se hubieran aplicado en perjuicio del procesado";

b) La sentencia acusada "violó en forma *indirecta* el artículo 17 del Código Penal puesto que por una equivocada apreciación de los hechos estimó que la estafa se había consumado en toda su plenitud cuando en el peor de los casos el delito había quedado en la esfera de la frustración".

Para sustentar el anterior enunciado el actor arguye lo siguiente:

"Se equivocó el honorable Tribunal Superior al afirmar en la sentencia recurrida que el delito de estafa se había agotado sin tener en cuenta que el procesado no se había beneficiado de un solo centavo del producto del cheque puesto que

por circunstancias ajenas a su voluntad, es decir, por la actuación de los agentes del D.A.S. éstos le impidieron que el procesado hiciera efectivo un cheque por la suma de diez mil pesos girado contra su propia cuenta corriente.

"Es condición *sine qua non* que para que el delito de estafa alcance su grado de perfeccionamiento se requiere que el sujeto activo del delito induzca a una persona en error por medio de artificios o engaños y que en virtud de esas maquinaciones, obtenga un provecho ilícito a costa de esa persona.

"En el caso del recurrente el aprovechamiento ilícito no tuvo cumplimiento en razón de la actividad de las autoridades policivas que impidieron el cobro del cheque de $ 10.000 girado por el recurrente contra su propia cuenta corriente, por manera que el delito de estafa quedó en el grado de la frustración. Y esta modalidad delictiva está prevista en el artículo 17 del Código Penal que conlleva una apreciable disminución de la sanción punitiva.

"El honorable Tribunal Superior no tuvo en cuenta la prueba obrante en el proceso suficientemente demostrada de que el cheque de $ 10.000 no pudo ser hecho efectivo precisamente por la actuación de las autoridades y la de que el total de la suma de $ 29.185.80 está intacta en el Banco Comercial Antioqueño. Y este error evidenciable, ostensible y notorio tiene proyecciones sobre el artículo 17 del Código Penal que era la norma más acorde con la realidad procesal y que el honorable Tribunal Superior no tuvo en cuenta para reconocérsela a favor del procesado. En consecuencia, por este error evidenciable el fallador ad quem omitió aplicar el artículo 17 del Código Penal".

Finaliza este último capítulo de la demanda solicitando la aplicación de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público.

La Procuraduría Primera Delegada advierte en el libelo tras amplio estudio de su contenido, acusada falta de técnica, pues el demandante plantea "el debate al fallo recurrido invocando dos causales diferentes y sometiendo los cargos proyectados a su amparo al mismo tratamiento ideológico, sin variante alguna en los argumentos de razón" aducidos para sustentarlos. Y fundada en tales premisas, pide a la Sala que no case la sentencia recurrida.

La Corte considera:

Causal cuarta.

1. *En no pocas oportunidades ha expresado esta Sala que la ley, al disciplinar el recurso extraordinario de casación con el fin primordial de unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo, procurando además reparar los agravios inferidos a las partes en el respectivo proceso por la sentencia recurrida, instituyó motivos o causales de claros y precisos contornos, consustancialmente distintos y con proyecciones jurídicas diferentes. De allí que cuando la Corte encuentra justificada alguna o algunas de las causales propuestas tiene que adoptar soluciones armónicas con éstas: casará el fallo recurrido y dictará el que deba reemplazarlo, si prosperan las causales primera y segunda. Devolverá el proceso, por conducto del Tribunal, al juzgado de origen para que se convoque a nuevo jurado, si la causal aceptada fuere la tercera. Pero si se justificare la cuarta, declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al Tribunal ad quem para que proceda de acuerdo con lo resuelto por la Corte.*

2. *Se recuerda lo anterior porque como atrás hubo de expresarse, la primera de las tachas que el actor formula al fallo recurrido con apoyo en la causal cuarta se reduce, en último análisis, a la afirmación de que al procesado se le condenó por el delito de falsedad documental sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de tal infracción y la de que aquél es responsable de ella, tema propio de la causal primera. Se observa, de otro lado, que quien alega error relativo a la denominación jurídica de la infracción acepta la existencia del hecho delictuoso, y sólo se aparta de la calificación o* nomen juris *que el juzgador le ha dado en el auto de proceder. En otros términos: contraría los dictámenes de la lógica, violando el principio de contradicción, el argüir que se ha denominado equivocadamente un hecho criminoso inexistente. Importa anotar, por lo demás, que no se advierte en el fallo acusado —como lo cree el demandante— que el sentenciador haya confundido los elementos tipificadores del delito de estafa previsto en el artículo 408 del Código Penal con el de falsedad en instrumentos negociables, sino que, con fundamento en el acervo probatorio del proceso, afirmó la existencia de los delitos de falsedad y estafa, en concurso material.*

No prospera, en consecuencia, el cargo estudiado.

3. *El segundo cargo envuelve, por modo esencial, una crítica a la actividad estimativa de la prueba examinada por el sentenciador, pues éste consideró plenamente comprobado el delito de estafa, sin degradación alguna, cuando en opinión del impugnante, "en el peor de los casos" se trata de una estafa imperfecta, error probatorio que produjo, consecuentemente, una violación indirecta del artículo 17 del Código Penal. En suma, se propone un argumento aducible dentro del ámbito de la causal primera, pero absolutamente ineficaz para demostrar, al amparo de la causal cuarta, un presunto error en la denominación jurídica de la infracción. También debe desestimarse, por tanto, este aspecto de la censura.*

Causal primera.

4. *La crítica probatoria que el actor adelanta bajo la invocación de la causal primera sólo traduce una diferencia de criterios entre el fallador y el demandante respecto del poder de convicción de los elementos de juicio en que aquél fundó la responsabilidad penal del procesado en cuanto al delito de falsedad en instrumentos negociables. De manera insistente ha expresado la Corte que la autonomía del sentenciador para valorar el material probatorio sólo puede considerarse limitada en dos casos: a) Cuando existe una antinomia tan rotunda entre la evidencia que las pruebas concretamente proclaman y la percepción deformada del Tribunal, hasta el punto de que éste estima probado lo que indiscutiblemente no lo está, o niega la presencia real de lo que se halla comprobado de manera irrefragable; b) Cuando le otorga a un determinado elemento de juicio el valor de que carece, o deja de reconocerle el que tiene, todo conforme a las normas legales que regulan o disciplinan el mérito demostrativo de las pruebas y la manera como éstas deben incorporarse válidamente al proceso. El primer caso estructura el error de hecho, y configura el segundo el error de derecho.*

Ninguna de las dos hipótesis anteriores ha sido demostrada por el actor, quien diserta extensamente sobre violación indirecta de la ley sustancial, pero sin precisar siquiera con claridad, como lo exige perentoriamente la técnica propia del recurso, cuál es la índole del error sobre el cual se pretende construir el cargo.

5. Tampoco asiste razón al impugnante en cuanto concierne a la segunda tacha; violación indirecta del artículo 17 del Código Penal, proveniente de errónea apreciación probatoria. Los elementos de juicio en que se sustenta la sentencia recurrida demuestran que la estafa se consumó, porque al abonarse a la cuenta corriente de Roosevelt Salazar Herrera la suma por la cual fue girado el cheque a que alude el proceso, hubo provecho ilícito para aquel, con perjuicio del girador, cuya cuenta bancaria resultó afectada por igual suma, perdiendo así capacidad dispositiva sobre ese dinero.

6. No encontrándose justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Procurador Primero Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

A partir de la vigencia de la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, la segunda instancia de los procesos contra abogados por faltas a la ética profesional corresponde exclusivamente al Tribunal Disciplinario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 12 de 1973.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cali la providencia de 27 de octubre último, por la cual absuelve a la doctora Luz Melby Díaz Vergara de los cargos que le fueron hechos por supuesta falta contra la ética en el ejercicio de su profesión de abogado.

Se atribuye por el Decreto 196 de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía) al Tribunal Disciplinario, creado por el artículo 217 de la Constitución Nacional, el conocimiento en segunda instancia, originada por apelación o consulta, de los procesos contra abogados, por infracciones previstas en el Capítulo I del Título VI de aquel decreto, y señala, además, que mientras la ley organiza el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, las funciones a éste asignadas serán ejercidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Arts. 66 y 68).

La Ley 20, de 30 de diciembre de 1972, que entró en vigencia el siete de febrero del corriente año de acuerdo con lo que expresa el artículo 22 de la misma (fecha de su publicación en el Diario Oficial número 33782) determina la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y reafirmó la competencia del mismo para "conocer de los procesos que se adelanten contra los abogados por contravenciones a la ética o a sus deberes profesionales, conforme al Estatuto del Ejercicio de la Abogacía" (Art. 7º, Ord. 2º).

Así, pues, habiendo sido organizado por dicha Ley el funcionamiento del Tribunal Disciplinario y realizada, en consecuencia, la única condición prevista en el artículo 68 del Decreto 196 de 1971 para dar competencia en estos asuntos a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha privado a ésta de tal competencia desde la fecha en que entró a regir el citado estatuto orgánico del Tribunal Disciplinario, la que le fue otorgada provisionalmente por el precepto inmediatamente antes mencionado.

Cabe recordar que las normas atributivas de competencia son de interpretación restricta, y, al igual que las concernientes a la sustanciación y ritualidad del proceso, son de aplicación inmediata, esto es, desde cuando entren a regir, de acuerdo con lo que indica el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien:

El trámite cumplido en la segunda instancia de este negocio se dio antes de entrar a regir la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, estando apenas pendiente el fallo respectivo. Para proferir esta providencia la Corte carece de competencia según lo antes dicho. Corresponde, en consecuencia, hacer tal declaración y disponer que oportunamente vaya el proceso al Tribunal Disciplinario, para los fines consiguientes.

Por lo antes expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, *se abstiene* de seguir conociendo en este negocio y *dispone* que se envíe el expediente, oportunamente, al Tribunal Disciplinario, para los fines consiguientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Se estructura este delito, cuando sin estar ejecutoriada la correspondiente resolución, se priva de libertad a una persona, para ejecutar la sanción de arresto impuesta como pena correccional por haber desobedecido, injuriado o faltado al respeto al funcionario cuando actuaba en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 12 de 1973.

Vistos:

Entra a resolver la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Luis Córdoba —quien desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de El Chardo— contra la providencia del Tribunal Superior de Pasto, fechada el veinticuatro de octubre último, por la cual llama al procesado a juicio por el delito de detención arbitraria.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que sea confirmado el auto recurrido, con la adición de que se ordene la encarcelación preventiva del acusado, para quien pide, igualmente, el beneficio de excarcelación con fundamento en lo que señala el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

Se anota en la providencia recurrida, como síntesis de lo ocurrido, lo siguiente:

"Por las pruebas reunidas... se sabe que en El Chardo, el 27 de febrero del corriente año de 1972, fue herido Agustín Mancilla por Miguel Viáfara, investigación que le correspondió al Juez Luis Córdoba, quien a los pocos días de iniciado el sumario le concedió el beneficio de excarcelación a Viáfara. Esta decisión no fue del agrado del ofendido, ni de su esposa, por lo cual acudieron ante el Juez para hacerle reclamos...", los que, en concepto del Juez Córdoba, constituyeron ultrajes proferidos en su contra, por lo que dispuso privarlos de la libertad inmediatamente, sin previa resolución, por un lapso de cuatro horas.

Considera la Corte.

Como anota el Ministerio Público, se tiene la comprobación del encarcelamiento de Agustín Mancilla y su esposa Melania Colorado de Mancilla, como se desprende de la boleta de detención (Fl. 10) y de la certificación del Comando de la Policía en la localidad de El Charco (Fl. 12), ocurrido el 11 de abril de 1972 y que duró el lapso de cuatro horas.

De otra parte, según lo admite el mismo sindicado, a dicha encarcelación de los esposos Mancilla-Colorado no precedió resolución ni procedimiento alguno. Dice, al respecto, el Juez Luis Córdoba: "en vista de encontrarme solo y de haber ido a la alcaldía con el fin de que se encargara el mismo señor Alcalde de sancionarlos, después de darle yo al señor Alcalde mi explicación de los motivos de ultrajes de este par de esposos, no encontré en la oficina, a lo cual no dicté resolución, es decir, procedí antes de que salieran sin castigarlos a elaborar la boleta de detención y llevarlos yo mismo a la casa del Retén de la Policía Nacional; ellos se dieron cuenta cuando ya se encontraron en la Policía arrestados" (Fl. 39).

No tuvo en cuenta el acusado el trámite pertinente, de que trata el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal, que dice:

"Para imponer una pena correccional es necesario probar primero la falta, bien con una certificación escrita del secretario, o con declaraciones de dos o más testigos presenciales.

"Obtenida esta prueba, el empleado dicta su resolución y la manda notificar al penado.

"Si éste reclamare en los dos días siguientes a la notificación, el empleado examina y resuelve la reclamación. Esa decisión es inapelable pero el empleado que abuse de un poder, a pretexto de ejercer la facultad requerida, será castigado con arreglo a la ley penal.

"Dictada o notificada la resolución definitiva, o transcurrido el término que hay para reclamar, sin que haya solicitud alguna, se procederá a la ejecución de la pena; pero el empleado que la impuso puede en cualquier tiempo revocar su resolución, o rebajar la pena, de oficio o a solicitud de parte.

"Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que la ley ordena proceder de otra manera especial.

"Cuando la falta constare en memorial u otro escrito, éste constituirá la prueba necesaria para la aplicación de la pena".

Ahora bien:

En auto de 22 de marzo de 1954 (G. J. tomo LXXVII, Pág. 221), dice la Corte: "comete delito de detención arbitraria el funcionario que administra justicia y que, antes de estar ejecutoriada la correspondiente resolución, priva de su libertad a una persona, para ejecutar la pena de arresto impuesta como pena correccional por haber desobedecido, injuriado o faltado al respeto al funcionario cuando actuaba en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Y en este caso, con tanta mayor razón, las condiciones tipificadoras del delito de detención arbitraria, de que trata el artículo 295 del Código Penal, se encuentran reunidas, pues, como se dejó observado, ni siquiera el Juez (Córdoba) profirió la resolución del caso para sancionar correccionalmente a los citados esposos Mancilla-Colorado. El precepto penal dice: "al funcionario o empleado público que abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, se le impondrá prisión de seis meses a dos años".

En consecuencia, dados los elementos de juicio de que se ha hecho mención, se cuenta con lo que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para llamar a juicio al sindicado. Y, en este caso, resulta jurídico el auto de proceder que examina la Corte.

La supuesta ausencia de dolo, en que el defensor pretende apoyar su petición de sobreseimiento definitivo en favor del Juez (Córdoba), no tiene asidero alguno. En varias oportunidades ha expresado la Corte que, "la presunción de buena fe en el modo de proceder los jueces al aplicar las disposiciones legales no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles para no violar derechos ajenos al aplicarlas" (auto de 27 de febrero de 1946, G. J. tomo LX, Pág. 209). Y mucho menos corresponde admitir la pretensión del defensor recurrente, si se toma en cuenta que en la encarcelación de Agustín Mancilla y Melania Colorado el Juez Córdoba no se encontró ante perplejidad alguna en la aplicación de la ley, sino que dejó de aplicarla, como que prescindió del procedimiento señalado para imponer sanciones de orden correccional.

Por último, es el caso de adicionar el proveído del juzgador *a quo* en el sentido de ordenar la encarcelación preventiva del señor Luis Córdoba por cuanto se tienen las condiciones de que trata el primer inciso del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal. Y también en el sentido de otorgar al enjuiciado el beneficio de excarcelación, pues se cuenta con los requisitos de que trata el artículo 80 del Código Penal para que, en caso de un fallo condenatorio, proceda en favor del procesado el subrogado penal de la condena condicional, lo que hace aplicable el numeral 5º del artículo 453 del Código citado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, *confirma* la providencia del Tribunal Superior de Pasto, de que se hizo referencia, con las siguientes adiciones: 1ª *Ordénase* la detención preventiva del enjuiciado Luis Córdoba por el delito de detención arbitraria, por el cual se le llama a juicio, y, 2ª *Concédese* al mismo procesado Luis Córdoba el beneficio de excarcelación, mediante caución prendaria de doscientos pesos ($ 200) moneda corriente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Es viable esta medida, cuando el hecho imputado a un funcionario tiene como origen un error en la valoración de las normas, siendo éstas susceptibles de varias interpretaciones, por su oscuridad. Pero cuando el mandamiento legal es de meridiana claridad no puede presentarse como excusa una falsa y errada interpretación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., marzo veintiocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 12 de 1973.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cúcuta el proveído de quince de diciembre último, por el cual ordena cesar el procedimiento seguido contra el ex Juez de Menores de Ocaña, doctor Freddy Alonso Quintero Jaime, acusado de abuso de autoridad y detención arbitraria.

La Procuraduría, en su concepto, hace la siguiente síntesis del asunto:

"El siete de noviembre de 1968, Abel Pinzón solicitó al Procurador del hoy extinguido Distrito Judicial de Ocaña se investigara la conducta de los funcionarios del Juzgado de Menores, por haber sido ordenada su detención durante veintitrés días, al no cancelar las cuotas fijadas para alimentos de su esposa e hijos, señaladas en juicio instaurado contra él.

"La Procuraduría Distrital remitió su actuación al Tribunal Superior de Ocaña, al encontrar que la conducta del doctor Freddy Alonso Quintero, Juez de Menores, debía ser examinada penalmente, en relación con el juicio de Carmen Márquez de Pinzón contra Abel Pinzón.

"El 18 de abril de 1969 se declaró abierta la investigación por el Tribunal Superior de Ocaña, la que continuó el de Cúcuta, al extinguirse el primero, y después de practicadas las diligencias más importantes ordenó pasar la actuación al Despacho del Fiscal, para que emitiera concepto sobre posible aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente.

"El Tribunal, en providencia de octubre 22 de 1970 dio aplicación a la norma antes citada, por inexistencia de delito, la cual al ser consultada vino a este despacho donde se conceptuó que debía ser revocada y en su lugar disponer la continuación de la investigación. La Corte Suprema de Justicia, el 16 de marzo de 1971, sobreseyó temporalmente en favor del acusado y dispuso practicar las pruebas puntualizadas en su proveído.

"Reabierta la investigación se oyó en indagatoria al doctor Freddy Alonso Quintero (Fl. 15, 2º C) y por auto de 24 de junio de 1971 se dio nuevo traslado al Fiscal 2º de la corporación para que conceptuara sobre la aplicación del artículo 18 de la Ley 16 de 1969. Se profirió entonces el auto que ahora se revisa...".

Hechos:

Por corresponder a los elementos de juicio traídos al informativo, la Corte prohija la siguiente síntesis de lo actuado por el Juez Quintero Jaime en el referido proceso, hecha por el Procurador 2º Delegado en lo Penal en su anterior concepto:

"Al estudiar detenidamente las copias del juicio de alimentos, iniciado el 26 de enero de 1968 por Carmen Márquez de Pinzón contra su marido Abel Pinzón, se aprecia que la demandante no acompañó a su petición la partida de matrimonio, ni la de nacimiento de sus hijos y tampo-

co la prueba sumaria de que el demandado se negaba a suministrar los alimentos a que estaba obligado y de que tenía capacidad económica para cumplir con esa obligación. La demandante señaló los nombres de testigos para demostrar los hechos, pero el juez acusado no recepcionó tales diligencias, sino que, a su arbitrio, el mismo 26 de enero fijó provisionalmente en trescientos pesos ($ 300) la cuota alimenticia.

"El 27 de febrero de 1968 el Juzgado señaló la fecha del 8 de marzo siguiente para la celebración de la audiencia, en auto que no se notificó al demandado. Cumplida esta actuación, el 10 de marzo se condenó a Pinzón a pagar cuatrocientos pesos ($ 400) mensuales a sus menores hijos y en la misma fecha se notificó al demandado la decisión. El 20 de septiembre, la Secretaría informó que el demandado no había satisfecho la obligación, y el 23 de septiembre, en una misma providencia, se le requirió y se le impuso un año de prisión por el incumplimiento. El 24, con boleta número 79, se le envió a la Cárcel del Distrito. El 16 de octubre se sentó una diligencia de fianza, por la suma de cinco mil pesos, conforme a la cual Abel Pinzón se comprometió a no vender, hipotecar, ni transferir en forma alguna una casa de propiedad del matrimonio Pinzón-Márquez, a entregarla a su esposa para que la habitara con sus hijos. Como no diera cumplimiento a lo anteriormente relacionado, el Juez canceló la fianza".

Considera la Corte.

En el auto de sobreseimiento temporal proferido en este mismo proceso por la corporación, providencia calendada el dieciséis de marzo de 1971, se dijo que "es atendible la petición del Ministerio Público, pues ciertamente el desarrollo del referido juicio de alimentos..." contiene... "diferentes fallas de procedimiento, respecto de las cuales ha debido ser interrogado, en indagatoria, el doctor Quintero Jaime. Esas explicaciones son necesarias para fijar, precisamente, la ausencia de dolo de que habla la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cúcuta".

Y reabierta la investigación, el acusado admite que al demandado, en juicio de alimentos, se le debe notificar el proveído que señala fecha para la celebración de audiencia, pero anota que no sabe qué pudo ocurrir para que, en el citado asunto contra Abel Pinzón, tal notificación no se hubiera realizado. Agrega que, conforme a la interpretación que le da al artículo 71 de la Ley 83 de 1946, la demanda sobre alimentos se aceptaba aun cuando no se allegaran las partidas relacionadas con la personería del demandante y las calidades especiales del demandado y "los alimentos provisionales se fijan de plano... razón por la cual no se recibieron los testimonios previamente a la fijación de éllos". Igualmente da respuesta, así, a las preguntas que pasan a transcribirse:

"Preguntado: ¿considera usted suficiente, para establecer el hecho del incumplimiento de la obligación impuesta a un demandado por alimentos, el informe secretarial en tal sentido, o estima usted que debe ser por petición de parte y debidamente acreditado ese incumplimiento, a fin de imponer la sanción legal? Contestó: generalmente se requiere la información de la parte demandante, es decir, de la persona que debe recibir las cuotas o pensiones alimenticias impuestas por el juzgado. Dentro del expediente deben quedar las constancias, mes por mes, del pago de dichas cuotas. Cuando se presenta la demandante ante el juzgado para informar que su esposo no ha cumplido con las obligaciones impuestas por el juzgado, se pide información al respecto de la secretaría; una vez hecho esto, éntonces se cita al demandado con el objeto de requerirlo para que cumpla sus deberes y si no lo hace en forma inmediata, como lo ordena la ley, entonces se aplica la sanción que establece la misma. Preguntado: ¿en virtud de ese requerimiento al demandado, la ley concede a favor de éste algún término para que cumpla con sus obligaciones? Contestó: la ley dice que si no deposita las mesadas inmediatamente se le debe aplicar la sanción... Es decir, se requiere como dice la ley, que se presente la queja sobre el incumplimiento, pero como decía anteriormente y en razón de que dentro del expediente deben quedar las constancias del pago de esas cuotas, se debe pedir o exigir la constancia secretarial en ese mismo sentido".

Ahora bien:

Dentro de las normas que se ocupan del trámite a seguir en las demandas sobre alimentos, se tienen los siguientes preceptos:

"Artículo 78. El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.

"Artículo 79. Para los efectos del artículo anterior, al ser presentada la queja sobre el incumplimiento del padre, el juez ordenará a este se presente dentro del octavo día después de efec-

tuada la citación personal, a fin de que tenga lugar una audiencia, en la que se oirán sus descargos.

"El juez fallará dentro del tercer día, y si el que fuere condenado al pago de las pensiones no las consigna, se cumplirá la sentencia pronunciada".

El procedimiento antes señalado no fue tomado en cuenta para imponer al nombrado Abel Pinzón la pena privativa de la libertad de que da cuenta en su denuncia, pues la providencia de 23 de septiembre de 1968 que señala aquella sanción fue proferida sólo con base en un informe de la Secretaría, de que Pinzón "no ha dado cumplimiento a la providencia dictada por este Juzgado", sin que precediera queja alguna y sin haberse oído al acusado en la forma señalada en el artículo 79, antes transcrito.

No resulta, pues, en el estado actual de la averiguación, que el Juez Quintero Jaime, *al prescindir de trámites claramente indicados en la ley, haya apenas incurrido en simple yerro en la interpretación del citado artículo 79 de la Ley 83 de 1946, para dar por cierto, como lo entiende el juzgador* a quo, *que la conducta del sindicado está ausente de dolo.*

Se trata de un precepto claro, como que alude, apenas, a trámites previos para que el juzgador llegue a imponer sanciones por el incumplimiento de la obligación de cubrir las cuotas alimenticias.

Tiene, por tanto, razón el Procurador 2º Delegado en lo Penal al observar que "la conducta del Juez fue, por varias razones, contraria a claros mandamientos legales, sin que —con las explicaciones dadas por el funcionario acusado— pueda definitivamente afirmarse que todo obedeció 'a una falsa y errada interpretación', como lo quiere el a quo *en su providencia, pues, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, la buena fe en los errores de los funcionarios sólo puede aceptarse en presencia de disposiciones o hechos que den lugar a diversas interpretaciones, por su obscuridad, y no como en el caso comentado, donde se está en presencia de normas claras y terminantes, fácilmente comprensibles para un profesional del derecho".*

No resulta, según lo anotado, pertinente la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y corresponde, en consecuencia, revocar la providencia objeto de la consulta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, *revoca* el proveído del Tribunal Superior de Cúcuta, de que se hizo mérito, a fin de que se prosiga la averiguación y trámite del proceso que se sigue al doctor Freddy Alonso Quintero Jaime, sindicado de abuso de autoridad y detención arbitraria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Cuando se invoca como motivo de casación la nulidad por error en la denominación jurídica del delito, son necesarias dos argumentaciones concurrentes: la primera referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida; y la segunda, tendiente a demostrar cuál fue la infracción que debió reconocerse por el juzgador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 13 de marzo 30 de 1973.

Vistos:

El defensor de los procesados Gladys Restrepo de Escrucería y César Domingo Escrucería Grijalba interpuso el recurso de casación contra la sentencia del 19 de junio de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la cual condenó a las personas citadas a cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de peculado, dando aplicación al artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Esta decisión no pudo notificarse a los procesados, declarados reos ausentes, de acuerdo con la ley procesal, pues en ningún momento aparecieron después de oídos en indagatoria.

El fallo recurrido revocó la absolución que había proferido el Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Tumaco, con fecha 3 de abril de 1972.

Procede a resolverse el recurso extraordinario, cumplidos como están los trámites, calificada la demanda del defensor de oficio y recibida la respuesta del agente del Ministerio Público, que en este asunto actúa por conducto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

El proceso.

Gladys Restrepo de Escrucería desempeñó el cargo de Agente de Rentas de Candelillas, Municipio de Tumaco, entre el 24 de marzo de 1962 y el 18 de abril de 1964, calidad que se encuentra debidamente acreditada en los autos, junto con las demás exigencias relacionadas con el ejercicio de dicho cargo público, vinculado a la administración del Departamento de Nariño. Fue nombrado por el Gobernador, según Decreto 166 de 1962.

En la fecha últimamente indicada, o sea el 18 de abril de 1964, se trasladó a Cali con el fin de atender a una hija menor de edad que debía ser tratada quirúrgicamente en esa ciudad, encargando del cargo, sin autorización ninguna de los superiores, ni aviso a éstos, a su marido César Domingo Escrucería Grijalba. Seguramente con la noticia de este viaje que se prolongó por veinticinco días, la Contraloría del Departamento envió un visitador, quien luego de las necesarias indagaciones, tuvo que levantar el acta con la constancia de un faltante de treinta y seis mil trescientos treinta y un pesos con treinta centavos, valor de los licores y otros efectos consignados en la agencia y que no estaba representado ni en dinero ni en especie.

El encargado de la agencia, Escrucería Grijalba, se limitó a explicar que todas las existencias habían sido repartidas a lo largo del río Mira y de la carretera que conduce a Tumaco, pero la verdad es que en la agencia no existía ningún documento que acreditara la existencia de tales créditos.

Suscriben el acta, conjuntamente con el Visitador Gerardo Guerrero, el Corregidor Herrera y Escrucería Grijalba.

La investigación fue calificada con auto de llamamiento a juicio de los dos procesados, por el delito de peculado, sin que se les encontrara para la notificación, por lo que fueron declarados reos ausentes en providencia del 19 de febrero de 1971 y asistidos por un defensor de oficio.

Sobre esta base se dictó el fallo condenatorio objeto del presente recurso.

Demanda de casación.

El libelo pretende impugnar la sentencia condenatoria basándose en las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en el orden indicado, y plantea los cargos tal como se extractan en seguida:

La causal cuarta, existe, a juicio del recurrente, porque la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, vicio que explica así:

A) Por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, según la previsión del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal; pero "esta nulidad cobija única y exclusivamente al procesado José Domingo Escrucería Grijalba", a quien se le aplicó equivocadamente el artículo 19 del estatuto represor, pues "no se le reputó siquiera como un particular extraño al peculado doloso sino que le reconoció carácter de coadministrador de la agencia", calidad que no tenía ni podía adquirir por el hecho de la ayuda prestada a su esposa;

B) Porque, como consecuencia inmediata de la errónea calificación jurídica, la sentencia "aplicó indebidamente el artículo 3º del Decreto 1858 de 1931 (sic), en relación con el artículo 19 del Código Penal, dejando de aplicar la norma punitiva adecuada al caso... La sentencia impugnada tuvo que recurrir a la aplicación del artículo 19 del Código Penal, para poder imputarle al señor Escrucería Grijalba responsabilidad por el peculado doloso, a través de una coautoría en el mismo de la Agente de Rentas. Si no hubiera recurrido a este esguince jurídico, no había podido errar en la calificación genérica del delito".

Con base en la causal primera alegada "en forma consecuencial respecto de la anterior", plantea los aspectos que se sintetizan a continuación:

a) "La sentencia le dio al señor Escrucería Grijalba el título de coadministrador de la Agencia de Rentas de Candelillas, lo que constituyó todo un error de hecho, que aparece manifiesto en los autos, pues ni obra documento alguno que lo acredite, y mucho menos un acto de voluntad de la señora Agente". Debido "a este error de hecho al señor Escrucería Grijalba se le consideró responsable, violándose indirectamente la ley sustancial que configura el delito de peculado, o sea el Decreto-ley 1358 de 1951, así como el artículo 19 del mismo Código Penal, por aplicación indebida";

b) "Se cometió error de hecho al no tener en cuenta el acta de visita, que obra a folios 38 y siguientes del cuaderno principal, por cuya calidad de documento oficial venía a establecer innegablemente que el señor Escrucería Grijalba fue encontrado el 2 de mayo de 1964, manejando la agencia el solo, pues la señora Agente se encontraba ausente". Esto significa que tenía aquél calidad de particular y no de empleado público. En estas condiciones el fallo "desestimó una prueba que le hubiera servido como elemento para imputarle al señor Escrucería otra infracción distinta a la por la cual se le condenó, dejando de aplicarse la norma respectiva, y que se aplicó indebidamente el Decreto 1858 de 1951, en relación con el artículo 19 del Código Penal";

c) Se desestimaron varios testimonios, como los de César Escrucería, Tomás Patarroyo, Alfonso Gil y otros, con los cuales se establece que la titular de la agencia estuvo de viaje por Cali desde el 18 de abril hasta el 13 de mayo de 1964. "Por el desconocimiento de esta prueba de valor innegable, la sentencia razonó jurídicamente en perjuicio del procesado, imputándole la comisión de un peculado, al tenor del artículo 3º del Decreto-ley 1858 de 1931 (sic), y el artículo 19 del Código Penal, normas que fueron mal aplicadas por la sentencia";

d) Diciendo que se apoya específicamente en la causal primera, pero mencionándola como "tercera causal que se alega", observa el libelo que la sentencia ignoró en forma absoluta la prueba relacionada con la ausencia de la empleada titular, que ésta no se comportó como señora y dueña de los bienes confiados, que no pudo ejecutar el delito precisamente por la ausencia debidamente acreditada, que se equivocó en la apreciación de su indagatoria, que el acta de fenecimiento no podía demostrar responsabilidad penal, que no hubo dolo, que dejó de aplicarse el artículo 154 del Código Penal, que hubo en la procesada una justificación por el abandono del cargo y que, a lo sumo, concurrió en ella una culpa no imputable. Todo lo cual conduce, según el libelo, a la indebida aplicación de las normas penales citadas anteriormente.

Concepto del Procurador.

En relación con la causal cuarta invocada, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal observa: el error alegado concierne no a la calificación del delito sino al grado de participación en él, lo que no es discutible al amparo del motivo invocado. En segundo lugar, el fallo contra César Domingo Escrucería no es como coautor del peculado, sino como partícipe, con arreglo a

lo dispuesto en el artículo 19 del estatuto represor. En tercer lugar, "con apoyo en este motivo de nulidad el actor pretende demostrar la inocencia de César Domingo Escrucería, lo cual resulta impertinente".

En relación con la causal primera, y aunque el actor se refiere a la violación directa de la ley sustancial, lo mismo que a la indirecta, "es lo cierto que todos los cargos pretenden apoyarse en errores en la estimación de la prueba y por tanto resulta impertinente la invocación de la violación directa de la proposición jurídica completa. De otra parte, la exposición de los cargos no se ajusta a la técnica propia de este recurso extraordinario, pues aparece desordenada, imprecisa, no se comprueba la infracción de la norma penal sustantiva y el mismo motivo de impugnación se repite tres y hasta cuatro veces".

A pesar de esto, el agente del Ministerio Público discrimina cada uno de los cargos, tratando de encontrar su sentido, con un criterio de extensión, para concluir en que las impugnaciones carecen de fundamento, pues el delito fue calificado adecuadamente, la responsabilidad de Escrucería fue la de partícipe y no la de coautor y que, en definitiva, "los dineros y licores puestos bajo la responsabilidad de la señora Gladys de Escrucería desaparecieron en su totalidad y la acusada no ofreció justificación o al menos explicación satisfactoria de tal hecho. Que la señora de Escrucería hubiese estado ausente del lugar de su residencia no constituye motivo de discusión de la responsabilidad penal que le incumbe".

No hubo error de hecho, tal como lo pretende el actor, en lo que concierne a la indagatoria de la acusada ni a las pruebas, y de otra parte, los cargos restantes son los mismos primeramente enunciados y refutados. En tales condiciones, el fallo es inobjetable y el recurso debe ser desechado.

Consideraciones de la Corte.

1. *Cuando se invoca como motivo de casación la nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, son necesarias dos argumentaciones concurrentes: la primera, referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida; y la segunda, también suficientemente demostrada, en el sentido de cuál debió ser la norma aplicable, o, por mejor decir, cuál la infracción que debió reconocerse por el juzgador. Prescindir de cualquiera de estos dos planteamientos es incurrir en lo que la jurisprudencia reiterada de la Corte ha venido denominando "proposición jurídica incompleta", esto es, un enunciado al cual falta otra parte para adquirir unidad jurídica. No puede la Corte entrar a estudiar un cargo hecho a medias, aunque la demostración parcial se efectúe lógica y cumplidamente. Si falta la enunciación y la prueba del otro aspecto, el principio jurídico escinde y no es posible suplirlo con consideraciones que el actor dejó de aportar, pues estas consideraciones entrarían en el plano del artificio o de la conjetura.*

2. *En el caso de autos se alegan las causales cuarta y primera y tratan de demostrarse con los mismos elementos y razones, pero en uno y en otro caso haciendo la afirmación de que se aplicaron indebidamente los artículos 3º del Decreto 1858 de 1951 y 19 del Código Penal, que regulan el delito de peculado y la participación en él. Sobre esta materia se detiene largamente el actor, faltándole el planteamiento y la necesaria demostración de cuál fue la norma que debió aplicarse, o, en otros términos, cuál es el tipo criminoso dentro del cual deben encuadrarse las conductas de los dos procesados o de uno de ellos. Significa lo anterior, que la demanda formula una proposición jurídica incompleta y que en este recurso extraordinario no se puede suplir lo que el actor dejó sin cumplimiento. En tales condiciones, no procede el estudio de los cargos hechos al fallo condenatorio. En consecuencia, se desechará el recurso.*

Fallo.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 19 de junio de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la cual condenó a los reos ausentes Gladys Restrepo de Escrucería y César Domingo Escrucería Grijalba, de que se ha hecho mérito en el presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

Alcance del elemento "a sabiendas" empleado por el legislador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., abril nueve de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 14 de abril 9 de 1973.

Vistos:

Previo concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, entra la Corte a resolver la solicitud del apoderado de los doctores Esteban Páez Polo, José de Dios Ucrós Barrios y Dante L. Fiorillo Porras, sobre aplicación de la norma contenida en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que se ordene la cesación del trámite penal contra dichos magistrados seguido en razón de denuncia que, por el supuesto delito de prevaricato, presentó el médico, doctor Miguel Federico Navarra Giannini.

Dice el querellante:

"1º Yo presenté denuncia criminal ante el Juez Penal de este Circuito (reparto) contra los señores doctor Carlos Valderrama Rico y Edda Abello Caertain de Navarra, por los delitos de abandono de los deberes familiares y corrupción de menores, la cual correspondió al Juzgado 6º Penal del Circuito de Barranquilla.

"2º Sobre la existencia de los hechos fundamentales de la denuncia declararon varios testigos presenciales, entre ellos Julio Carriaga y Marcos Maldonado Viloria, y no se aportó, pero ni siquiera se solicitó ninguna prueba encaminada a demostrar que los acusados no cometieron los hechos que les imputé.

"3º Sin embargo, el doctor Julio Salgado Vásquez, en su carácter de apoderado de la procesada Edda Abello Certain de Navarra, pidió al señor Juez del conocimiento 'cortar el procedimiento' por 'no existir el delito de corrupción de menores denunciado'.

"4º El doctor Pedro Pacheco Osorio, quien fue mi representante en el proceso, en el cual me constituí parte civil, demostró en un alegato la existencia de los hechos denunciados, afirmando, entre otras cosas, que 'dos ciudadanos respetables, los señores Marcos Maldonado Viloria y Julio Carriaga, aseguran igualmente, en declaraciones inobjetables, que vieron a los procesados copulando una noche en la sala de la residencia de mi poderdante y, delante de la infanta Claudia Inés'; que tales hechos son delictuosos, y que debía dictarse auto de detención contra los responsables.

"5º El señor Juez del conocimiento dijo que 'no es el caso de entrar a dictar auto de detención en contra de los sindicados hasta tanto su verdadera responsabilidad no aflore, teniendo en cuenta la diligencia de careo entre los sindicados y los menores Miguel Roberto y Fernando Mario Navarra Abello', y no accedió a darle aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente.

"6º El doctor Pedro Pacheco Osorio, en memorial dirigido a los denunciados, dijo entre otras cosas lo siguiente: 'los señores Julio Carriaga y Marcos Maldonado Viloria garantizan que una noche, como a la nueve y media, vieron a los incriminados efectuando el acceso carnal en la sala de la casa de mi mandante, donde se encontraba una bombilla encendida y donde hizo su aparición la menor Claudia Inés Navarra Abello. Durante la inspección ocular practicada en el mencionado sitio el instructor comprobó que los testigos sí pudieron ver lo que relataron, en las circunstancias por ellos denunciadas'.

"7º Los denunciados, al resolver las apelaciones interpuestas contra el auto a que aludo en el numeral 5º hicieron una apasionada crítica contra varios de los testigos de cargo —sin referirse en forma alguna a las 'declaraciones inobjetables de Marcos Maldonado Viloria y Julio Carriaga'—, para concluir así: 'pero, como las declaraciones sobre las cuales se apoyó el hecho de las relaciones sexuales íntimas entre los procesados, como se expuso anteriormente, no merecen credibilidad, fluye la consecuencia jurídica de la falta de prueba del hecho principal; por ende, de ese expediente no se acredita ese delito. Como puede verse, la sala ha hecho un estudio global de esas declaraciones incluyendo, además, aquellos aspectos que no tienen relación

con el hecho sexual del adulterio y ha encontrado fallo (sic) a todos los deponentes. Un hecho de tanta trascendencia social y moral, conceptúa la Sala, debe tener como soporte pruebas más consistentes'.

"8º Después de otras consideraciones, la Sala integrada por los denunciados dispuso: 'revocar, como en efecto revoca, la providencia materia de apelación y, en consecuencia, se declara que los procesados no han cometido los hechos que se imputan, por lo cual se ordena el corte de todo procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal'.

"9º La providencia que tal dispuso es contraria a la ley, pues para que proceda la cesación 'o corte' (como dice el doctor Salgado Vásquez y los denunciados) del procedimiento es menester que 'aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido', por lo cual no basta 'la falta de prueba del hecho principal', y porque los hechos sí fueron cometidos por los acusados, como está cabalmente acreditado con 'las declaraciones inobjetables' e inobjetadas por los falladores, de Marcos Maldonado Viloria y Julio Carriaga.

"10. Los denunciados profirieron el auto en cuestión a sabiendas de su ilegalidad, pues no invocaron ninguna prueba demostrativa de que los justiciables no habían cometido los hechos que se les imputaron; tuvieron que leer los testimonios de Marcos Maldonado Viloria y Julio Carriaga, puesto que están en el expediente y porque sobre su existencia y calidad de inobjetables recalcó en sus alegatos el doctor Pedro Pacheco Osorio, y tenían conocimiento de lo que dispone el artículo 163 (153 antiguo) del Código de Procedimiento Penal —uno de los preceptos más conocidos en el derecho colombiano— no sólo por ser ellos abogados penalistas y Magistrados del Tribunal Superior, sino también porque expresamente lo citan.

"Considero que los denunciados incurrieron en el delito que menciono al principio de este memorial...", el supuesto de prevaricato..., "pues son funcionarios públicos y a sabiendas dictaron auto contrario a la ley".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal anota:

"...Después de un pormenorizado estudio del auto en referencia..." (el proveído por el cual se ordenó en segunda instancia la cesación del procedimiento en el negocio de que da cuenta el denunciante)... "llega la Procuraduría a la conclusión de que reúne a cabalidad los requisitos de ley y es fruto de un profundo estudio jurídico de cada una de las pruebas del proceso contra Carlos Valderrama Rico y Edda Abello de Navarra. Los Magistrados de la Sala de Decisión sometieron al más riguroso examen los testimonios de Reginaldo Durán González, Tomás Enrique Tapias, Dominga Díaz de Tapias y los menores Miguel Roberto y Fernando Mario Navarra Abello (hijos del denunciante y la sindicada) y llegaron a la conclusión de que debían rechazarse porque no merecían credibilidad alguna, por cuanto no respondían a la realidad de los hechos, sino que eran fruto de la imaginación de los deponentes, quienes por inconfesables móviles inventaron unos cargos que fueron desvirtuados objetivamente en la diligencia de inspección judicial, practicada con las formalidades legales".

Y luego de aludir al precepto contenido en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y de anotar que "los menores Navarra Abello no fueron sujetos pasivos del delito de corrupción de menores, según el estudio jurídico hecho por la Sala de Decisión..." del Tribunal Superior de Barranquilla, conceptúa el Ministerio Público favorablemente a la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en estas diligencias.

Considera la Corte.

Se dice en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, por el cual se modifica el artículo 168 del Código Penal, lo siguiente en cuanto al delito de prevaricato:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas, profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

"Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de cuatro a ocho años de presidio.

"A la misma pena señalada en el inciso primero de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquiera interesado".

En las formas de esta ilicitud punible, señaladas en los dos primeros incisos, bien cabe el al-

cance que la doctrina le ha dado a este delito, como "el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". En ellas, pues, es esencial la condición subjetiva del "obrar a sabiendas", de incurrir en violación consciente de la ley. Y lo mismo cabe predicar de las formas omisivas de la infracción, previstas en el inciso tercero del precepto transcrito.

Es obvio, entonces, que el error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.

En los anteriores conceptos se apoya la Corte para señalar lo siguiente:

"La atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad".

Obrar a sabiendas es traicionar la propia conciencia; incurrir intencionalmente en discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido por el agente.

De ahí, igualmente, que Luis Zafra observe que tal exigencia se consagre "para descartar la posibilidad de que el agente del delito llegue a esos extremos por una mala interpretación de los textos legales, en el caso de que éstos sean obscuros o de difícil comprensión; o cuando la complejidad misma del asunto sub júdice *pueda perturbar el recto criterio del juzgador y llevarlo de buena fe a aplicar normas que no son las pertinentes", ("Extracto de Doctrinas Penales de la Procuraduría", 151, Pág. 141).*

Es, pues, necesario que resulte, de los elementos de juicio, manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley, porque maliciosamente así se lo propuso.

Ahora bien:

Como expresa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en cuanto a la estimación de las pruebas cumplida por los Magistrados Páez Polo, Ucrós Barrios y Fiorillo Porras en el proceso a que se refiere el denunciante, no existe reparo alguno, por cuanto con juiciosos razonamientos llegaron a la conclusión de la falta de credibilidad de los declarantes en cuanto a las supuestas relaciones sexuales de la señora Abello de Navarra y el doctor Valderrama Rico.

Y ello se desprende de la juiciosa crítica que a los testimonios se hace en la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, principalmente al enfrentar la versión de los declarantes con las experiencias realizadas en la diligencia de inspección ocular, según las cuales algunos de tales testigos no podían ver lo que aseveran que observaron en relación con esas supuestas intimidades de orden sexual entre los ya nombrados, señora Abello de Navarra y doctor Valderrama Rico.

Ni siquiera se tiene yerro manifiesto en la estimación de las pruebas traídas a tal negocio. Y aún en el supuesto de que se hubiese incurrido en yerro, cabe, al respecto, recordar la siguiente doctrina de la Corte:

"Aún aceptando la hipótesis de que un juez o magistrado, al dictar una providencia de fondo, se equivoque en la apreciación de las pruebas o las disposiciones legales que considere aplicables al caso y al obrar de esta manera se ponga en desacuerdo con otras providencias recaídas en el mismo proceso y dictadas por otros funcionarios de la misma categoría, no por ello sólo se puede suponer que aquel juez o magistrado incurra en el delito de prevaricato", (auto, 17 de febrero de 1961, G. J. tomo XCIV, Pág. 682).

Y se hace en el proveído inmediatamente antes citado la reafirmación doctrinaria de que el simple error o la ignorancia, como es apenas natural, no implican ese obrar a sabiendas, así requerido en la conformación del delito de prevaricato.

No se encuentra, entonces, cómo los Magistrados objeto de la acusación, "a sabiendas", hayan ordenado la cesación del procedimiento penal adelantado contra Carlos Valderrama Rico y Edda Abello de Navarra, por los delitos de abandono de los deberes familiares, en cuanto a aquélla, y de corrupción de menores respecto de ambos, siendo así que la conclusión a que llega la varias veces mencionada providencia es fruto de una racional crítica de los elementos de juicio llevados al proceso, conforme a los cuales no resultaron comprobadas las aludidas relaciones sexuales de la esposa del doctor Navarra Giannini con el doctor Valderrama Rico.

No se tiene, pues, que los Magistrados objeto de la acusación hayan incurrido en el delito de prevaricato, ni en otra infracción penal, pues, se repite, el proveído por el cual dispusieron que cesara el procedimiento adelantado por razón de la denuncia del mismo doctor Navarra Giannini se apoya en razonamientos ceñidos a la lógica, de los cuales no hay asomo de que los sindicados hubiesen contrariado su propia conciencia, porque hubiesen formado un concepto distinto del afirmado como jueces.

Es el caso, entonces, de hacer la declaración de inexistencia de delito alguno en los hechos

averiguados en este asunto y disponer que cese el procedimiento que se sigue.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, *declara* que los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Esteban Páez Polo, José de Dios Ucrós Barrios y Dante Fiorillo Porras, no han incurrido en infracción penal alguna en cuanto a los hechos que denuncia el doctor Miguel Federico Navarra Giannini y *ordena* que cese el procedimiento contra aquéllos adelantado.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION

No es procedente proponer en casación la violación indirecta de la ley, en los juicios en que interviene el jurado, ya que los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo y moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia de las mismas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 15, abril 13 de 1973.

Vistos:

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pedro Antonio Castañeda Daza contra la sentencia de fecha 29 de julio de 1972 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Veinte Superior de esta ciudad el 4 de abril de ese mismo año que condenó a Castañeda Daza a la pena principal de 15 años de presidio, a más de las accesorias de rigor y la adicionó para ordenar la publicación especial de la providencia, por el delito de homicidio agravado en Numael Urrea Bejarano.

Hechos:

En la providencia recurrida, esquemáticamente se presentan así:

"En las horas de la tarde del 31 de julio de 1969, Numael Urrea Bejarano llegó a la cantina de Benito Alcibiades Solano situada en la vereda 'Boca de Monte' del Municipio de Gachalá y comenzó a ingerir bebidas embriagantes; allí se encontraba con otras personas Pedro Antonio Castañeda Daza; ya por la noche Urrea y Castañeda se dirigieron a la cantina 'Puerto Nuevo' y en ese lugar continuaron las libaciones hasta que aquél, en avanzado estado de ebriedad, se quedó dormido sobre un banco del garaje de dicho establecimiento de propiedad de Blanca Cecilia Rincón de García; en las horas de la madrugada los habitantes del inmueble escucharon algunas detonaciones de arma de fuego a las que no dieron mayor importancia; al amanecer hallaron sin vida a Numael Urrea en el mismo sitio donde se quedó dormido".

Actuación procesal:

El Juzgado Promiscuo Municipal de Gachalá inició la investigación el 2 de agosto de 1969, dictando el correspondiente auto cabeza de proceso, para lo cual tuvo en cuenta la documentación que le presentara el Alcalde de su localidad. Una vez avanzada decretó la detención de varias personas que habían sido indagatoriadas, incluyendo a Pedro Antonio Castañeda Daza (Fls. 115 y ss.). Perfeccionada aquélla, se declaró cerrada el 4 de mayo de 1970 (Fl. 488). Previo concepto del Ministerio Público (Fls. 492 y ss.), el Juzgado 20 Superior de Bogotá, al cual en reparto (Fl. 280 Vto.), le correspondió su conocimiento, por auto de 13 de julio del mismo año abrió causa criminal contra Pedro Antonio Castañeda Daza por el delito de homicidio agravado (C. P., Art. 363, Ord. 6º) en Numael Urrea Bejarano, lo sobreseyó temporalmente por el de robo de que fuera víctima el mismo Urrea y sobreseyó definitivamente por tales ilícitos en favor de Blanca Cecilia Rincón de García, Edelmira Daza viuda de Bohórquez, Blanca Lidia Gutiérrez Riveros, Flor Cecilia Meneses Quintero, José Daniel, Carlos Julio y José Antonio Bohórquez Daza, Joaquín Camacho, Luis Arturo Salcedo Forero, José Antonio Guillén Ramírez, Benito Alcibiades Solano Garzón, David Jara García, Miguel Edilberto Prieto Ramos, Juan Antonio y José del Carmen Bernal Avila, Rubén

Tiberio Arias Durán y Ana Silvia Solano Bermúdez, "por considerar que la inocencia de estos procesados quedó ampliamente demostrada en el informativo" (Fls. 517 ss.).

El procesado Castañeda apeló del enjuiciamiento (Fl. 553). El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, una vez recogido el concepto del Ministerio Público (Fls. 567 ss.), por medio de auto de 15 de octubre de 1970 confirmó el llamamiento a juicio en Castañeda Daza por homicidio agravado, revocó el sobreseimiento temporal que se había dictado con respecto del mismo por el delito de robo, para tornarlo en definitivo y, finalmente, confirmó también todos los sobreseimientos definitivos que se habían proferido (Fls. 574 y ss.).

Con sujeción a la ley se celebró la audiencia pública. La fiscalía sostuvo al procesado los cargos que le habían sido formulados en el auto de proceder y pidió del jurado como veredicto: "sí es responsable" (Fls. 706 ss., 718 ss.). Por su parte el defensor sostuvo que no había prueba para condenar, por lo cual solicitó como respuesta: "no es responsable" o "no existe prueba para condenar y por eso lo absolvemos" (Fls. 705 Sgt., 720 ss.). El jurado, por unanimidad respondió: "sí es responsable" (Fl. 728). Acatando esta veredicción el Juez de primera instancia por sentencia de 4 de abril de 1972 condenó a Pedro Antonio Castañeda Daza a la pena principal de 15 años de presidio y a las accesorias de rigor, providencia que fue confirmada por el Tribunal por medio de la suya a la cual se ha hecho referencia en los vistos de la presente y contra la cual se interpuso el recurso de casación.

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación: "numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", el demandante solicita "se invalide, se infirme, se case la sentencia" recurrida y que como secuela de esta declaratoria la Corte dicte "la sentencia o providencia de que trata el numeral primero del artículo 583" del mismo Código.

Luego de una breve reseña de los hechos, en la que se muestra de acuerdo con la del Tribunal, para fundamentar el cargo dice: "el fallo atacado adolece de los siguientes graves errores que deben producir en la Corte" su invalidación: 1) No tuvo en cuenta el Tribunal la prueba incontrovertible de que estando durmiendo el sindicado "en medio de José Antonio Bernal y de Manuel Martínez" a cien metros de distancia de donde ocurrieron los hechos, es físicamente imposible que hubiera concurrido a dar muerte a Urrea en recinto cerrado. 2) El Tribunal acepta la responsabilidad de Castañeda "como para condenarlo", cuando él mismo dice que "la conclusión pericial no es absoluta y admite apenas como probable que con el revólver de Castañeda se haya disparado". 3) No es cierto lo afirmado por el Tribunal de que la última persona que estuvo con Urrea hubiera sido el procesado Castañeda, puesto que lo fueron Luis Arturo Salcedo, José Antonio Martínez y mucha gente más que dormía en la fonda donde ocurrieron los hechos.

De donde concluye: al valorar y apreciar erróneamente las anteriores pruebas, el Tribunal condenó a un inocente. Tampoco apreció la circunstancia que demuestra la inocencia del reo: "su ausencia del lugar de los hechos a la hora del crimen". Y concluye: "fundamentos de esta demanda: Título IV del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal —particularmente los artículos 576 a 583—. Código de Procedimiento Civil, artículos 372 y 374 y pertinentes del Código de Procedimiento Civil en cuanto puedan operar en lo penal" (Cuaderno de la Corte, Fls. 5 ss.).

Se responde el cargo:

1. A la consideración del jurado de conciencia se sometió la siguiente cuestión única: "¿el procesado Pedro Antonio Castañeda Daza de las condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no de haber dado muerte con intención de matar y abusando de las condiciones de inferioridad personal en que se encontraba la víctima, a Numael Urrea Bejarano, mediante el empleo de arma de fuego de corto alcance (revólver), hecho acaecido a eso de las tres de la madrugada del 1º de agosto de 1969, en el sitio de Puerto Nuevo de la comprensión municipal de Gachalá, de este Distrito Judicial?".

La respuesta emitida por unanimidad fue: "sí es responsable" (Fl. 728).

2. El Ministerio Público, representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer la presentación de los hechos transcribiendo la del sentenciador ad quem y de presentar una síntesis de la actuación procesal y de la demanda, a la cual califica de "deficiente y antitécnica", en algunos de sus apartes de respuesta expone:

"El señor demandante en el caso sub júdice no especifica en qué forma fue violada la ley sustancial penal, si de manera directa o indirecta, aunque los oscuros planteamientos que hace inducen a tenerse por sentado que se trata de una violación indirecta, aceptación que se hace usando de un amplísimo sentido interpretativo, toda vez que ni siquiera para esta modalidad de quebranto a la ley sustancial se pusieron en marcha los mecanismos adecuados de raciocinio atinentes a su demostración.

"Y si este fue el cargo que se quiso plantear en contra de la sentencia (haber violado a la ley sustancial en forma indirecta), en su contra se levanta la doctrina de la honorable Sala de Casación Penal, no recogida, y muy por el contrario reforzada continuamente, según la cual en aquellos procesos en donde el juzgamiento se hizo con intervención del jurado de conciencia, es inadmisible el apartado 2º de la causal 1ª, como fundamento jurídico para atacar el fallo de segunda instancia a través del recurso extraordinario de casación. La razón es la de que por cuanto esta modalidad del quebranto a la ley sustancial recibe su dinámica del ataque a la prueba que señaló al procesado como responsable, responsabilidad que para casos como este es declarada por el juri, ya que los fallos sólo se reducen a desarrollar el veredicto, se estaría desconociendo la soberanía del jurado de conciencia, concientizado para su pronunciamiento en el debate público que se libra alrededor de la situación fáctica y del acervo probatorio recogido en el plenario. Por lo tanto, quien pretenda actuar a través del recurso extraordinario de casación acusando una sentencia que tuvo como fuente el veredicto de los jueces populares, al amparo del apartado segundo de la causal primera, está denunciando desconocer en forma total, no sólo la técnica del recurso, sino el fortísimo cuerpo de doctrina de la honorable Sala de Casación Penal que es, sin duda alguna, con relación a esta causal de casación como más se ha fortalecido.

"La petición que eleva el señor demandante es de impertinencia incalificable pues su fin es la declaratoria de contraevidencia que ni es causal de casación, ni tampoco facultad dada a la honorable Corte pues que ella sólo la tienen los sentenciadores de instancia (Art. 565 y 567 del C. de P. P.). Además, la misma petición produce, como el mismo demandante lo califica, la obligación de dictarse sentencia por la honorable Sala de Casación Penal lo que, si bien es la secuela lógica y jurídica cuando prospera esta causal en asuntos diferentes al sub exámine, para el caso presente ello implicaría un quebranto a las normas procedimentales penales que disciplinan el juzgamiento dentro de los procesos por homicidio pues de aceptar el insólito reclamo equivaldría a que la honorable Sala de Casación Penal, fuera de usurpar la función dada a los juzgadores de instancia atrás citada, tendría que actuar simultáneamente como jurado de conciencia y fallador en derecho. Esto, no merece comentario alguno" (Cuaderno de la Corte, Fls. 17 ss.). Como conclusión solicita rechazar la demanda.

3. *El actor muy lacónicamente enuncia en su libelo tres elementos de pruebas en cuya valoración dice pudo haber incurrido en error el Tribunal sentenciador. Pero no hace el más mínimo esfuerzo por demostrarlo. Cabe también recordar, como lo hace el colaborador, la muy reiterada jurisprudencia de esta corporación de acuerdo con la cual, en los juicios en que interviene el jurado "los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.)". (Sentencias de 22-VIII/69, 8-V/70, 6-X/71, 24-II y 19-VIII/72, entre otras). De ahí que resulte impertinente plantear la violación indirecta de la ley penal sustantiva, en los juicios en que ha intervenido el jurado.*

4. *Además: la causal primera de casación se presenta "cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos" (C. P. P., Art. 580, Num. 1).*

En la demanda, fuera de invocarse genéricamente la causal, no se precisa si la sentencia se acusa por infracción directa o por aplicación in-

debida o por errónea interpretación de la ley sustancial. A la Corte le está vedado llenar esa laguna para entrar a decir, sobre conjeturas, cuál de tales violaciones sería la que tuvo en mientes el actor. Y, si se puede conjeturar sobre ella que se refiere a una apreciación errónea de determinada prueba o a la falta de apreciación de otras, ya se ha dicho que en los casos en que interviene el jurado tal alegación no es pertinente.

Carece, pues, la demanda de la técnica exigida por el recurso de casación y esta circunstancia, unida a las consideraciones anteriores, llevan a la corporación a desechar el recurso propuesto, tal como lo dispone el artículo 582 del estatuto procesal penal.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de julio de 1972, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



DELITO DE ROBO COMETIDO CONTRA INSTITUCIONES BANCARIAS O CAJAS DE AHORRO

De conformidad al Decreto 2034 de noviembre 8 de 1972, del delito de robo conoce la justicia penal militar cuando se realiza contra instituciones bancarias o cajas de ahorro; en cualquier otro evento corresponde a la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 18 de mayo 10 de 1973.

Vistos:

Entra la Corte a resolver el conflicto negativo de competencias surgido entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pamplona y el Comando de la Quinta Brigada del Ejército, con sede en Bucaramanga, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra el particular José Rafael Molina por el delito de robo.

Se trata de hechos ocurridos en la población de Toledo (Norte de Santander) el 18 de junio último, fecha en la cual fueron sustraídos del Colegio "Guillermo Cote Bautista" un equipo de sonido, un micrófono, dos tocadiscos y una máquina de escribir, objetos estimados en una suma superior a diez mil pesos.

Anota el juzgador penal ordinario que, no obstante lo señalado en el Decreto 2034 de 1972, cabe entender que se dejó vigente la norma relacionada con la competencia de la justicia penal militar para conocer del delito de robo, en cuantía superior a diez mil pesos, de que trata el numeral i), del Decreto 254 de 1971, "pues...", observa... "la disposición que había modificado ese evento" ...(la del Decreto 271 de 3 de marzo de 1971)... "fue derogada, y consecuencialmente quedó legalmente vigente la primitiva norma aludida".

A lo anterior, dice el juez penal militar:

"El análisis presentado... es interesante, ya que él prácticamente plantea la duda respecto a la reactivación, por así decirlo, del ordinal i) del Decreto 254 de 1971, según el cual prácticamente a partir del Decreto 2034 de 8 de noviembre de 1972, nuevamente la justicia castrense es la competente para conocer de todos los delitos de robo, en cuantía superior a los diez mil pesos.

"Aceptando..." dicha tesis... "se tendría en el caso de autos que tampoco le correspondería a la justicia penal militar el conocimiento y juzgamiento del presente negocio, toda vez que el citado Decreto 2034 de 1972, principió a regir desde el 8 de noviembre del mencionado año y suspendió las disposiciones que le sean contrarias".

Y luego de expresar el Comando de la Quinta Brigada del Ejército que ciertamente se tiene una poco técnica labor legislativa en ese particular, lo cierto es que, en la actualidad, la justicia penal castrense, según el referido Decreto 2034 de 1972, solamente conoce:

"1º De los delitos de que tratan los artículos 254 a 263 del Código Penal.

"2º De los delitos de robo cometidos contra instituciones bancarias o cajas de ahorro, es decir, que no es competente ni aún para conocer, en las actuales condiciones, de 'los delitos de robo contra establecimientos o empresas industriales o comerciales cometidos con ocasión o como consecuencia de manifestaciones, mítines o actos similares', de que trataba el derogado Decreto 271 de 3 de marzo de 1971".

Considera la Corte.

Las disposiciones atinentes a la competencia dada a la justicia penal militar para conocer del delito de robo, a partir del Decreto 254 de 1971, son las que siguen:

1ª Decreto 254 de 1971 (febrero 27):

"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:

"... ... ...

"i) Robo en cuantía superior a diez mil pesos".

2ª Decreto 271 de 1971 (marzo 3):

"Artículo 1º Aclárase el Decreto legislativo numero 254 de 1971 en el sentido de que la Justicia Penal Militar conocerá de los procesos por los delitos allí contemplados que se cometan durante su vigencia.

"Artículo 2º El ordinal i) del artículo 1º del Decreto legislativo 254 de 1971 quedará así:

"i) Delito de robo contra establecimientos o empresas industriales o comerciales cometido con ocasión o como consecuencia de manifestaciones, mítines o actos similares.

"... ... ...".

3ª Decreto 2034 de 1972 (noviembre 8):

"Artículo 1º Los literales g) y h) del artículo 1º del Decreto legislativo número 254 de 1971, quedarán así:

"g) Delitos de que tratan los artículos 254 a 263 del Código Penal;

"h) Delito de robo cometido contra instituciones bancarias o cajas de ahorro.

"Artículo 2º Derógase el artículo 2º. del Decreto legislativo número 271 de 1971.

"Artículo 3º Este Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias".

En las anteriores condiciones, se tiene que el precepto que atribuía a la justicia penal castrense competencia para conocer del delito de robo, en cuantía superior a diez mil pesos, se encuentra derogado. En efecto, dicha norma fue sustituida por el aparte i) del artículo 2º del Decreto 271 de 1971, manteniendo el conocimiento de la justicia penal militar del delito de robo, pero no en razón de la citada cuantía, sino en consideración a otros factores (contra establecimientos o empresas industriales o comerciales y con ocasión o consecuencia de manifestaciones, mítines o actos similares), y este último precepto, traído dentro del artículo 2º del Decreto 271 mencionado, quedó derogado, pues de este artículo apenas se mantuvieron los ordinales g) y h), y según este último, solamente es de la competencia de la jurisdicción penal castrense el conocimiento del delito de robo, cuando es cometido contra instituciones bancarias o cajas de ahorros.

Así, pues, salvo en las circunstancias indicadas en ese aparte h), traído en el artículo 1º del Decreto 2034 de 1972, la justicia penal castrense no puede ocuparse de otros casos de robo.

De lo señalado se desprende que, habiendo sido cometido el ilícito que se averigua en perjuicio de una entidad que no es de carácter bancario o institución de ahorro, su conocimiento resulta ajeno a la justicia penal militar.

Cabe recordar lo que señala el artículo 71 del Código Civil, a saber:

"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

"Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

"Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

"La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Y no ofrece dificultad alguna arribar a la conclusión de que el precepto que señaló a la justicia penal militar como competente para conocer del delito de robo cuando la cuantía de éste fuese superior a diez mil pesos, se encuentra derogado.

Es la justicia penal ordinaria, pues, la que debe conocer de este negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión de competencias de que se hizo referencia en el sentido de *declarar* que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pamplona, a donde habrá de remitirse el expediente.

Envíese copia de este proveído al Comando de la Quinta Brigada del Ejército, con sede en Bucaramanga.

Cópiese y notifíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

En materia judicial la comisión, cuando la ley la autoriza, tiene que ser otorgada por el juez o tribunal que conoce del proceso, mediante providencia que indicará su objeto con toda claridad y se señalará el término dentro del cual deba cumplirse; si la comisión es autorizada por persona de una oficina judicial diferente al juez, queda viciada de nulidad tal actuación procedimental.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 18 de mayo 9 de 1973.

Vistos:

Por auto de 11 de octubre de 1972, el Tribunal Superior de Cali llamó a responder en juicio al doctor Jorge Quijano Bustamante, ex Juez Décimo de Instrucción Criminal de ese Distrito, por el delito de abuso de autoridad, cometido en perjuicio del señor Cristian Martínez Sarria (Fls. 63 a 68).

El 17 de octubre del mismo año el secretario de la nombrada corporación notificó esa providencia por estado y también personalmente al agente del Ministerio Público (Fl. 68 Vto.).

Sin que mediara comisión, pues el *a quo* se limitó a ordenar la notificación del auto de proceder, el secretario del Tribunal, motu propio dirigió el 2 de noviembre de 1972 un oficio al Juez Quinto de Instrucción Criminal de Bogotá, del siguiente tenor:

"Atentamente me permito enviar a usted, copia de la providencia de llamamiento a juicio contra el doctor Jorge Quijano Bustamante, por los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones, con el fin de que se sirva citarlo a ese despacho y notificarle dicho fallo.

"El doctor Jorge Quijano Bustamante reside en esa ciudad en la Carrera 33 número 95-62 teléfono 360408.

"Una vez diligenciado, ruego a usted devolverlo a esta corporación" (Fl. 69).

El Juez Instructor de Bogotá cumplió el irregular encargo, y fue así como notificó el referido auto al doctor Quijano Bustamante, quien en el acto nombró como su defensor al doctor Gustavo Franco Hernández (Fl. 70 Vto.).

Una vez posesionado del cargo, el doctor Franco Hernández fue notificado de la providencia enjuiciatoria, e interpuso contra ella el recurso de apelación, que le fue concedido para ante la Corte, motivo por el cual se envió el expediente a esta Sala, en la que se dio al negocio el trámite señalado por el artículo 566 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

a) *El auto de proceder se debe notificar personalmente al procesado, aunque no se encuentre detenido, y a su defensor, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 484 sobre reo ausente", por prescripción del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal;*

b) *Cuando el procesado no esté en el lugar donde se adelanta el proceso, dice el artículo 183* ibídem, *"la notificación personal se hará por medio de juez comisionado, a quien se librará despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse";*

c) *En materia judicial la comisión, en todos los casos en que la ley la autoriza, tiene que ser*

otorgada por el juez o tribunal que conoce del proceso, mediante providencia que "indicará su objeto con toda claridad y señalará el término dentro del cual deba cumplirse" (Arts. 32 y 33 del C. de P. C. y 49, 52 y concordantes del C. de P. P.).

d) *Los secretarios de las corporaciones judiciales y de los juzgados, a quienes corresponde hacer las notificaciones en la forma establecida en los artículos 315 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables al proceso penal según lo previsto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, carecen de facultad para conferir comisiones, y únicamente pueden autorizar a empleados del respectivo despacho para poner en conocimiento del interesado la providencia que haya de comunicársele dentro del territorio donde tiene competencia el juez por cuya cuenta obran, de acuerdo con la norma primeramente citada;*

e) *La comisión que otorgó el Secretario del Tribunal Superior de Cali al Juez Quinto de Instrucción Criminal de Bogotá, para notificarle al procesado doctor Quijano Bustamante el auto de proceder de que se hizo mención, es francamente ilegal, y la notificación que de ese modo se hizo carece de todo valor. Por consiguiente, no habiéndose enterado al sindicado de aquella providencia en legal forma, la Corte no puede examinar su mérito y habrá de declarar la nulidad de lo actuado a partir de tal diligencia.*

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *decreta* la nulidad de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, de la notificación al doctor Jorge Quijano Bustamante del auto de proceder dictado en su contra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y *ordena* la reposición del procedimiento desde entonces.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO DE CASACION

Oportunidad procesal para interponer este recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., mayo diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 19 de mayo 17 de 1973.

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de hecho que interpone el doctor Omar Garcés G., como defensor de Evaristo Cabezas, contra el auto del Tribunal Superior de Cali —Sala de Decisión Penal— de veintitrés de marzo último, por el cual fue denegado el recurso de casación propuesto contra la sentencia de esa corporación, por la cual condena al nombrado Evaristo Cabezas a la pena principal de dos años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales.

Se anota en el proveído objeto del recurso de hecho:

"Establece el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal que el recurso de casación se interpondrá por medio de memorial dirigido al Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida. Es evidente que el caso de autos admite sustancialmente el recurso de casación, por cuanto el artículo 376 del Código Penal, en su parte segunda, que fue el aplicado en la sentencia respectiva, establece una pena máxima de siete años de presidio, y el artículo 569 enseña que procede el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años. Pero está visto que el recurso fue interpuesto en forma irregular, razón por la cual debe negarse".

Es cierto que el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal señala que el recurso de casación habrá de interponerse "por medio de memorial dirigido al tribunal que haya dictado la sentencia recurrida". Pero estima la Corte que ello cabe ser exigido sólo cuando al momento de la notificación a las partes dicho recurso no fue propuesto de manera verbal, y esto último ocurrió en este negocio.

En el Código de Procedimiento Civil, cuyos preceptos son compatibles con las normas del trámite procedimental en el orden penal, se dice que el recurso de casación puede interponerse "en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por escrito presentado ante el tribunal dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquélla...". Lo anterior debe ser tomado en cuenta para dar igual alcance al derecho de las partes para interponer, en el proceso penal, dicho recurso de casación. Y tanto más, cuanto que ha sido constante doctrina de la Corte aceptar el que se interponga verbalmente al momento de la notificación de la sentencia.

Es fundado, pues, el recurso de hecho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara procedente* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo referencia, lo que habrá de ser comunicado al Tribunal citado, a fin de que remita el proceso a la Corte.

Cópiese y notifíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSAL 2ª

Para que prospere esta causal se requiere que el fallo haya reconocido una situación jurídica distinta de la que puntualizaron los jueces populares. — No pueden confundirse la atenuante genérica del artículo 28 del estatuto represor con la específica descrita en el artículo 382 ibídem, pues existen diferencias entre ellas, referidas, a la forma misma de la acción, a las personas actuantes, a las exigencias para que operen, a las consecuencias jurídicas en favor del incriminado y a la naturaleza de las infracciones en que puede reconocerse una y otra.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., mayo diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 19 de mayo 17 de 1973.

Vistos:

En fallo del 24 de octubre de 1972, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, reformando el dictado por el Juez Segundo Superior de Cartago, impuso a Pedro Ezequiel Agudelo Zapata, además de las accesorias correspondientes y de la obligación de indemnizar, la pena principal de siete años y seis meses de presidio, como responsable de homicidio en la persona de su legítima esposa Lucelly García y de las lesiones causadas a Arnobio Fernández, con aplicación del numeral 1 del artículo 363 del Código Penal, en relación con el 28 de la misma obra, respecto del primer delito y de los artículos 372 y 28, en relación con las lesiones. Se reconoció para el cómputo general de la sanción el concurso de infracciones conforme el artículo 33.

Contra esta sentencia interpuso el procesado el recurso de casación, que ahora se decide, agotados los trámites para ello. En su oportunidad, el apoderado especialmente constituido presentó la demanda que estudiará la Sala, como la estudió el agente del Ministerio Público en concepto que será objeto de ulteriores referencias.

I

Los hechos procesales.

En la noche del domingo 11 de octubre de 1970, Pedro Ezequiel Agudelo y Lucelly García, cónyuges entre sí, como que habían contraído matrimonio por el rito católico el 2 de febrero de 1964, acompañados del padre, de dos hermanos de ella y de Arnobio Fernández Cano, amigo común de la familia, estuvieron divirtiéndose en el establecimiento público "La Terraza", ubicado en la población vallecaucana de El Aguila, hasta cerca de la media noche, hora en que los esposos y sus parientes regresaron a casa.

Luego de comer, Agudelo, el suegro y el cuñado, volvieron a "La Terraza", quedándose la esposa de aquél en su hogar, acompañada de otro hermano, Carlos Arturo García. Aproximadamente hora y media después se fue a acostar el marido y al llegar a la puerta de su habitación notó que alguien la trancaba por dentro. Movido de natural inquietud, se asomó por la cerradura y vio que su señora y Arnobio Fernández iban hacia el interior "cogidos de la mano", lo que determinó en cuanto pudo entrar, que increpara y pegara a la esposa, que, ya en la alcoba, negó inicialmente la extraña presencia para declararle luego y varias veces, entre el temblor y el llanto: "yo no lo vuelvo a hacer".

Como oyera algún ruido hacia la parte de atrás de la casa, Ezequiel sacó el revólver que portaba y disparó sobre un bulto que huía. Este bulto resultó el de Arnobio Fernández, porque fue encontrado herido muy cerca del lugar, con

lesiones que le produjeron sesenta días de incapacidad, sin consecuencias. Al volver al interior continuaron los reclamos, y "creció la rabia" del procesado, que disparó varias veces sobre su esposa, causándole la muerte poco menos que instantánea.

La investigación fue calificada por auto del Juez Segundo Superior de Cartago, sin que esta providencia hubiera sido recurrida. En ella, aunque se afirma que los hechos ocurrieron "al calor de los celos porque no había otra razón", fue rechazada la atenuante del artículo 382 del Código Penal y, en consecuencia, se llamó a responder en juicio a Ezequiel Agudelo por el homicidio agravado conforme al numeral 1º del artículo 363, y por las lesiones voluntarias a Fernández Cano.

Un primer jurado, cuyo veredicto se declaró contrario a la evidencia de los hechos, admitió la ira y el dolor intensos "determinados por la ofensa infringida por su legítima esposa", y hecha la nueva convocatoria, se formularon las siguientes dos cuestiones:

Primera. "¿El acusado Pedro Ezequiel Agudelo Zapata, hijo de Pedro Pablo y Julia, de 27 años de edad, en la época en que rindió la injurada, natural y vecino de El Aguila (Valle), casado, agricultor, alfabeto, titular de la cédula de ciudadanía número 6271714 expedida en El Aguila, es responsable penalmente, conforme al auto de proceder de haber dado muerte, con el propósito de matar, a su esposa señora Lucelly García Buriticá, con arma de fuego (revólver), según hechos que tuvieron lugar en el perímetro urbano de El Aguila (Valle), en la madrugada del 12 de octubre de 1970?".

Segunda. "¿El acusado Pedro Ezequiel Agudelo Zapata, hijo de Pedro y Julia, de 27 años de edad cuando rindió indagatoria, natural y vecino de El Aguila, casado, agricultor, alfabeto, titular de la cédula de ciudadanía número 6271714, expedida en El Aguila, es responsable penalmente conforme al auto de proceder, de haber causado lesiones con arma de fuego (revólver) a Arnobio Fernández Cano, según hechos ocurridos en el perímetro urbano de El Aguila, en la madrugada del 12 de octubre de 1970?".

A cada una de estas preguntas respondió el jurado: "sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor causado por una grave e injusta provocación". Este veredicto se produjo por mayoría, pues uno de los miembros del tribunal popular contestó simplemente: "sí es responsable".

El Juzgado estimó "la responsabilidad del procesado dentro de lo dispuesto en el artículo 382 del Código Penal", y en consecuencia aplicó los artículos 363, 382 y 33 del citado estatuto, condenando a ocho años y medio de presidio en sentencia que modificó el Tribunal en el sentido de dar aplicación a los artículos 33, 363 y 28 del referido estatuto, en el fallo que es objeto del presente recurso extraordinario.

II

La demanda de casación.

El apoderado del recurrente impugna la sentencia apoyándose en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "por el aspecto de estar aquélla en desacuerdo con el veredicto del jurado". Textualmente comienza por explicar así este único motivo de impugnación:

"El cargo consiste en que la calificación de los hechos que hizo el jurado estructuró indubitablemente la atenuante especialísima a que se refiere el artículo 382, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal; y, la sentencia demandada desconoció arbitrariamente esa ineludible decisión de los jueces populares, pues encajó el veredicto en la atenuante genérica de provocación estatuida en el artículo 28 de la obra mencionada, en vez de acomodarla en el artículo 382 ibídem. Desconocimiento éste de la voluntad del jurado que adquiere mayor gravedad, si se tiene en cuenta que se trata de un segundo veredicto, que es definitivo, al tenor de la ley".

La sentencia, agrega, es violatoria de los artículos 519 y 565, inciso 3º, del Código de Procedimiento Penal, normas que ordenan actuar en armonía con el veredicto del jurado y tener como intocable su segunda decisión.

No existe sujeción a ésta, sino, al contrario, una interpretación que la niega, pues en ella se reconoció la situación descrita en el artículo 382 del Código Penal, toda vez que el estado de ira o de dolor intenso fueron determinados por una ofensa específica como fue la de la infidelidad de la esposa del procesado, implícitamente admitida por ella. Es cierto que no hubo sorpresa en el acto carnal, pero también lo es que la reacción de Agudelo Zapata tuvo como punto de arranque exclusivo la noticia de la deslealtad conyugal, y no cualquiera otra de las provocaciones a que se refiere el artículo 28 del estatuto represor, norma aplicada por el Tribunal.

Si se examinan, dice el libelo, los fundamentos de la discusión pública y si se tienen en cuenta

las razones aducidas por las partes, como exige una reiterada jurisprudencia de la Corte transcrita por el actor para demostrar los alcances de la veredicción, es inevitable concluir que la atenuante reconocida no fue la genérica del artículo 28, sino la muy particular del 382, porque de los antecedentes resulta que fue ésta la reconocida. Entre las dos clases de circunstancias existen diferencias que el libelo puntualiza así:

"a) En el caso del artículo 382, se trata de una ofensa específica derivada exclusivamente del 'ilegítimo acceso carnal', o del 'acto carnal', también ilegítimo, por parte del cónyuge, la hija o la hermana, y del coautor de esa relación sexual; lo que no ocurre con la excusa de provocación a que alude el artículo 28, en la cual la reacción criminosa del sujeto obedece a ofensas de muy distinto contenido;

"b) En el caso del artículo 382, los sujetos activo y pasivo del delito son personas especialmente calificadas por determinados vínculos de parentesco (cónyuge, padre o madre, hermano o hermana, respecto del autor del delito; y cónyuge, hija o hermana, respecto de la víctima), exceptuando naturalmente al copartícipe del acto sexual, que, por lo común, no es pariente del incriminado; en tanto que la provocación a que se refiere el artículo 28 no exige tales vínculos familiares;

"c) La atenuante excepcional y privilegiada que predica el artículo 382 requiere un requisito positivo y otro negativo;

"Positivo: que el cónyuge, hija o hermana, víctima del homicidio o las lesiones personales, sea de 'vida honesta'.

"Negativo: que los cónyuges no estén separados o divorciados, o que el padre, el marido o el hermano no 'hubieren abandonado el hogar' (Art. 383); exigencias todas ellas extrañas a la excusa genérica del artículo 28;

"d) La singular atenuante del artículo 382 tiene consecuencias jurídicas trascendentales en favor del incriminado, que no concede el artículo 28, así: disminución, en altas proporciones, de la pena fijada al delito básico o delito tipo; concesión del perdón judicial; y, lo que es más importante, exoneración de la responsabilidad; y,

"e) La atenuante genérica del artículo 28 se extiende a todos los delitos que sean compatibles con ella, pues la norma se refiere al 'hecho', sin especificar la clase de infracción de las previstas por la ley penal; mientras que la atenuante particularísima del artículo 382 únicamente procede en tratándose de los delitos de homicidio y lesiones personales".

La demanda transcribe los puntos esenciales de la discusión en la audiencia por parte del Fiscal, del vocero y del defensor, y en ellos se afirma para explicar que todos y cada uno se detuvieron en las situaciones descritas en el artículo 382, dejando de lado las atenuantes del artículo 28. Más aún: ni en el auto de proceder ni en la primera audiencia se sugirió siquiera que Agudelo hubiese delinquido en las circunstancias del artículo 28 y, en cambio, en esas actuaciones procesales "se planteó, de manera nítida, el tema de la atenuante específica del artículo 382".

Al afirmar el jurado que Agudelo sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor causado por una grave e injusta provocación, "no hizo otra cosa que recoger las mismas expresiones jurídicas que en el fondo emplea el inciso 2º del artículo 382 del Código Penal". Fuera de lo anterior, los elementos de juicio no permiten explicación distinta de la del procesado respecto de los móviles que lo llevaron al homicidio y las lesiones, o sea, al arrebato de ira y de dolor debido a la confesión de su esposa.

Criticando una afirmación del fallo formulada en el sentido de que la decisión del jurado debe tener respaldo en las pruebas y no en las alegaciones hechas en la audiencia, el libelo trae extensas consideraciones demostrativas de cómo sí hay respaldo probatorio para la decisión de los jueces y de cómo el veredicto respondió a las alegaciones extensas hechas en la audiencia pública. Ocurrió sí que los jueces no emplearon expresiones legales, pero esto no impide conocer su intención, ya que, como lo ha expuesto la Corte en varios fallos, especialmente en el de 9 de noviembre de 1970, "no es imprescindible buscar siempre ubicación a sus palabras en las disposiciones de la ley, pues las relativas semejanzas entre aquél y éstas pudieran no obedecer más que a coincidencias y ser distinta la convicción a que, en consecuencia, hayan llegado". En la misma oportunidad dijo la Sala: "en ningún aparte del expediente se menciona la atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal, ni se habla de que el procesado hubiera sido presa de la ira por motivo distinto al de la infidelidad (real o presunta) de su esposa. Ni del examen del caudal probatorio puede deducirse, siquiera remotamente, que tal emoción tuviera un origen diverso al mencionado. En estas condiciones, es necesario llegar a la conclusión de que la sentencia recurrida no sólo dio al veredicto una interpretación menos fa-

vorable al procesado, sino que dio vida a una situación emocional sin asidero en el proceso''.

El libelo, de manera expresa, estima que no es necesario invocar concurrentemente la causal primera de casación, por el aspecto de violación directa de la ley sustancial, ya que al prosperar la segunda, el fallo debe casarse para acomodar el veredicto a las normas respectivas, teniendo en cuenta la autonomía de las causales reconocida por la Corte en sentencia del 15 de diciembre de 1970.

Finalmente, insinúa un cómputo de pena fundándose en los artículos 382 y 362 del Código, y no en el 363 como norma básica, por las razones aducidas en casación del 22 de noviembre de 1971, cuyos considerandos transcribe. Y pide para Pedro Ezequiel Agudelo la pena principal de dos años y cinco meses de presidio. En esta forma, concluye, debe prosperar el recurso.

III

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra fundada la impugnación al fallo recurrido y pide se invalide con las siguientes razones que se extractan:

a) Como de manera inobjetable lo puntualiza la demanda ''durante todo el curso del proceso fue materia de recia discusión el hecho confesado por Agudelo inmediatamente después de los sucesos y que ratificó luego, en forma vigorosa, en su indagatoria y en el careo sostenido con Arnobio Fernández, consistente en haber dado muerte a su esposa y lesionado a Fernández en un arrebato de cólera motivado por la confesión de infidelidad, que, repetidas veces, le hizo su cónyuge a raíz de la tragedia''. Esta es una constante invariable que conduce a la aplicación del artículo 382, en lugar del 28 del estatuto represor. Aplicar esta norma, dice el Procurador, ''es a todas luces demostración palmaria del desconocimiento de la realidad procesal'';

b) Ni al primero ni al segundo de los jurados de conciencia se planteó la atenuante del artículo 28, lo que imposibilita la tesis del fallo recurrido. ''Tampoco en la calificación del sumario y elaboración del pliego de cargos se hizo alusión, siquiera tangencial, a la predicha norma sustantiva, lo que obviamente impedía, como impidió, que se llevara al cuestionario sometido a la consideración del juri'';

c) ''Estudiando lo acaecido en el debate de la audiencia pública, según lo es narrado por el acta respectiva, se infiere en forma ineludible que nadie, absolutamente nadie de quienes actuaron en la audiencia en representación de la sociedad, o del procesado, hicieron alusión al estado de ira e intenso dolor que conmueve a quien es víctima de provocación grave e injusta y en tal circunstancia hiere o mata, teniendo tal estado sicológico desprendido del artículo 28 del Código Penal. Aun el Ministerio Público en el debate oral fue muy tinoso en no referirse a esta norma legal y sí lo hizo, aunque tímidamente, al 382'';

d) Deben rechazarse las afirmaciones del fallo recurrido, en las que aparece la información de cuanto ocurrió en la audiencia. Al contrario de lo que dice el Tribunal, sí es cierto que en esta oportunidad se alegó extensamente sobre el artículo 382 del Código Penal y sobre que la conducta del procesado podría encuadrarse en esta norma. El fallo se refiere a puntos de vista superados procesalmente, como fueron los expuestos para declarar contraevidente el primer veredicto: ''pretender aplicar los mismos planteamientos para examinar o interpretar el segundo veredicto entraña una postura inadmisible e ilegal, por ser éste definitivo, según el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal''.

IV

Consideraciones de la Corte.

1. *El desacuerdo o falta de consonancia entre la sentencia y el veredicto del jurado, es motivo de casación previsto en la segunda parte del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Pero para que pueda acogerse a través del recurso extraordinario se requiere que el fallo haya reconocido una situación jurídica distinta de la que puntualizaron los jueces populares, como expresó la Corte en jurisprudencia que se reafirma en esta oportunidad (9 de mayo de 1969, G. J. T. CXXX, Pág. 553). Tal desarmonía entre la sentencia y el acto procesal que le sirve de base no afecta exclusivamente el interés personal del acusado, sino también la recta y cumplida administración de justicia, porque conduce a soluciones inesperadas e ilegales, ordinariamente arbitrarias, fuera de los supuestos conocidos que impulsaron e ilustraron el juicio. Se produce así una innovación más allá del término que la ley da al juzgador de derecho para corregir los errores del jurado, más grave y perjudicial tratándose del segundo veredicto, que tiene carácter de definitivo. De ahí la trascendencia de la causal segunda, pues per-*

mite revisar y modificar los defectos en la interpretación de aquella pieza maestra, en la cual se sitúa una voluntad con fuerza y consistencia de imperativo jurídico.

2. *Pero, para la prosperidad del recurso, es indispensable que el actor demuestre completamente ese desajuste entre la respuesta del jurado y la pregunta que se le formuló y los conceptos plasmados en el fallo, indicando la contrariedad de las dos situaciones. Y, en el caso de que el veredicto no sea lo suficientemente claro en sus proyecciones, debe indicar las razones conducentes a su interpretación adecuada, respaldadas en las pruebas aducidas, y, sobre todo, en las tesis y demás motivos de debate en la audiencia pública, pues en tales probanzas así como en la orientación y contenido de las discusiones, reside la fuente del convencimiento del jurado, o por mejor decir, el movimiento interno de su decisión. Si no se le exige más que "la convicción íntima sobre los hechos", y no atender voz distinta de la personal conciencia, según el artículo 560 de la ley de procedimiento, es claro que el intérprete está obligado a consultar las cuestiones discutidas, y no otras, el plano en que fueron ubicadas en la audiencia, la jerarquía que se les dio, el detenimiento y profundidad con que se presentaron, el énfasis de las proposiciones, los puntos de contacto entre ellas, y, de ser posible, la síntesis a que llegaron las partes en sus alegatos. Así debe entenderse el artículo 519 del estatuto procesal en cuanto dice que en los juicios con intervención de jurado "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Es, pues, el debate un momento culminante que la ley señala y, consecuentemente con ella, las materias planteadas entonces y el modo como se tratan son decisivas para interpretar el pensamiento de los jueces de hecho.*

3. *No pueden confundirse la atenuante genérica del artículo 28 del estatuto represor con la específica descrita en el artículo 382 ibídem, pues existen diferencias entre ellas, referidas, como lo expresa el demandante, a la forma misma de la acción, a las personas actuantes, a las exigencias para que operen, a las consecuencias jurídicas en favor del incriminado y a la naturaleza de las infracciones en que puede reconocerse una y otra.*

4. *En el caso de autos es bien claro que las intervenciones en la audiencia del agente del Ministerio Público, del vocero del procesado y del defensor, enfocaron y debatieron solamente la atenuante específica del artículo 382 en la conducta delictuosa atribuida al acusado. Ese antecedente inmediato del veredicto no permite darle a éste un alcance distinto del señalado por el actor. De manera que no podía ir a buscarse una hipótesis extraña a la situación planteada, cosa que la Corte ya ha resuelto en fallos como el que cita el demandante, en los cuales de manera muy clara se dice que aunque el jurado no mencione el adulterio ni las demás situaciones del artículo 382, está latente esa idea "por haber sido materia de intenso debate en la vista pública y a lo largo de todo el proceso y porque el defensor pidió concretamente una respuesta absolutoria con base en la existencia de las relaciones carnales extra-matrimonio" (Casación del 9 de noviembre de 1970). En estas condiciones, la grave e injusta provocación reconocida no puede ser otra que la proveniente de la noticia de la infidelidad de la cónyuge, recibida por el procesado de parte de ella, aunque no lo hiciera enfáticamente sino a manera de disculpa por su comportamiento anterior. El encuentro del copartícipe de la infidelidad en la propia casa de habitación del procesado, cuando éste permanecía afuera, más allá de la media noche, es suficiente motivo para despertar sentimientos reactivos, máxime si se agrega la exculpación de la esposa y el acto precedente del ingreso a la casa.*

5. *Si el auto de proceder no dijo nada en relación con la atenuante del artículo 28; si en los debates se dejó de lado esta disposición para darle campo exclusivamente a las del artículo 382; si los hechos ocurrieron entre el marido, de un lado, y la esposa y el copartícipe del ofendido, del otro; y si no aparece ninguna prueba eficaz en contra de la versión suministrada por el procesado, en el sentido de que actuó bajo el ímpetu de la ira al verificar la presencia del extraño en su casa, la sentencia ha contrariado la decisión del jurado y debe por lo mismo invalidarse.*

6. Procede, pues, decidir sobre la naturaleza y cuantía de la sanción que ha de aplicarse al procesado, lo cual se hará en cumplimiento del numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 362, 382 y 33 del Código Penal. Para este efecto la Sala reitera la jurisprudencia contenida en fallo de casación del 22 de noviembre de 1971, en el sentido de que la norma básica aplicable a situaciones como la presente es la del artículo 362, y no la del 363. En estas condiciones, partiendo del mínimo de la

sanción señalada por los artículos que acaban de citarse, y por cuanto no concurren las circunstancias de peligrosidad a que se refiere el artículo 36 del estatuto represor, en relación con el 37 de la misma obra, la pena será rebajada en las tres cuartas partes, máximo de reducción autorizado por el artículo 382, lo que da como resultado dos años de presidio, cifra a la cual hay que agregarle la proporcional del artículo 33, por el concurso con las lesiones ocasionadas a Fernández Cano. Ese "tanto", se determinará en otros seis meses de presidio, considerando las circunstancias favorables de buena conducta anterior, aptitud para la convivencia y motivos que acompañaron a las dos infracciones. En síntesis, el fallo se casará para condenar a Pedro Ezequiel Agudelo Zapata a la pena principal de dos años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones en las personas de Lucelly García de Agudelo y Arnobio Fernández, en su orden. Como el procesado ha cumplido en detención preventiva el tiempo de esta condena, será puesto en libertad incondicional.

Fallo.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa* el fallo recurrido, y en su lugar *condena* a Pedro Ezequiel Agudelo Zapata, de la filiación conocida en autos, a la pena principal de dos años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte de su legítima esposa Lucelly García de Agudelo y de las lesiones causadas a Arnobio Fernández Cano, el 12 de octubre de 1970, en la población de El Aguila, Departamento del Valle del Cauca.

Condénase igualmente al mencionado procesado Pedro Ezequiel Agudelo Zapata a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y al pago, en abstracto de todos los perjuicios causados con las infracciones.

Como el sentenciado ha cumplido en detención preventiva más de dos años y seis meses, pues el auto de detención se le notificó en la fecha de su pronunciamiento, 20 de octubre de 1970, *ordénase* la libertad incondicional del mismo, para lo cual se enviarán las comunicaciones correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Corresponde a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles al servicio de las mismas, solamente cuando tengan ocurrencia con ocasión o por causa del servicio, o por razón de las funciones inherentes a los cargos desempeñados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta número 19 de mayo 18 de 1973.

Vistos:

Dirime la Corte la colisión negativa de competencias suscitada entre los Tribunales Superior Militar y Superior de Buga en el negocio adelantado contra el particular Adolfo León Ospina Montoya por el delito de homicidio en la persona del Teniente de la Policía Nacional José Soyedín Masso García, hecho ocurrido en la ciudad de Cartago, Departamento del Valle, el día 7 de mayo de 1972.

Antecedentes.

El domingo siete de mayo de mil novecientos setenta y dos el Capitán Alberto Ramírez Alzate acompañó a Gabriel Cardona a la ciudad de Pereira donde éste iba a realizar el pago de jornales a sus trabajadores. Allí se encontraron con el Teniente Sayadín Masso García, y después de algunas libaciones tomaron rumbo hacia la ciudad de Cartago, y llegaron a ella a las cuatro de la tarde. Dice el Tribunal Superior de Buga que en el establecimiento "Claro de Luna" toparon los contertulios con Adolfo León Ospina y en su compañía continuaron tomando bebidas alcohólicas y concurrieron después al bar "Los Cuyos", ubicado en la calle 10 con carrera 11. Fue en dicho lugar donde el Teniente Masso ofendió a los señores Cardona y Ospina, ya en avanzado estado de embriaguez, por lo cual Cardona, también Oficial de la Policía, lo invitó a regresar a Pereira.

Súbitamente, cuando los Oficiales Cardona y Masso García abordaban el taxi con destino a dicha ciudad, Adolfo León Ospina ultimó a Masso García mediante dos disparos de revólver.

El proceso fue iniciado por el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar, con fundamento en el informe suscrito por el agente del F-2 Manuel Toro Oyuela, y avanzó hasta el pronunciamiento de condena, previa convocatoria de consejo verbal de guerra, por el Comando de la 8ª Brigada, con sede en Armenia.

Cuando se surtía la apelación interpuesta por el procesado y su defensor contra la providencia mencionada, el Tribunal Superior Militar provocó colisión negativa de competencias al Tribunal Superior de Buga, con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 1315 de 31 de julio de 1972, que privó a la justicia castrense del conocimiento de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidas contra los miembros de las Fuerzas Armadas y de los civiles al servicio de las mismas, cuando el hecho se hubiere ocasionado por acto extraño o ajeno al servicio.

Piensa por su parte el Tribunal Superior de Buga que, por las mismas razones de que hace mérito para inhibirse de conocer en este proceso, corresponde al Tribunal Superior Militar proseguir en su tramitación, pues los hechos ocurrieron cuando el Teniente Masso García se encontraba en actividades ajenas al servicio, pero no en riña, en el sentido específico que al vocablo otorga el artículo 384 del Código Penal.

Se considera.

La Corte ha entendido —y así lo ha dicho en numerosas oportunidades— que cuando el Decreto 1315 de 31 de julio de 1972 privó de competencia a la justicia penal militar para conocer de los procesos que se tramiten por los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles al servicio de las mismas, lo hizo con el único alcance, en la intención del legislador, de que la justicia castrense conociera de dichas infracciones solamente cuando tuviesen ocurrencia con ocasión o por causa del servicio, o por razón de las funciones inherentes a los cargos desempeñados por los miembros de las Fuerzas Armadas o de los civiles a su servicio.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* el conflicto de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso corresponde al Tribunal Superior de Buga (Valle), al que será remitido, dando previo aviso de lo aquí resuelto al Tribunal Superior Militar.

Notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

IMPEDIMENTOS

Casos en que puede invocarse la causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., mayo veintidós de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 20 de mayo 22 de 1973.

Vistos:

La Corte encuentra fundado el rechazo del impedimento que manifiesta el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo, doctor Carlos Peña Espinosa, pues, como lo anotan los demás Magistrados que componen la respectiva Sala de Decisión Penal que conoce del proceso que se sigue contra Alberto Vergara Hernández y Jorge A. Vergara Martelo, por abuso de confianza, el motivo aducido no se corresponde con la causal que invoca el doctor Peña Espinosa, ni con ninguna otra de las previstas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto:

a) Dice el doctor Peña Espinosa que existe amistad íntima suya con el doctor Antonio de la Vega, quien recibió poder especial de la empresa "Frigorífico Industrial de Cartagena S. A. 'Frigocar' " para que "denuncie el hecho doloso de la apropiación o retención indebidas, presente los documentos que sirvan para ilustrar el caso, solicite la práctica de las pruebas que considere complementarias, pida el secuestro del equipo, quedando especialmente facultado para sustituir el presente mandato";

b) El doctor Antonio de la Vega, conforme al mandato especial conferido, formuló la denuncia y acompañó a ella algunos documentos;

c) El memorial poder no confiere facultad al doctor Antonio de la Vega para presentar, siquiera, demanda de constitución de parte civil en relación con la sociedad aludida. Además, por otro conducto tampoco se ha pedido por "Frigorífico Industrial de Cartagena S. A. 'Frigocar' " que se tenga a esa sociedad como parte civil en tal negocio;

d) El numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, invocado por el Magistrado Peña Espinosa, se refiere a la existencia de "enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado";

e) Solamente cuando el denunciante —si ha sufrido daño privado por el delito— o cualquiera otra persona que haya sido privadamente lesionada con motivo de la infracción punible pueden ser parte civil en el proceso penal, una vez aceptada la demanda pertinente (Arts. 125, 127 y 134 del Código de Procedimiento Penal).

En consecuencia, no estando en este proceso admitida la sociedad citada como parte civil y no habiéndosele conferido al doctor Antonio de la Vega poder para tal efecto, no puede aceptarse la motivación que presenta el Magistrado Peña Espinosa para declararse impedido para conocer en este caso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara infundado* el impedimento que manifiesta el Magistrado, doctor Carlos Peña Espinosa, en cuanto al conocimiento del proceso penal de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL

Diferencias entre coautoría y complicidad necesaria. — Complicidad en el delito continuado. — Cuando esta ayuda se presta a sabiendas en un proceso delictuoso y no en un hecho aislado, dicho concurso responsabiliza al cómplice en el mismo grado del autor principal, así no haya participado en la totalidad de las acciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., mayo 22 de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta número 20 de mayo 22 de 1973.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Gonzalo Jaramillo Laverde y José Manuel Cárdenas Cárdenas y, por sus defensores, contra la sentencia de fecha ocho de julio de mil novecientos setenta y dos, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual fueron condenados a la pena principal de cinco años y veinte días de prisión y a las accesorias correspondientes, por el delito de peculado.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen a estas diligencias los sintetiza el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín en la forma siguiente:

"...Historiando un poco el origen de esta investigación, se sabe que con motivo de la intervención de algunos visitadores fiscales de la Contraloría Departamental, sobre presuntas anomalías en los Talleres de Obras Públicas del Departamento, se advirtió cómo un particular que aparentaba figurar como un proveedor de las Empresas, de nombre Pablo Emilio López Bedoya, figuraba girando numerosos cheques en favor de las Empresas (Públicas) Varias Municipales sin que se supiera qué vinculación oficial tenía con esa entidad. Luego se supo que la amistad íntima habida con el señor Guillermo Trujillo C. le daba la oportunidad de cambiar en la caja que éste manejaba, los cheques personales. Este hecho fue aceptado por ambos personajes ante la justicia; así también se lo confesó el Cajero al Gerente de las Empresas, doctor Gustavo Correa B. (ver Fls. 23 y ss., lo mismo que lo declarado por algunos visitadores).

"En vista de tan sospechosa anomalía, el señor Gerente intervino de inmediato, y envió sendos oficios al Contralor Departamental y al Municipal para que se tomaran las medidas de urgencia, y se ordenó a la Auditoría, para el inmediato arqueo de caja, comisionando la gerencia para ello, al Auxiliar de Auditoría, señor Luis Gonzalo Jll. (sic) Laverde, pero éste informó luego que todo lo había encontrado en completo orden en la caja, que no halló faltante alguno. En igual forma lo aseveró el Auditor José Manuel Cárdenas C., que dizque no se había encontrado ninguna anomalía en dicha caja. La visita a esta dependencia se efectuó el dos (2) de septiembre de 1970, en las horas de la tarde y pasados varios días, el 7 del mismo mes, todavía los auditores seguían sosteniendo que nada anormal se advertía en la caja, a cargo del señor Trujillo Cárdenas.

"Este fue separado del cargo y posteriormente detenido, momento en el cual vino a confesar el faltante a su cargo, aunque afirmó que en gran parte tenían culpa los auxiliares Jaramillo Laverde y Cárdenas C., ya que él les cambiaba a ellos con frecuencia cheques personales en la caja por dinero en efectivo de la misma, y que algunos de estos cheques aún no habían sido pagados por el banco, por falta de fondos, y de algunos de esos instrumentos aportó fotocopias que él había hecho sacar para efecto de prevenir

cualquier circunstancia posterior; además afirmó que tanto el uno como el otro, sabían del faltante en la caja desde mucho tiempo atrás, agregando que ellos (los auditores) lograron 'corromperlo' en el cargo de cajero, ya que éstos se beneficiaban del sistema doloso implantado por el cajero.

"Algunas de las motivaciones hechas por esta Fiscalía al momento de solicitar la confirmación del enjuiciamiento continúan teniendo su vigencia y valor probatorio, y por ello también al momento de revisar la sentencia los considera idóneos para configurar la prueba en contra de los encartados, y ello hace que muchos de sus párrafos sean transcritos en esta oportunidad.

"La Fiscalía dijo en ese entonces: '...ya en la diligencia de indagatoria, Trujillo Cárdenas no niega ser el principal autor del desfalco y que él estaba al tanto de esta anomalía desde el año de 1966, agregando que desde esa época el Auditor Cárdenas C. giraba cheques en favor de la Empresa y le eran cambiados por dinero en efectivo en la caja, y que muchos de éstos eran devueltos por el banco, con la constancia de no pagarse por deficiencia de fondos, lo que era muy frecuente, que todo esto iba formando el volumen del desfalco. Agrega que en el año de 1968, cuando se retiró a vacaciones se vio obligado a reponer dineros para subsanar el déficit. Dice también que Jaramillo Laverde, Auditor Auxiliar acostumbraba cambiar cheques en la caja y hasta prestar dineros de la misma. Afirma que fue cancelada la cuenta de Cárdenas C. en el banco y que estos superiores suyos, los auxiliares nunca hicieron nada por colaborar a impedir el aumento creciente del desfalco. Dice que todo ello estimuló, y desmoralizó (sic) al cajero para facilitarle el camino en sus constantes actuaciones dolosas en esa dependencia.

"En ese orden de ideas, llegó a sostener el encartado bajo juramento que él era informado por los dos inmediatos superiores, los Auditores, sobre las fechas que debían hacerse arqueos de caja que periódicamente se hacían en su dependencia, arqueos que algunas veces se hacían por los Visitadores de Contraloría, y siempre bajo el control y vigilancia de los superiores. Llega a afirmar que hasta ocurría que el señor Cárdenas extendía un cheque para subsanar el faltante, con el cual se cuadraba la caja provisionalmente, procediendo a hacer traslados de un banco a otro, simulando así normalidad en las cuentas de caja, pero omitiendo de anotar ciertas partidas en los libros, y que en igual forma actuaba el señor Jaramillo Laverde, Auditor Auxiliar.

"Dijo también el encartado Guillermo Trujillo que se pudo establecer en su dependencia un faltante de $ 183.000 fuera de unos $ 21.000 que estaban como faltantes a su cargo por concepto de estampillas que él dejaba de agregar a los distintos documentos que pasaban por sus manos y que requerían de ello. Dice que en un momento dado, llegaron a convenir con sus dos compañeros de sindicación que éstos aportarían cada cual una cuota de $ 60.000 para saldar el déficit, y narra en detalles, los lugares y fechas donde se reunieron para tratar de convenir la forma de subsanar el faltante. (Ver Fls. 5 y ss.).

"Continuando sobre la confesión hecha por este implicado y las imputaciones lanzadas a sus dos compañeros de sindicación, vemos en ampliación de su indagatoria cómo reitera los mismos cargos a los Auditores y compañeros de trabajo —ver Fls. 249 Vto. del 2º cuaderno—, insiste en que éstos fueron los primeros en desmoralizarlo, con el sistema de prestar dinero a la caja que él manejaba, que le dieron también confianza para que él hiciera otro tanto con los dineros oficiales, mediando de un lado que ellos eran sus superiores, y que de otro, le habían prometido colaborar en un momento dado para que se 'cuadrara' en la caja". (Fls. 624 a 626 C. Nº 1º).

Actuación procesal.

"El Juzgado 8º de Instrucción Criminal de Medellín —dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal— dictó auto cabeza de proceso e inició la respectiva investigación. Agotada la etapa instructiva, en providencia del 6 de mayo de 1971 se calificó el mérito del sumario en el sentido de llamar a juicio a Guillermo Trujillo, José Manuel Cárdenas y Luis Gonzalo Jaramillo por el delito de peculado el primero en calidad de autor y los últimos en la de cómplices necesarios, decisión confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en proveído del treinta de agosto del mismo año.

"La etapa del plenario culminó con las sentencias condenatorias a que antes se hizo alusión". (Fls. 99 y 100 del cuaderno de la Corte).

"Las demandas —continúa el agente del Ministerio Público—. Los condenados José Manuel Cárdenas y Luis Gonzalo Jaramillo por intermedio de apoderados especiales formularon demanda de casación cuyo análisis se cumplirá adelante; ahora se destaca lo siguiente:

"El representante judicial de Cárdenas propone las causales cuarta y primera de casación, aquélla por desconocimiento de los requisitos propios del auto de proceder, por error en la

denominación jurídica de la infracción y por no haberse investigado el cambio de cheques que repetidamente hizo el cajero de la empresa al ciudadano Pablo Emilio López y, con apoyo en la última, se solicita la invalidación del fallo por violación indirecta de la ley penal sustantiva, resultado de la apreciación equivocada de las exposiciones de Guillermo Trujillo y de otros elementos probatorios, así como de la falta de apreciación de los restantes que obran en el informativo.

"El libelo formulado a nombre de Luis Gonzalo Jaramillo tan sólo invoca la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley penal sustantiva". (Fl. 100 Ib.).

Opinión del Ministerio Público.

La Sala acoge sin reservas la opinión del Ministerio Público en cuanto dice relación con los motivos invocados por el apoderado de José Manuel Cárdenas, para demostrar que la sentencia fue dictada por el fallador de instancia en juicio viciado de nulidad. Los argumentos del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, son del tenor siguiente:

"A pesar de que la demanda de casación presentada a nombre de José Manuel Cárdenas sustenta la causal cuarta de casación después de la primera, conforme a la técnica propia de este recurso esta Procuraduría Delegada se ocupará en primer término de los motivos de nulidad propuestos.

Causal cuarta. Se proponen en el libelo tres motivos de anulación del fallo, así:

"El primero, porque en la parte resolutiva del auto de proceder, contrariando lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, se determinó el delito en su especie y el grado de participación de los tres acusados, y en cambio no se indicó ni el lugar ni la época en que el ilícito tuvo ocurrencia. Considera el demandante que de esta manera se configura el motivo de nulidad previsto en el artículo 210, ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal (Fls. 57 a 60).

"El otro motivo de nulidad se hace consistir en que, con base en la argumentación presentada para sustentar la causal primera de casación, el sentenciador de segundo grado calificó como peculado lo que más bien debe considerarse como encubrimiento, y este error contribuye a fundamentar el motivo de nulidad acabado de indicar.

"Por último, el tercer cargo se refiere a que se ignoraron las diligencias de folios 89 a 190 de este proceso relativas al cambio de cheques a favor del señor Pablo Emilio López. Se estima que la calificación del delito es incompleta y afecta de nulidad el juzgamiento.

"A juicio de esta Procuraduría Delegada carecen de fundamento jurídico los cargos formulados al fallo de segundo grado para configurar el motivo de nulidad de error en la denominación jurídica de la infracción, porque los hechos investigados se acomodaron perfectamente al peculado, sea en su modalidad de apropiación o sea en la de uso indebido, como adelante se puntualizará.

"De otra parte, es sabido que el encubrimiento no es conexo con el delito que se ocultó o trató de ocultarse, y por esta razón se investiga y falla en proceso separado. Por lo demás, los actos que se atribuyen a José Manuel Cárdenas —juzgados en este proceso— tuvieron ocurrencia no después del 8 de septiembre de 1970 sino antes y es acertado por tanto que se hayan investigado y decidido en este proceso.

"Por último, la omisión en investigar un delito no constituye motivo de nulidad, ya que mientras no esté prescrita la acción penal se puede promover su averiguación.

"En definitiva, no existen motivos serios para anular esta causa". (Fls. 100 a 102 Ib.).

Otros cargos.

Al amparo de la causal primera de casación el apoderado de José Manuel Cárdenas formula tres cargos más a la sentencia, por los siguientes conceptos:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustancial por aplicación indebida o interpretación errónea, por equivocada apreciación de la prueba", lo cual condujo al fallador a incurrir en errores de hecho y de derecho.

El simple enunciado de los cargos anteriores entraña contradicción no superable, puesto que la interpretación errónea es forma de violación directa de la ley sustancial y su aplicación indebida, derivada de la equivocada apreciación de la prueba, es modo de infracción indirecta. Como es lógico, uno y otro concepto no pueden ser invocados al tiempo, respecto de los mismos hechos. Consecuentemente los cargos no prosperan.

Demanda de casación propuesta por el apoderado de Luis Gonzalo Jaramillo Laverde.

Cargo primero.

Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustancial, "de una manera indirecta por cuanto dicha violación proviene de la apreciación erró-

nea o de la falta de apreciación, en algunas partes, de las declaraciones (básicas y fundamentales para la condenación de Jaramillo Laverde) rendidas por el autor del peculado Guillermo Trujillo Cárdenas en cuya valoración se incurrió, por el Tribunal fallador, en múltiples errores de hecho que aparecen manifiestos en los autos, así como de algunos indicios que reforzaron las aludidas declaraciones".

Para demostrar el cargo, el recurrente razona en la forma que se transcribe a continuación:

"*Síntesis:*

"Aceptando el Tribunal, como aceptó darle crédito a la declaración del autor del delito, William o Guillermo Trujillo, y reforzando esta cantidad cero (o nula) de certeza con ciertos dizque indicios —procedentes— también, en lo esencial de los dichos de Trujillo y del prejuicio de la responsabilidad de los auditores, se llegó a la conclusión de que eran cómplices necesarios de un ilícito (peculado).

"Lo cual, además de todo lo analizado, comporta una apreciación errónea de las pruebas, como paso a explicar.

"Pues, admitiendo la validez del 'testimonio' de Trujillo solo o reforzado por indicios, todo ello no conduce ni puede conducir a deducir de esas pruebas que mi representado —y el otro auditor— fueran 'cómplices necesarios'.

"Un modestísimo análisis de ellas en cuanto a su significado final lleva a la conclusión de que a lo sumo, esas personas, los auditores, con la finalidad de que se encubriera el cambio de cheques que les hacía el cajero y que algunas veces se demoraban para ser cubiertos, o se cambiaban por otros, se abstuvieron de denunciar un ilícito cuya existencia conocían (estoy argumentando con lo peor, en gracia de discusión). Y, descubierto el ilícito el dos (2) de septiembre, todavía hicieron patrañas para ocultar el hecho. Lo que —a simple vista— no desemboca en una complicidad necesaria pero ni siquiera secundaria sino en un mondo y lirondo encubrimiento por el cual no se llamó a juicio. Recuérdese que 'a más de 10 personas Trujillo cambió cheques, y en forma habitual y para cobro posterior, al solo señor Pablo Emilio Bedoya, cambió 15 cheques, por sumas de consideración, conducta que motivó las diligencias penales obrantes a folios 89 a 190 del cuaderno principal'.

"Es decir, otro error mayúsculo en la apreciación de las conclusiones de la prueba.

"Y esto clama al cielo: que unos *posibles* alcahuetes de un delito (llevando las cosas al extremo de conceder el máximo) aparezcan ante la sociedad como 'cómplices necesarios' de un sustractor de caudales públicos, es decir, como usufructuarios de bienes ajenos; que soportan la cárcel ya por más de dos años y el INRI social por su encubrimiento que, desde luego, no tiene moral y social y punitivamente la misma trascendencia que tiene el hecho de haber realizado algo sin lo cual el delito no hubiese podido ejecutarse, es, en mi sentir, un error que debe repararse no sólo por el agravio a la ley sino por la injusta condenación que se hizo.

"Pido, en consecuencia, que se case la sentencia y se absuelva a Luis Gonzalo Jaramillo Laverde de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder y se ordene su libertad inmediata". (Fl. 89 Ib.).

Se considera.

Como fácilmente se observa de la transcripción anterior, el recurrente no cita las disposiciones procedimentales, valoradoras de la prueba, por cuyo medio violó el sentenciador la ley penal sustancial, que tampoco señala.

Lo anterior en cuanto el recurrente atribuye al sentenciador errores de derecho en la apreciación de la prueba.

El recurrente tampoco indica las normas penales sustanciales infringidas por el sentenciador como consecuencia de los errores manifiestos de hecho a que se refiere en el mismo cargo. Por tanto, no prospera.

Cargo segundo.

Causal subsidiaria propuesta.

Dice el demandante: "acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, directamente, de la ley penal sustancial (inciso del artículo 580 del Código Penal). Presento esta causal como subsidiaria de la anterior.

"Las disposiciones infringidas por el fallador son:

"a) El artículo 19 del estatuto punitivo por cuanto no siendo Luis Gonzalo Jaramillo Laverde, ni a la luz de los hechos que se suponen probados en el mismo fallo atacado, cómplice necesario, no podía aplicarse tal norma. Si lo fue, como lo fue, ello procede de una interpretación errónea de lo que se entiende y debe entenderse por cómplice necesario;

"b) Si Jaramillo Laverde no era cómplice necesario, mal pudo aplicarse a su caso los artículos 19, 32 del Código Penal y 3º del Decreto

1858 de 1951 que el Tribunal tuvo como básicos para condenar y fijar las penas. Por tanto, resultan violados por indebida aplicación, siempre a consecuencia de aquel error de puro derecho.

"Y sustento esta causal en la siguiente forma empezando por fijar —casi con pena por tratarse de nociones elementales— algunos alcances de ciertos principios básicos de cualquier sistema punitivo y, por tanto, del nuestro.

"I. Es evidente que cuando se trata de un hecho delictivo en cuya comisión no toma parte sino una sola persona, vale decir cuando en tal comisión no ha intervenido otra en cualquier forma y en cualquier tiempo (ni antes, ni en, ni después de realizado el ilícito), no se presenta otro problema que el de determinar quién es el autor material de la acción punible, cuál su responsabilidad y cuál el grado de penalidad aplicable.

"Mas cuando se trata de un delito en cuya realización han intervenido varias personas sea antes, en o después de su comisión, surgen sinnúmeros interrogantes no sólo en relación con el momento de su intervención sino, especialmente, en cuanto al cómo intervinieron.

"Tres grandes grupos encuadran esas intervenciones: la coautoría, la complicidad y el encubrimiento.

"II. La coautoría, como su propio nombre lo indica, identifica a los sujetos activos de un mismo delito. Bien porque físicamente concurren a su comisión uniéndose todos en actos propios para sus fines, lo que implica, en consecuencia, una mancomunidad o unión de voluntades o propósitos idénticamente delictuosos que consiguen un fin (el delito realizado o tentado). Bien porque alguien que concibe, planea, ordena la comisión del delito sin concurrir al acto mismo, sin concurso de acción material, liga de tal manera su propósito criminal que mediante dádivas o promesas de una u otra índole, determina al otro a obrar por su cuenta: dígase, por tanto, autoría intelectual y autoría material.

"III. Pero la coautoría en que dos o más personas concurren recíprocamente a la comisión de un hecho se distingue, sustancialmente, de la complicidad en primer término, como —en segundo término— se distinguen la coautoría, la complicidad y el encubrimiento. Veamos lo primero.

"En el coautor existe, en efecto, una directa voluntad de cometer el hecho, de que éste se realice y participa de los fines del ilícito (provecho económico, satisfacción de pasiones tales como odio, venganza, apetito sexual), etc. En cambio, el cómplice coopera en la realización del hecho en diversas formas y en diversas circunstancias de tiempo y aún de espacio, favoreciendo con su conducta, en diversos grados según la clasificación que veremos en seguida, un delito determinado, pero ni ejecuta el hecho por su propia mano, personalmente (autor inmediato), ni por mano ajena inconsciente o sin culpabilidad (autor mediato) ni determina a otro cometerlo (autor intelectual, artículo 19 del C. P.). No. El cómplice coopera en la ejecución del hecho sin realizarlo por sí o por medio de otro inocente o inconsciente (coacción insuperable, sugestión hipnótica, inducción o aprovechamiento de error, enajenación mental, etc., etc.) ni siendo el causante, doloso o eficaz, de que el autor material se determina a obrar.

"La complicidad, a la luz de nuestro Código, es primaria o necesaria. Aparece definida ésta en nuestro estatuto penal en su artículo 19. Habla éste de tres casos: 'el que tome parte en la ejecución del hecho' (autores o coautores), 'el que determine a otro a cometerlo' (autor intelectual) y el que 'preste al autor o autores del hecho un auxilio y cooperación sin los cuales no habría podido cometerse' (cómplice primario o necesario).

"Cualquier otra cooperación ya no es necesaria sino secundaria y se encuentra disciplinada en el artículo 20 del Código de las penas: 'el que de cualquier otro modo (es decir de un modo que, aun sin existir, el delito concreto habría podido cometerse), coopere a la ejecución del hecho...'.

"Es decir que entre estas dos grandes clasificaciones de la cooperación la diferencia no es otra que ésta: si hubiese faltado la cooperación 'necesaria o primaria' el delito en forma alguna se hubiera ejecutado, mientras que, faltando la secundaria, bien pudiera haber acaecido.

"Agrega nuestro Código un caso de complicidad secundaria: el de quien 'preste una ayuda posterior cumpliendo (o en cumplimiento para no usar ese horrendo galicismo) promesas anteriores al mismo', es decir, al hecho delictuoso.

"Entiende aquí el legislador que esa complicidad moral, esa promesa de ayuda posterior, cumplida, aunque este cumplimiento sea posterior al delito (toda cooperación debería ser anterior o al menos simultánea), no es un encubrimiento porque la promesa —que fue anterior— motivó, en parte, al autor, 'le ayudó' moralmente a actualizar su intención criminosa: así es como se coopera.

"IV. Ya queda esbozada la diferencia, al menos de esta última especie de cooperación, con el encubrimiento: si lo posterior consiste en ayudar al delincuente a eludir la acción de la justicia sin previa promesa o sin previo acuerdo (Arts. 19 y 199 del C. P.), o en entorpecer la investigación, o en ocultar o asegurar el producto o fruto del delito, sin promesa previa, tenemos un encubrimiento.

"V. Siguiendo los autores —entre ellos a dos de los Magistrados de esa Sala— debe decirse que para que pueda hablarse de complicidad —y mucho más de complicidad sin la cual no habría podido cometerse el delito— se exigen contribuciones positivas a la ejecución del ilícito. 'La conducta meramente pasiva —escribe el doctor Mesa Velásquez— de un particular frente al delito que presencia, y aún la promesa de no hacer algo, verbi gracia, no denunciar el hecho no basta a la complicidad' (en este ultimo caso si no se cumple la promesa). Y el Magistrado doctor Luis Carlos Pérez, en su Tomo II, página 19 del Tratado de Derecho Penal, escribe algo sobre la ayuda que, justamente, aquí no se dio: 'ahora bien, el auxilio o la colaboración prestados por el copartícipe necesario o primario al autor material, debe ser de tal especie que, sin esa ayuda, el delito no hubiera podido cometerse. *Es una ayuda indispensable,* que vincula estrechamente al auxiliador con el ejecutor, convirtiéndose en una *nueva fuerza, engendradora del delito'*. (Subrayas del suscrito).

"VI. La segunda condición es la identidad del delito, esto es que las voluntades criminosas se aunen en igual fin de modo que el delito resulte, en cierto grado, obra común.

"Ahora bien: si aplicamos estas elementales nociones al caso sub exámine, tenemos:

"Los auditores no manejaban el dinero y los cheques o valores de la caja de las Empresas, pues esto lo hacía el cajero. Si ellos sabían que éste, apenas desde 1968 por parte de mi representado, estaba sustrayendo dineros oficiales de los confiados a su guardia, y no lo denunciaron —que es lo que se ha supuesto probado aquí— por interés de que les siguiera cambiando cheques con dineros oficiales, —que serían cubiertos más o menos tarde—, no se ve en esos actos una cooperación o contribución positiva: se trata de una conducta meramente pasiva consistente en no denunciar el hecho pero no de una cooperación positiva a la sustracción, pues en forma alguna ayudaron a sustraer ese dinero sino que se abstuvieron de denunciar un delito. Mucho menos esa pasividad, así sea administrativamente un hecho reprobable en grado sumo, constituía un auxilio sin el cual Trujillo no hubiera podido cometer el peculado que cometió. Manejando él dinero, como lo manejaba, y las estampillas y los cheques, pudo cometer el delito, y lo cometió, sin un auxilio necesario de parte de los auditores. Pues ¿dónde está que estos fueron causa u ocasión del peculado?

"Tan cierto es esto que el Tribunal dice: 'si la función de vigilancia no hubiera sido un simulacro, no se hubiera atrevido el cajero a su actividad delictuosa, *o si iniciada* (subrayo) se hubiera ejercido el control, no habría pasado de las primeras acciones', lo cual, en buen romance, significa precisamente, dos cosas: que el mismo Tribunal en esa frase confiesa que el delito de peculado pudo cometerse y se cometió, inicialmente, sin el conocimiento siquiera de los cómplices (necesarios!!!), pero que si éstos hubieran denunciado el hecho y no hubiesen alcahueteado a Trujillo, se hubiera evitado, no la comisión, sino la continuidad del ilícito.

"O sea, aclarando aún más lo acaecido según se dice que está probado: que por un silencio (acto negativo) Trujillo siguió peculando, pero en forma alguna que ese silencio, o ese no denuncio, *determinó* a Trujillo a sustraer los dineros y objetos sometidos oficialmente a su cuidado. Si el silencio encubridor tuvo que ser posterior al peculado (hecho inicial), mal pudo ser *determinante* del delito, y posteriormente sólo fue un burdo encubrimiento porque ese silencio evitaba la acción de la autoridad e imposibilitaba la investigación.

"De suerte que en el caso concreto, aceptando la totalidad de los hechos tales como los presentó el Tribunal, resulta evidente que el silencio de los auditores no fue causa determinante del obrar delictuoso de Trujillo (no se ha dicho, siquiera, que le prometieran no denunciarlo y que cumplieran esa promesa, o sea ni siquiera hay cooperación secundaria). Simplemente el no denunciar un delito continuado evitó la acción de las autoridades más oportunamente que lo fue al final.

"Tanto es ello así que en el estilo casi panfletario de Trujillo, éste dijo que Cárdenas y Jaramillo Laverde guardaban silencio porque estaban comprometidos (en el canje de cheques) pero nunca ni por asomo, se atrevió siquiera a sugerir que los auditores lo hubieran 'determinado' a cometer peculado o le hubieran prestado, para apropiarse en su provecho los caudales de las Empresas Varias que recaudaba o administraba, un auxilio sin el cual no hubiera podido hacerlo.

Tan cierto es ello que todo cajero que maneja fondos públicos puede pecular sin auxilio ajeno, siempre y en toda circunstancia. Puede afirmarse que es un delito donde no cabe la complicidad necesaria: o la coautoría o el encubrimiento.

"Y en el presente caso, no sólo podía pecular sin la ayuda de los auditores sino que sin ella peculó. Y si por el silencio de éstos —como dice el Tribunal— continuó el delito, ello prueba que el delito se consumó sin ellos y que la continuidad de él, que acaso una denuncia oportuna hubiera suspendido, no es una complicidad sino un típico encubrimiento.

"Lo que se hace más evidente cuando se sabe que, según la misma sentencia, Trujillo se lucró de los caudales de las Empresas y los auditores no tomaron éstos sino que el cajero, con tales caudales, les cambiaba cheques.

"Pero es más: si la 'coparticipación criminosa, como ha dicho esa honorable Corte, implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado que —penalmente, es el delito— (Cas. 29 marzo de 1953, LXXV, 218), ¿dónde aparece que mi representado —y tampoco el auditor Cárdenas— hayan buscado, conjuntamente con el cajero Trujillo, apropiarse de caudales de las Empresas? ¿Dónde el acuerdo de estos señores con el cajero para el peculado? Ocultarlo, si lo sabían realmente —lo que aparece dudoso hasta el dos (2) de septiembre— y no lo denunciaron, así sea por interés *pero diverso a apropiarse los caudales públicos*, ¿qué otra cosa es que encubrir o a lo sumo, omitir el cumplimiento de un deber, favoreciendo —no el inicio del delito— sino el aumento de su cuantía por virtud de la continuidad? ¿O un abuso, por desuso, de autoridad que permitió un acto contra la propiedad?

"¿No se dice que los auditores buscaban continuar o encubrir el cambio de cheques y que por eso guardaron silencio? ¿Entonces, puede afirmarse la identidad de fines? ¿Y si esto es imposible, por qué el Tribunal confundió el fenómeno jurídico de la complicidad necesaria con el encubrimiento o con el abuso de autoridad? ¿No es éste el error básico del fallo acusado?

"Error que, por cierto, se cometió desde el llamamiento a juicio y su confirmación y se acendró en la sentencia de segunda instancia. Y puesto que los hechos, aún los enunciados en forma especial por el Tribunal (admitidos en gracia de discusión), no encajaban ni encajan en la parte del artículo 19 del Código Penal que define el cómplice necesario cuando éste habla de quien 'preste un auxilio o cooperación *sin las cuales no habría podido cometerse'*, es obvio que se violó este artículo por aplicación indebida lo mismo que los artículos 32 del Código Penal y 3º del Decreto-ley 1858 de 1951 que el fallador aplicó en consecuencia.

"Por eso hago mías las siguientes ideas de un bien pergeñado alegato de instancia con razones que solicito a la honorable Corte se sirva analizar como demostrativas del error de derecho en que incurrió el honorable Tribunal de Medellín al considerar a mi representado como cómplice necesario del peculado que se viene comentando". (Fls. 89 a 94 Ib.).

Se considera.

Planteado el cargo en el ámbito de la causal primera de casación, en forma directa, por aplicación indebida de los artículos 19 y 32 del Código Penal, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, corresponde a la Sala dar respuesta a la argumentación de los recurrentes, con vista igualmente en las razones de que ha hecho mérito el Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Uno y otro coinciden en la afirmación de que, en el caso de autos, no cabe predicar de los procesados la calidad de cómplices necesarios de un delito continuado de peculado, como lo hace el Tribunal Superior de Medellín, pues de la desprevenida lectura de la sentencia y de su cotejo con sus fundamentos probatorios, y aún aceptando, sin reservas, que la premisa histórica es como la dice el fallador de segundo grado, no aparece demostrado, por modo alguno, que los auditores hubiesen participado en la pluralidad de acciones que, con idénticos designios, aprovechamiento ilícito y perjuicio de las Empresas Varias del Municipio de Medellín, confiesa haber cometido Guillermo Trujillo Cárdenas, en el lapso que va entre 1966 y 1970.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace presente cómo carece de precisión la sentencia impugnada, pues no detalla el número de acciones en las que intervinieron los auditores, ni las fechas de las mismas, ni sus cuantías, ni tampoco el monto preciso del aprovechamiento que, presuntamente, pudo corresponderles en la suma global del peculado en el cual se les atribuye complicidad necesaria.

Y sus apoderados hacen notorio que si el mismo Tribunal sentenciador reconoce que el delito de peculado no hubiera sido posible en su continuidad sin la omisión de los deberes de vi-

gilancia a cargo de los auditores, ello equivale a confesar que, en parte, al menos, el delito de peculado lo cometió Guillermo Trujillo Cárdenas sin su concurso, lo cual demuestra —se dice— que de los auditores puede predicarse, no más, un delito de encubrimiento, autónomo por naturaleza, y que no ha sido materia de estas investigaciones. En síntesis: como no se ha demostrado que los auditores hubiesen convenido desfalcar a las Empresas Varias del Municipio de Medellín en la cuantía a que asciende el peculado confesado por Trujillo Cárdenas, en su caso concreto no se da la unidad de designio criminoso, ni la participación en todas y cada una de las acciones que, sumadas, configuran el delito continuado, pues su interés, si tuvieron alguno, se limitaba a obtener del cajero Trujillo Cárdenas cambios de cheques, con dineros de sus fondos personales o de la caja, en la misma forma como lo hacía, de tiempo atrás, inveteradamente, con toda clase de gentes, conducta que dio lugar a las denuncias de que dan cuenta los autos.

En síntesis: para los apoderados de los procesados recurrentes la complicidad en el delito continuado no es posible, en la modalidad de necesaria, si el cómplice no acuerda con el actor principal para prestarle su concurso y si no se demuestra que con él comparte de un mismo designio criminoso, colaborando en todas y cada una de las acciones integrantes del delito continuado, de forma que, sin su auxilio, no sea posible su comisión.

Evidentemente el Tribunal sentenciador argumenta que "sin la conducta cooperadora, tolerante, auspiciadora de los auditores, habría sido imposible el delito y más en la forma y proporciones en que fue realizado"... "Si la función de vigilancia no hubiera sido un simulacro no se hubiera atrevido el cajero a su actividad delictuosa, o si iniciado se hubiera ejercido el control, no habría pasado de las primeras acciones, pues que habría procedido al reintegro".

Es así mismo claro que la conducta peculante de Guillermo Trujillo Cárdenas venía realizándose de tiempo atrás, sin que a pesar de las sucesivas, periódicas visitas practicadas por los funcionarios fiscales a las oficinas de su dependencia, jamás, se hubiese observado faltante alguno, pues de autos aparecen las resoluciones aprobatorias de las actas correspondientes, firmadas por los procesados en su condición de auditores principal y auxiliar, respectivamente, y en ninguna de ellas manifestaron reservas. Por el contrario, todas las aprobaron "sin observaciones".

El propio Guillermo Trujillo Cárdenas se confiesa responsable de la totalidad del peculado en la cuantía señalada en la última visita que se le practicó por orden de la Gerencia de las Empresas Varias de Medellín, y reconoce que los auditores se beneficiaron en parte solamente de aquella cantidad, por cuanto algunos de los cheques que les había cambiado, no fueron recogidos por ellos. Pero es enfático y reiterado en afirmar que sin su conducta cómplice no se hubiera atrevido a disponer abusivamente de los fondos a su cuidado. Y corre probado, en forma fehaciente, que los auditores no denunciaron a Trujillo Cárdenas, a pesar de las presiones de la Gerencia, sino cuando lograron recuperar de sus manos los cheques que luego exhibiría él, en fotocopia, a los jueces competentes.

Aparece así clara la siguiente situación: Guillermo Trujillo Cárdenas cometió un delito de peculado, en su condición de cajero de las Empresas Varias de Medellín, en la modalidad de continuado, entre los años de 1966 a 1970. Durante ese lapso se practicaron en las oficinas a su cuidado periódicas visitas para comprobar el estado contable, y solamente en una ocasión, cuando intervino la Gerencia de las Empresas Varias de Medellín, se dedujo el alcance que originó este proceso, no obstante que, ocho días antes, recibió informes contrarios a la realidad, de quienes tenían el deber de vigilancia y habían recibido órdenes expresas suyas de practicar minuciosa visita y mantenerla informada, momento a momento, en la medida en que fuera progresando esa diligencia.

Así planteada la cuestión de facto, corresponde examinar si, como lo afirman los impugnadores, la complicidad necesaria en el delito continuado no es posible sin la identidad de designio con el actor principal y sin la participación del cómplice en todas y cada una de las acciones delictuosas que, reunidas, se consideran como un solo delito. O, lo que es lo mismo, si el cómplice necesario, para serlo, en el delito continuado, ha de aparecer en él, con el autor principal, en identidad de propósitos, de medios, de acciones y de resultados.

Se afirma por los recurrentes que los procesados no participaron en la totalidad de las acciones delictuosas confesadas por el cajero (Guillermo Trujillo Cárdenas), *y que su conducta, si fue delictuosa, por tolerancia, estructura, presuntamente, el encubrimiento. Que su interés, si lo hubo, fue limitado al cambio de pequeñas cantidades, con fondos particulares del cajero o de las Empresas, sin que pueda imputárseles complicidad necesaria.*

Nuestro Código Penal define al cómplice necesario como la persona que presta un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho delictuoso.

Admiten los recurrentes que los hechos atribuidos al cajero (Guillermo Trujillo Cárdenas), *confesados por él, configuran la continuidad en el delito de peculado.*

El delito continuado es una ficción legal mediante la cual se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio.

Para su estructuración requiere, entonces, de pluralidad de acciones, cada una, en sí misma, constitutiva de delito, y todas, en su conjunto, violatorias de la misma disposición penal, guiadas por idéntico designio. Pudiera afirmarse que la continuidad se conforma como un proceso continuo de delitos discontinuos. O sea que la unidad se da en él como resultado de la pluralidad: unidad legal y pluralidad material.

Esta pluralidad de acciones realizadoras de un idéntico designio criminal, admite la coparticipación y la complicidad en sus diferentes grados. Pero en el caso del cómplice necesario —caso concreto cuestionado por los recurrentes— no demanda comunidad de designio con el autor o autores principales.

Con efecto, uno puede ser el propósito del autor principal, y otro, absolutamente diferente, el que abrigue el cómplice necesario. Y no por ello dejará de ostentar dicha condición si prestó concurso insustituible, oportunamente y en forma consciente.

Tampoco para ser cómplice necesario es obligatorio participar en todas y cada una de las acciones delictuosas independientes, que, enlazadas por designio común, conforman legalmente un solo delito. Basta, por el contrario, que el acto o actos en los que participa el cómplice, se ofrezcan con caracteres ciertos de necesidad, y trasciendan por tal modo evidente en los hechos delictuosos, que sin su presencia no fuere posible la continuidad. No importa que el concurso prestado en estas condiciones carezca de dolo determinado, específico. Basta que el cómplice tenga conciencia de que participa en un proceso delictuoso, a sabiendas de que sin su concurso no es posible su continuidad, o ésta quede en las primeras acciones. Hipotéticamente cabe suponer un concurso de tal naturaleza informado por dolo eventual cuyos alcances se determinan por los resultados.

Sin que valga objetar que de los hechos pretéritos, realizados por el autor principal no puede responder quien tuvo conocimiento de ellos posteriormente, cuando ya se habían consumado, y limitó su cooperación a permitir la continuación de los mismos, hacia adelante. Si quien por tal modo actúa, lo hace incumpliendo voluntariamente y con malicia sus deberes de vigilancia, incurre no en una omisión cualquiera, sino en dolosa omisión. Al permitir con su tolerancia culpable la continuidad en el proceso de acciones delictuosas, a sabiendas de que presta concurso necesario, pues a nadie sino a él ha confiado la sociedad el deber imperioso de vigilar esa determinada actividad, no podrá excusar responsabilidad en la totalidad de los hechos cumplidos por el autor principal, pues calló dolosamente lo que debía denunciar y conscientemente hizo posible la continuidad de acciones pasadas y futuras, cuya concatenación conforma el delito continuado.

Distinto es el caso de quien presta concurso necesario en hecho delictuoso, ignorando que con ello participa en un proceso o en la reiteración de una conducta delictiva. En este caso responderá como cómplice de una sola acción delictuosa. Lo propio ocurre cuando el autor de un delito continuado emplea para la realización de cada una de sus acciones el concurso de un cómplice diferente, justamente, para que su designio de permanecer en el delito y la reiteración no sean descubiertas.

Haciendo suyas las argumentaciones de un alegato de instancia, sostienen los recurrentes que la "coparticipación es la obra común de varios agentes y se caracteriza por la concurrencia de acciones diversas encaminadas a un fin único 'de todos conocido y querido'. 'Sin la convergencia de todas esas acciones, se imposibilita la comunicabilidad. Cambiar un cheque por un cajero es un acto aislado, puede ser concurrente pero no convergente al peculado que haga el encargado de recaudación y manejo de dineros. Conllevan dos intenciones diferentes. No llevan a un mismo fin. Decir lo contrario es incurrir en el absurdo. Y es ello tan axiomático, que no permite otra explicación. El cambio de cheques no es la parte de un todo peculante. No equivale a tomar parte en la sustracción del dinero. No es cooperante al abuso que cumplió Guillermo o William Trujillo. Ni objetiva, ni subjetivamente, lo uno forma parte de lo otro. Es un adefesio tratar de compaginar y de aunar, como parte de un todo, esas dos realizaciones aisladas. No implica ese cambio, una culpa de aquellos a quienes se les hizo el cambio. Siendo ello una costumbre,

una mala costumbre, en dicha empresa, que se hacía no solamente con el auditor y con el subauditor, sino con todos los empleados, a todos debería incumbir igual responsabilidad, si alguna hubiera. Y todos deberían hallarse sentados en el banco de los acusados. O no habría lógica. Una actuación unilateral, no dirigida a la totalidad de un hecho en la conciencia de quien lo realiza o ejecuta, no puede constituir coparticipación. Falta la identidad de la figura dolosa: peculado. Es más, en la coparticipación, siendo accesoria de un hecho primordial, no se responde por la culpa del otro en el hecho, sino de la propia culpa".

Pero ninguno de los apoderados de los procesados recurrentes ha negado que tanto el auditor como el subauditor conocían y aprovechaban la pésima costumbre dominante en las oficinas de caja de las Empresas Varias del Municipio de Medellín, de cambiar cheques no solamente a los empleados sino también a los particulares. Y que los dos procesados hicieron angustiados esfuerzos, aún la vispera de que se iniciaran estas diligencias, para recoger de manos del cajero cheques por valor aproximado a los dieciocho mil pesos, es un hecho indiscutible.

Esa costumbre inveterada, tolerada y fomentada por los auditores, alentó al cajero para desfalcar a las Empresas Varias de Medellín. Como era apenas lógico, los auditores, que mantenían regularmente cheques personales suyos, pendientes de pago, a manos del cajero, estaban impedidos de practicarle visitas contables estrictas, por el temor de toparse con sus propios faltantes.

Anotadas por los apoderados de los procesados recurrentes, por sus fechas y días, con precisión inobjetable, asoman las visitas que fueron practicadas por los empleados del ramo a las oficinas de caja. En ninguna se dejó constancia de faltantes, y las actas de visita exhiben la correspondiente resolución aprobatoria, dictada por los auditores, "sin observaciones".

No cabe entonces confundir la coautoría con la intervención en el delito, a título de cómplice necesario. Si esta complicidad se brinda en delito continuado, a sabiendas de que se presta en un proceso delictuoso y no en un hecho aislado, dicho concurso responsabiliza al cómplice en el mismo grado del autor principal, así no haya participado en la totalidad de las acciones.

Se ha dicho ya que los auditores, por las razones anteriormente explicadas, no ejercieron sobre el cajero de las Empresas Varias del Municipio de Medellín el control contable que debían ejercer obligatoriamente, perentoriamente, inexcusablemente. Y que tal omisión dolosa fue cometida por los auditores en forma sucesiva, reiterada, cada vez que aprobaron, "sin observaciones", las actas de quienes visitaron personalmente las oficinas de caja. Tan insistentes fueron los auditores en el incumplimiento de sus obligaciones, que su omisión los vincula a la conducta que la ley describe como delito continuado, en cuyos proventos participaron en cantidad mínima, es cierto, pero que no permite dispensarlos de responsabilidad en él por la omisión dolosa de sus deberes.

Siendo ello así, no importa si participaron en todo, o en parte, o si ni siquiera participaron de los aprovechamientos indebidos del cajero. Es la omisión consciente de sus deberes lo que los hace responsables como cómplices necesarios en el delito de peculado que, en la modalidad de continuado, fue cometido por Guillermo Trujillo Cárdenas. Dicha omisión consciente hizo posible el delito y su continuidad, así el designio de los auditores hubiese sido distinto del que inspiró la conducta del peculador. Sin el concurso omisivo-comisivo de los auditores, el peculado no hubiera sido posible, al menos en el monto y modalidad conocidos.

Entendido así el concurso prestado por los auditores José Manuel Cárdenas y Luis Gonzalo Jaramillo al cajero Luis Guillermo Trujillo Cárdenas, débese concluir consecuentemente que el Tribunal sentenciador no incurrió en las violaciones de la ley sustancial anotadas por los recurrentes. El cargo no prospera.

Decisión.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 8 de julio de 1972, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra José Manuel Cárdenas y Luis Gonzalo Jaramillo Laverde.

Notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario

LIBERTAD DEL SENTENCIADO

Competencia de la Corte para conceder la libertad estando en trámite el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., mayo treinta (30) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 21 de mayo 30 de 1973.

Vistos:

Se ocupa la Corte de la solicitud de libertad hecha en relación con el procesado Luis Guillermo Guáqueta, quien fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá —junto con otras personas—, por el delito de robo, a la pena principal de cuarenta meses de presidio.

En ese negocio interpuso recurso de casación el defensor del procesado Fernando Rodríguez Vargas, el que se encuentra en trámite.

Alega el peticionario que Guáqueta ha cumplido en detención preventiva el término a que fue condenado, por lo que debe ordenarse su libertad.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que la Corte "debe abstenerse de tramitar la solicitud formulada, por no ser competente para resolverla", pues, si bien el nombrado Luis Guillermo Guáqueta ha estado detenido, por el referido proceso, el lapso señalado como pena privativa de la libertad, "la solicitud está mal formulada, pues no se trata de libertad provisional por pena cumplida, ya que el proceso culminó con sentencia de segunda instancia en agosto del año pasado, y en estas condiciones la liberación del condenado corresponde al Director del establecimiento carcelario en donde actualmente se encuentra privado de la libertad, conforme lo dispone el artículo 213 del Decreto 1817 de 1964".

Pues bien:

Encontrándose pendiente de resolver el recurso de casación propuesto por el defensor del sindicado Fernando Rodríguez Vargas, es obvio que el fallo del Tribunal Superior de Bogotá no se encuentra ejecutoriado. No obstante resulta inmodificable —salvo en cuanto fuese propuesto el motivo cuarto de casación y prosperara una nulidad del proceso— la sanción impuesta al nombrado Luis Guillermo Guáqueta, quien no es recurrente en casación, ni tampoco lo ha sido el Ministerio Público y, por tanto, la decisión tomada en las instancias en cuanto a este acusado puede estimarse como definitiva.

Y como de lo anterior no puede tener conocimiento el Director del establecimiento carcelario donde está detenido Guáqueta, sino que los procesados Rodríguez Vargas y aquél se encuentran a órdenes de la Corte, es el caso de ordenar lo pertinente en cuanto a la libertad del peticionario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *ordena* la libertad inmediata del procesado Luis Guillermo Guáqueta, para lo cual se enviará oficio al Director de la Cárcel Nacional Modelo, donde se encuentra detenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSAL 3ª

Cuando el jurado de conciencia da respuesta al cuestionario formulado con los elementos tipificadores del homicidio voluntario, diciendo: "sí es responsable. No está clara la intención de matar", está planteando una afirmación y una negación o incertidumbre que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen, lo que constituye el veredicto contradictorio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo).

Aprobado: Acta número 24 de junio 14 de 1973.

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de 22 de septiembre de 1972, por la cual se condenó a Justino Juya Avila a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias condignas, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Manuel Antonio Orduña Soler.

Los hechos.

Los que dieron origen a esta investigación los resume, ciñéndose a las constancias procesales, el Fiscal Segundo Superior de Tunja, así (folio 153 del cuaderno principal):

"Manuel Antonio Orduña desde meses atrás mantenía enemistad con Justino Juya Avila por cuestiones al parecer de poca importancia, que se cristalizaron en acontecimientos de alguna gravedad.

"El treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y uno, aproximadamente a las siete de la noche, Orduña Soler transitaba por la llamada 'Calle Caliente' de la población de Rondón y en sentido contrario y por la acera opuesta iba Justino Juya Avila quien al reconocer a aquél se le dirigió y con el arma corto-punzante que empuñaba le ocasionó una grave lesión. El agredido de inmediato desenfundó su peinilla para repeler la agresión y logró lesionar en la cara al atacante cuando ya emprendía la fuga".

Actuación procesal.

Dictó el auto cabeza de proceso el Juez Promiscuo Municipal de Rondón con base en las diligencias a él remitidas por el Alcalde de dicho Municipio, y practicadas algunas pruebas, remitió el expediente, por competencia, a los Jueces Superiores de Tunja y, efectuado el reparto, le correspondió el conocimiento del negocio al segundo de ellos, quien, luego de proseguir las instructivas, las clausuró y calificó el mérito del sumario abriendo causa criminal contra el sindicado Justino Juya Avila el 15 de octubre de 1971 por el delito de homicidio simplemente voluntario.

En la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"¿El procesado Justino Juya Avila, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber causado la muerte, con intención de matar, a Manuel Antonio Orduña Soler, quien falleció a consecuencia de herida causada con instrumento corto-punzante (cuchillo), de cuya localización y estragos en el cuerpo de la víctima habla la correspondiente diligencia de autopsia, según hechos ocurridos en las horas de la tarde del día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), en el perímetro urbano del Municipio de Rondón?".

El tribunal popular respondió por unanimidad: "sí es responsable. No está claro (sic) la intención de matar".

El Juez Segundo Superior de Tunja, interpretando esta veredicción con el significado de que reconocía al procesado como responsable del delito de homicidio preterintencional, lo condenó a cuatro años de presidio en sentencia de cinco de julio de 1972, la que, consultada con el superior, fue reformada en el sentido de elevar la pena a ocho años de presidio, pues el juzgador de segunda instancia, con base en el veredicto, reputó el homicidio como simplemente voluntario, en el fallo de 22 de septiembre de 1972, que es el recurrido en casación.

La demanda de casación.

El demandante le hace diversos cargos a la sentencia impugnada: tres al amparo del numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, un cargo al amparo del numeral segundo del citado artículo, uno al amparo del numeral tercero ibídem y uno con invocación del numeral primero.

Cargos hechos con invocación del numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

a) "La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por medio de la cual se condenó al procesado recurrente señor Justino Juya Avila a la pena de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio voluntario es violatoria del artículo 26 de la Constitución Política por ausencia de la plenitud de las formas propias del juicio penal...

"En el auto calificativo del negocio proferido por el señor Juez del conocimiento se omitió hacer inclusión en él y en consecuencia al análisis de elementos probatorios de singular valía que hubieran servido de soporte jurídico a la modificación que en sentido favorable a los intereses del imputado se hubiera hecho en el proveído calificatorio con sujeción a lo dispuesto por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, numerales 2º y 3º.

"Se allegaron al proceso diversos testimonios que demuestran palmariamente que desde tiempos anteriores existían entre Manuel Orduña y el procesado Juya Avila serias discrepancias por motivos personales que daban lugar a que se presumiera que en cualquier momento podría presentarse un fuerte disgusto entre los protagonistas...". Analiza el actor, desde su punto de vista personal, las declaraciones que, según él, no tuvo en cuenta el Juez al calificar el mérito del sumario, para aseverar que "los hechos anteriormente enumerados constituyen en derecho un estado de ira e intenso dolor que se albergaba en el ánimo del recurrente desde hacía algún tiempo. Tales hechos fueron analizados por el señor Juez del conocimiento en el auto de proceder pero no reconocidos a favor del procesado como era de rigor siguiendo los lineamientos prescritos por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal".

El actor resume el cargo así:

"Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Tunja en razón de que no se tuvo en cuenta en el auto de proceder el estado de ira e intenso dolor debidamente demostrado dentro del expediente con lo cual se quebrantó el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal en sus numerales 2º y 3º. Además se violó el artículo 216 del mismo obrar (sic) por cuanto en la calificación del negocio no se dio cumplimiento al precepto *'indubio pro reo'* que es un principio del derecho universal ampliamente acogido en todas las legislaciones penales del mundo.

"Además el honorable Tribunal violó el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal al señalar el género del delito y señalar el artículo aplicable al procesado en el auto de proceder".

Como petición propone la invalidación de la sentencia "y dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal";

b) "Al reconocer el jurado de conciencia el estado aminorativo de responsabilidad consagrado en el artículo 365 del Código Penal claramente nos está diciendo que el delito que se juzga no es homicidio voluntario sino un homicidio preterintencional, lo que implica que por este aspecto surge un nítido error en la denominación jurídica de la infracción, causal de nulidad del juicio.

"Además, como ya lo dejé ampliamente demostrado en el primer cargo contra la sentencia recurrida, el señor Juez de derecho no reconoció a favor del procesado el estado atenuante de responsabilidad criminal previsto en el artículo 28 del Código Penal, esto es, el estado aminorante de la ira y el dolor intenso ocasionado por grave e injusta provocación por parte del hoy occiso, o que implica que no siendo por ningún motivo un homicidio voluntario por el cual se le juzgó y condenó al procesado, y estando por

otra parte suficientemente demostrado en el proceso el estado de ira y dolor intenso desde el mismo auto de proceder ha debido reconocérsele este estado, cosa que no se hizo, a pesar de que tal estado estaba suficientemente demostrado en los autos, surge en su doble aspecto la nulidad del proceso por error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

"El numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal erige en causal de nulidad de los procesos penales el error relativo a la denominación jurídica de la infracción, norma aplicable que resulta ampliamente demostrada en este proceso por lo cual su aplicación resultaría correcta, pues como ya se dijo, no se trata de un homicidio voluntario sino de un delito cometido en estado de ira e intenso dolor, o un homicidio preterintencional".

El actor resume el cargo de este modo:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal sentenciador en razón de que desde el mismo auto de proceder no se le reconoció el estado de ira e intenso dolor previsto en el artículo 28 del Código Penal ni el estado de homicidio degradado previsto en el artículo 365 del Código Penal citado, cuyas modalidades tenían amplia demostración dentro del proceso";

c) Asevera el demandante que "el honorable Tribunal sentenciador carecía de competencia para agravar la pena al sentenciado. Clase de nulidad: la prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal denominada 'incompetencia del juez' ".

Arguye que "la sentencia proferida por el señor Juez Segundo Superior de Tunja mediante la cual se condenó al procesado Justino Juya Avila es violatoria del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en razón de que siendo una sentencia favorable a los intereses del imputado, el Tribunal no podía modificarla en sentido desfavorable porque a ello se opone el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia penal por disposición especial del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal. Dispone el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil que 'la consulta se tramitará y se decidirá por el superior en la misma forma que la apelación'. Siendo aplicables en materia penal las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, resulta que en este caso el honorable Tribunal sentenciador ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil no reformando la sentencia en sentido desfavorable al procesado, es decir, no quitándole los cuatro años de presidio a que fue condenado por el Juez a quo para en su lugar imponerle ocho años de presidio, porque la consulta de la sentencia seguirá el mismo trámite del recurso de apelación y se 'decidirá por el superior en la misma forma que la apelación', es decir, no agravando en este caso la pena al recurrente".

En consecuencia, solicita que se invalide el fallo por haberse incurrido "en error de la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por haber quebrantado los artículos 357 y 387 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia penal por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal". Se fundamenta en lo manifestado por la honorable Sala de Casación Penal en sentencia proferida en el proceso de Salomón Mesa y Santiago Muñoz que prohibe la *reformatio in pejus,* "que solamente en el grado de consulta puede ejercitar... y no en el grado de apelación del acto jurisdiccional que perjudica al procesado...".

Como la sentencia recurrida —continúa el actor— "está en desacuerdo con el veredicto del jurado en razón de que al proferir su veredicto en conciencia, estimó que el elemento síquico del delito no estaba demostrado dentro del proceso... y como la duda se aplica a favor del procesado al tenor de lo dispuesto por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, la respuesta del jurado ha debido entenderse como la afirmación de un homicidio preterintencional tal como lo hizo el señor Juez de primera instancia".

Cargo formulado al amparo del numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El actor plantea este cargo así:

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Tunja por medio de la cual se condenó al procesado Justino Juya Avila a la pena de ocho años de presidio, es violatoria del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Asevera el demandante, luego de repetir la crítica hecha en el cargo anterior al juzgador de segundo grado por haber reformado el fallo de primera instancia, con lo cual "se llevó de calles" el principio "reformatio in pejus" en perjuicio del procesado, que al negar el tribunal popular "el elemento espiritual de la infracción

penal", el encausado quedó beneficiado por la forma del homicidio que prevé el artículo 365 del Código Penal, porque se "consideró que el procesado había ejecutado el homicidio sin el propósito de matar...". Divide la respuesta dada por los jueces de conciencia en dos partes, para conceptuar que la primera, si bien afirmativa, fue adicionada por lo manifestado en la segunda, poniéndose en duda el propósito criminal, lo que "suprimió el delito de homicidio voluntario para encajarlo dentro del homicidio previsto en el artículo 365 del Código Penal".

Cargo formulado al amparo del numeral tercero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por medio de la cual se condenó a Justino Juya Avila a la pena de ocho años de presidio fue dictada sobre un veredicto del jurado evidentemente contradictorio.

"El cuestionario sometido a la consideración del jurado fue contestado por éste mediante una respuesta que ha ocasionado perplejidad a los falladores de instancia. Tal respuesta se puede dividir en dos partes: la primera afirmativa de la responsabilidad del procesado cuando el jurado expresó: 'sí es responsable'. Y la segunda viene a ser modificatoria de la primera parte de la respuesta dada cuando dice el jurado que 'no está claro la intención de matar'.

"El jurado de conciencia expresó que el homicidio se había cometido en diversas circunstancias a las expresadas en el auto de proceder y el cuestionario propuesto y fue por ello que dijo que no estaba clara la intención de matar. Y para ello tenía pleno derecho de conformidad con lo dispuesto por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal que le permite al jurado expresar las diversas circunstancias en que se cometió el delito y la respuesta dada ha debido interpretarse como base de un homicidio preterintencional tal como lo interpretó el señor Juez de primera instancia.

"Debido a que los señores jurados de conciencia no son versados en las disciplinas jurídicas, no tuvieron en cuenta que al poner en duda el elemento espiritual de la infracción están desvertebrando el delito mismo en todos sus elementos constitutivos por cuanto que un homicidio sin el factor intencional deja de ser homicidio de propósito para transformarse en un homicidio preterintencional...

"Resulta, pues, que no es exacta la afirmación hecha por el honorable Tribunal Superior que si el jurado hubiera resuelto negar el elemento moral del delito expresamente lo hubiera negado. El jurado de conciencia no estaba obligado a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas como lo dice la sentencia de la honorable Corte, pues obligar al jurado a que expresamente niegue un hecho es obligarlo a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas. Por manera que las exigencias del Tribunal sentenciador contradicen la sentencia de la honorable Corte, anteriormente transcrita...

"La obligación que tenía el honorable Tribunal era la de aplicar el principio consagrado en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal resolviendo la duda planteada a favor del procesado y aplicando a su favor la norma más favorable en la interpretación del veredicto emitido, no solamente porque así lo determina el principio de solidaridad humana sino porque el Código de Procedimiento así lo dispone en el artículo 6º...

"¿Cómo es posible que el jurado diga con la primera parte de la respuesta que sí es responsable, respuesta que significa el cabal reconocimiento de todos los elementos constitutivos del delito de homicidio, acción física y psíquica y en la segunda parte diga que el propósito o intención de matar no está claro? Es por ello que el veredicto del jurado resulta contradictorio...

"El jurado al poner en duda el elemento intencional del delito desintegró la figura delictiva para colocarla dentro del ámbito de un homicidio preterintencional, pero como en sentir del Tribunal tal duda no existe, ello quiere decir que considera que la respuesta fue correcta, consideración que no tiene respaldo procesal alguno.

"Para que haya delito se requiere el concurso de todos los elementos que integran el delito, acción física y acción síquica. Si cualquiera de ellos falta no hay delito, no hay culpabilidad, dice Carrara".

Solicita el actor como consecuencia de este cargo "la invalidación de la sentencia acusada para que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

Cargo formulado al amparo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por medio de la cual se condenó al procesado Justino Juya Avila a la pena de ocho años de

presidio es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de la misma.

"El honorable Tribunal sentenciador estimó que la norma aplicable en este caso era el artículo 362 del Código Penal que sanciona el delito de homicidio en el grado de voluntariedad del acto. Teniendo en cuenta el veredicto del jurado de conciencia que suprimió mediante el planteamiento de la duda prevista en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, el elemento intencional del delito de homicidio para dejarlo en un homicidio preterintencional, previsto en el artículo 365 del Código Penal, la norma aplicable en este caso no era otra que el artículo 365 del mismo Código y no el artículo 362 que regla el homicidio voluntario.

"Por manera que, al aplicar una norma que no corresponde al hecho probado significa aplicación indebida de una norma como la que el honorable Tribunal aplicó al caso sub judice.

"Para efectos de la acusación formulada a la sentencia, afirma que la violación a la ley sustantiva en que incurrió el honorable Tribunal Superior es violación *directa* por imprudencia en la aplicación del artículo 362 del Código Penal, cuando la norma aplicable era el artículo 365 de la misma obra".

En consecuencia, pide el actor que se dé cumplimiento "a lo dispuesto por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º".

Concepto del Procurador.

Dado en traslado el negocio al Procurador Primero Delegado Penal, de conformidad con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, examina atenta y minuciosamente los cargos reseñados y concluye que no están llamados a prosperar. Y consecuente con tal criterio, solicita a la Corte que deseche el recurso de Casación estudiado y devuelva el proceso al Tribunal de origen.

Se considera:

Cargos formulados al amparo del numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En primer término, la Corte estudiará los cargos que se proyectan al amparo de esta causal, que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"; porque si prosperan estos motivos, como la consecuencia sería la nulidad de la actuación desde el auto de proceder, inclusive, para la reposición del procedimiento, resultaría inane toda consideración relativa a los otros cargos.

a) La Sala acoge sin reservas las consideraciones del Agente del Ministerio Público en relación con este primer cargo formulado con base en el numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal:

"Con un criterio eminentemente subjetivo pretende el demandante desquiciar la solidez del examen crítico que el Juez a quo hizo de la prueba recogida para confeccionar el pliego de cargos e individualizar la responsabilidad que recaía en el procesado Justino Juya. Este criterio subjetivista y a todas luces inaceptable dentro del recurso extraordinario de casación, pretende vanamente someter el acervo probatorio a una valoración diferente a la hecha por el señor Juez Superior, sin acercarse siquiera a la realidad procesal, pues que sólo alienta al actor el afán por desconocer la facultad legal del Juez de la causa en la evaluación de los elementos de certeza.

"Los testimonios que en la demanda se señalan como omitidos por el Juez y los cuales reciben por el censor el reconocimiento de 'de soporte' para haberse reconocido en favor del sindicado el fenómeno jurídico del artículo 28 del Código Penal, plasmados sobre la descripción que hace esta norma sustancial, se convierten en razonamiento jurídico adverso a tal pretensión pues de ninguna de las exposiciones juramentadas dichas se levanta la certeza indicadora de que el procesado fue llevado al turbión emocional de la ira o del intenso dolor por acto provocador de la víctima, y que revistiera las indispensables características de la gravedad y de la injusticia. Muy por el contrario, tales declaraciones son acusadoras de que en la mente del sindicado se incoaba un sentimiento de venganza o de rencor, conclusión que no es aventurada, pues que fácilmente se deduce de los testimonios de Manuel Salvador Mesa y Siervo de Jesús Barajas, testigos de excepción por haber presenciado el desarrollo de los acontecimientos y a los cuales en el vocatorio a juicio se dio el valor justo y terminante para obligar al sentenciado a comparecer en juicio por el delito de homicidio, sin atenuante alguno".

Además, este cargo arguye realmente la invocación del aparte segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues la impugnación implica falta de apreciación de determinadas declaraciones, que

se traduce en violación indirecta de la ley sustancial.

A este propósito cumple recordar que la infracción directa de la ley sustancial, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en los juicios de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

Y es que como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.).

Por consiguiente, este cargo no prospera.

b) No existe en el proceso la circunstancia del artículo 28 del Código Penal. Para confutar las aseveraciones del demandante en este punto, basta registrar que ni siquiera fue alegada por el defensor en la audiencia pública. Ello fundamenta que el juez de la causa no la hubiera incluido en el auto de proceder ni en el cuestionario sometido a la consideración del tribunal popular y que no se tuviera en cuenta en las sentencias de primero y segundo grado.

Por otra parte, ella no cambia la figura específica del homicidio —como no cambia otra ninguna— para tipificarla como entidad delictual distinta del mismo. Es una circunstancia atenuante de la responsabilidad que da lugar a que se imponga una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción. Pero no incide en la denominación jurídica del delito.

Por tanto, este cargo tampoco prospera.

c) Habiendo revisado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por vía de consulta, la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito en cinco de julio de 1972, es bastante, a la verdad, para refutar este cargo transcribir el siguiente aparte de la sentencia proferida por esta Sala de Casación el 27 de noviembre de 1972:

"Estima la Corte que el Juez o Tribunal *ad quem,* en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos que son materia de la acusación. Como se dice en el ensayo reproducido, el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al *thema decidendum* de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (artículo 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del *ad quem,* para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado. Así mismo dispone el superior de una especie de medio excepcional, cual es la nulidad, que puede decretar oficiosamente cuando conozca del asunto en virtud de la consulta o por apelación de cualquiera de las partes (Art. 212 del C. de P. P.), si el inferior incurre en flagrantes violaciones de la ley".

Cargo planteado al amparo del numeral tercero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio").

Procede la Corte a estudiar el cargo planteado al través de esta causal de casación, antes que los otros que restan por analizar, porque si prospera, preciso es ordenar la devolución del proceso al Juzgado de origen para que se convoque a nuevo jurado (numeral 2º del artículo 583 del C. de P. P.).

En la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado el siguiente cuestionario:

"¿El procesado Justino Juya Avila, *de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es responsable, sí o no, de haber causado la muerte, con intención de matar, a* Manuel Antonio Orduña Soler, *quien falleció a consecuencia de herida causada con instrumento corto-punzante (cuchillo), de cuya localización y estragos en el cuerpo de la víctima habla la correspondiente diligencia de autopsia, según hechos ocurridos en las horas de la tarde del día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), en el perímetro urbano del Municipio de Rondón?".*

El tribunal popular respondió por unanimidad: "sí es responsable. No está claro (sic) la intención de matar".

Es indudable que este veredicto consta de dos partes: la primera constituida por la afirmación rotunda de la responsabilidad del sindicado, y la otra por la frase "no está claro la intención de matar".

Al contestar el jurado que el procesado sí es responsable, está aseverando la existencia del elemento subjetivo y de los objetivos integrantes del tipo penal del homicidio común u ordinario, habida cuenta de los términos del cuestionario; mas al agregar que no está clara la intención de matar, implícita pero perspicuamente está afirmando que no está probado el elemento moral o psíquico del delito de homicidio voluntario, con lo cual incurre en contradicción, pues ello equivale a aseverar y poner en duda simultáneamente el dolo característico de la infracción debatida en el juicio.

Contradictorio es lo que envuelve contradicción, vale decir, afirmación y negación o incertidumbre que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen.

Por modo que, en verdad, "el veredicto contradictorio es aquel estructurado con premisas excluyentes entre sí, por afirmar unas la responsabilidad del procesado, mientras que las otras la niegan", o la cuestionan.

En el caso sub judice, *el veredicto es contradictorio, existiendo la imposibilidad de conciliar el contenido de sus proposiciones, puesto que no pueden ser ciertas y dudosas al propio tiempo.*

En consecuencia, este cargo ha de prosperar y debe procederse de conformidad con lo ordenado en el numeral segundo del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia de 5 de julio de 1972 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y, en consecuencia, ordena que se devuelva el proceso, por conducto de esta corporación, al Juzgado Segundo Superior de Tunja para que se convoque a nuevo jurado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



REVISION

Entre los requisitos exigidos para instaurar el recurso de revisión, está el de precisar los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., quince de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 24 de junio 14 de 1973.

Vistos:

En escrito presentado al 8 de los corrientes, el señor Celiano Vega Rivera solicita la revisión de la causa que se adelantó en el Juzgado Quinto Penal de Bogotá, por el delito de estafa en perjuicio de Carmen Guerra Castañeda, la cual culminó con sentencia condenatoria, en la que se le impuso la pena principal de trece meses de prisión y la obligación de pagar a la ofendida la suma de $ 30.060.69 por concepto de perjuicios, según fallos de 21 de septiembre de 1972 y 8 de febrero de 1973, pronunciados en su orden por el juez del conocimiento y del Tribunal Superior de Bogotá.

"Me remito —dice textualmente el peticionario— a lo normado por el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal".

Tras la invocación de la citada norma, el demandante se refiere a los hechos que originaron su condena; critica la actuación judicial que le sirvió de antecedente; comenta a su manera algunas de las pruebas que se produjeron en el proceso, y concluye alegando su inocencia y solicitando la revisión del juicio en mención.

El peticionario acompaña a su memorial algunos documentos, tales como fotocopias de las sentencias de primera y segunda instancias y de otras piezas del proceso.

Se considera:

a) En providencia de 14 de agosto de 1970, dijo esta Sala de la Corte:

"Por la naturaleza y objeto especiales de recurso extraordinario de revisión, que, al igual que el de casación, no origina nueva instancia que permita a la Corte el libre examen del proceso penal, el recurrente tiene la obligación de expresar la causal o causales que postule para su pretensión y de indicar con toda claridad y precisión los fundamentos de ellas, como también el deber de aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con aptitud o fuerza suficiente para formar certeza de que probablemente se incurrió en error grave en la sentencia al condenar a quien puede ser inocente. No basta, en consecuencia, citar causas legales de revisión, como son las previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, que dicho sea contemplan 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". (G. J., T. CXXXV, Nos. 2330, 2331 y 2332, p. 207).

b) En el caso presente el recurrente Vega Rivera, al pedir la revisión de la causa antes especificada, se limitó a decir que se remitía "a lo normado por el numeral 5º del artículo 584 del

Código de Procedimiento Penal", y a hacer luego un examen del proceso en el que se produjo su condena, pero omitió precisar el motivo específico de su pretensión, como que no expresó si con posterioridad a la sentencia aparecieron hechos nuevos o 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", a términos de aquel precepto legal;

c) El vacío apuntado hace sustancialmente inepta la demanda de revisión, que por mandato del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal ha de contener, entre otros requisitos, "los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyare la solicitud", para plantear sobre bases ciertas y definidas la controversia que es propia del recurso extraordinario de revisión. Así habrá de declararlo la Sala.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara* que la demanda de revisión presentada por el señor Celiano Vega Rivera es sustancialmente inepta, por lo cual se abstiene de darle trámite.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse las diligencias al interesado. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO POR APROPIACION

Elementos que estructuran este tipo penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., junio quince de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta número 24 de junio 14 de 1973.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga su sentencia de seis (6) de febrero del año en curso, por medio de la cual absolvió al doctor Rodrigo Lizcano Murillo de los cargos que, por el delito de peculado, según hechos ejecutados en su calidad de Juez Civil del Circuito de Málaga, en los años de 1964 a 1965 le hiciera en auto de proceder de 15 de febrero del año pasado.

Agotados, como están, los trámites correspondientes al grado de jurisdicción mencionado y sin que se observe en la actuación causal que la invalide, se procede a decidir sobre la consulta.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron resumidos, en el auto de proceder por el Tribunal, en la forma que a continuación se reproduce por hallarla ceñida a la verdad procesal:

"... ... ...

"a) El doctor Rodrigo Lizcano Murillo, por designación de este Tribunal, desempeñó el cargo de Juez Civil del Circuito de Málaga desde el diez de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y cinco;

"b) Al realizar la entrega del Juzgado a su sucesor se encontró que el Libro de Depósitos Judiciales del Juzgado registraba un saldo a cargo del Juez que no conciliaba con el saldo que aparecía en el extracto expedido por la Caja de Crédito Agrario de Málaga, siendo su diferencia la siguiente:

Saldo en el Libro del Juzgado (Fl. 19 C. II) ... ...$		53.405.08
Saldo en el extracto:		
(Fl. 56 C. II)	27.841.66	
Diferencia:	25.563.42	
	$ 53.405.08	53.405.08

"c) Con oficios fechados el 31 de julio de 1965, la señorita Marleny Sierra, empleada de dicho Juzgado, consignó el 4 de agosto del mismo año, once partidas correspondientes a igual número de juicios, con un total de veinticinco mil setecientos setenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos ($ 25.774.62) (Fl. 30 C. I);

"d) El veintidós de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, recibió el doctor Rodrigo Lizcano Murillo, como Juez la cantidad de un mil pesos ($ 1.000) como caución del secuestre Laurentino Hernández en el sucesorio de María Purificación Flórez de Herrera, de lo cual, sin embargo, no se dejó constancia en el expediente, y esta cantidad se depositó en la Caja Agraria el 3 de agosto de 1965 (Fl. 30 C. I). Más tarde, el Juzgado ordenó elevar dicha caución a la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000), resolución que tomó el Juzgado por auto de 8 de diciembre de 1964 (feriado) (Fl. 32 C. I). El secuestre Laurentino Hernández procedió a depositar dos mil pesos ($ 2.000) más en el Juzgado, partida que no se hizo figurar en el Libro de Depósitos Judiciales del Juzgado, pero, en cambio, se consignó a la cuenta personal del doctor Rodrigo Liz-

cano Murillo (Fl. 133 C. 2º). El doctor Lizcano Murillo intentó reintegrar los $ 2.000 por medio de su cheque número BB-06618, pero por inconvenientes de orden legal el instrumento negociable no se hizo efectivo y, por ello el doctor Rodrigo Lizcano Murillo entregó al Juzgado en dinero efectivo dicha suma, el 28 de octubre de 1967 (Fl. 145 C. I);

"e) En el sucesorio de Magdaleno López B., el rematante de los bienes, Luis María Sandoval Estévez, efectuó las siguientes entregas de dinero al señor Juez, doctor Rodrigo Lizcano Murillo:

Noviembre 13/64, el 20% para hacer oferta: ..$		4.000.00
Noviembre 17/64, parte del remate:		26.320.00
Pagos directos efectuados por el Juzgado por honorarios y a acreedores de la sucesión:		
Noviembre 24/64 (Fl. 177 C. II)	8.612.50	
Diciembre 12/64 (Fl. 178 C. II)	2.600.00	
Derechos de registro (Fl. 178v. C. II)	458.00	
Marzo 13/65 (Fl. 179 C. II)	3.000.00	
Marzo 13/65 (Fl. 179 C. II)	1.700.00	
Marzo 13/65 (Fl. 179v. C. II)	1.000.00	
Marzo 24/65 (Fl. 179v. C. II)	3.000.00	
Octubre 29/65 (Fls. 126 C. I, 178v. C. II) ...	1.077.03	
Total pagado: ...$	21.348.57	
Diferencia a cargo del Juez:	8.971.43	
Iguales: . ...$	30.320.00	30.320.00

"En el Libro de Depósitos Judiciales del Juzgado, en el expediente y en los extractos expedidos por la Caja de Crédito Agrario de Málaga, no hay constancia en el sentido de que la sucesión de Magdaleno López B. haya tenido cuenta de depósitos en la Caja Agraria.

"En el juicio de sucesión de Reinaldo Caicedo Flórez, según constancias del expediente (Fls. 126 y 127), se encontró el siguiente movimiento de fondos:

Dinero recibido por el señor Juez:		
Septiembre 29/64 . ...$		2.000.00
Octubre 1º/64		2.000.00
Septiembre 29/64		4.000.00
Septiembre 29/64		7.000.00
Consignación Caja Agraria Título 291956. Agosto 4/65 (Fl. 30 C. I)	1.862.95	
Diferencia a cargo del Juez:	13.137.05	
Iguales: .. ..$	15.000.00	15.000.00

"El señor Juez de Instrucción que inspeccionó el juicio de sucesión de Reinaldo Caicedo Flórez, expresa que 'no se hallaron más constancias', obviamente, sobre movimiento de dinero;

"f) En el juicio de sucesión de Pía Jurado viuda de Sarmiento, por concepto de remate de bienes, se entregó al Juzgado Civil del Circuito —entonces a cargo del doctor Rodrigo Lizcano Murillo—, la cantidad de nueve mil seiscientos siete pesos con veintinueve centavos ($ 9.607.29). Dentro del juicio, se dejó constancia de haberse consignado este dinero en la Caja de Crédito Agrario el 31 de julio de 1965, lo cual no es exacto, desde luego que por este depósito la Caja Agraria expidió el Título 291961 con fecha 16 de agosto de 1965 (Fl. 135 C. II). Además, el doctor Rodrigo Lizcano Murillo suscribe la nota número 112, de 16 de agosto de 1965, mediante la cual envía dicho Título al Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Miranda, donde correspondió la nueva radicación del negocio, de conformidad con la organización judicial de la época (Fl. 170 C. II);

"g) En el sucesorio de Adolfo Lagos y Eleuteria Bravo o Ramírez, el doctor Alvaro Gómez Rueda consignó en el Juzgado Civil del Circuito de Málaga, a cargo del doctor Lizcano Murillo el cheque de gerencia número 953205, del Banco de Colombia por valor de $ 8.400, pero no hay constancia de consignación en la Caja Agraria ni de haberse ingresado en el Libro de Depósitos Judiciales del Juzgado (Fl. 130 C. II). Como constancias de salidas, aparecen las siguientes:

Octubre 17/64, al perito Marcos Triana $	135.00
Octubre 17/64, al perito Buenaventura Carrillo	135.00

Octubre 17/64, al doctor Arturo Niño Jaimes	696.00
Agosto 3/65, consignado en la Caja de Crédito Agrario (Fl. 30 C. I)	11.17
Total ... ...$	957.17

"Se ignora, pues, el giro que tuvo el resto del dinero por este concepto.

"La objetividad del reato se deduce de los siguientes elementos de juicio:

"1º El doctor Rodrigo Lizcano Murillo desempeñó las funciones de Juez Civil del Circuito de Málaga, en períodos sucesivos, desde el 10 de julio de 1959 hasta el 31 de julio de 1965, como lo acreditan sus nombramientos sobre el tiempo de servicio (Fl. 90 C. II). Además, su actividad como Juez consta en las actuaciones procesales, según examen que de diversos expedientes hizo el instructor.

"2º Las inspecciones oculares practicadas en los procesos civiles, permiten conocer de qué modo se recibían los dineros provenientes de los juicios, de qué manera se hacían pagos directamente por el Juez y cómo permanecieron los dineros en poder del señor Juez, por meses y años, y aún hasta después de haber cesado las funciones de Juez. Estos actos se pormenorizaron en la relación de los hechos y ahora se hace un breve resumen relativo a los faltantes, así:

Caución de Laurentino Hernández ... ...$		3.000.00
Sucesorio de Magdaleno López		8.971.93
Sucesorio de Reinaldo Caicedo F.		13.137.05
Sucesorio de Pía Jurado viuda de Sarmiento ..		9.607.29
Sucesorio de Adolfo Lagos y Eleuteria Bravo, cuyo saldo se ignora .		7.443.00
Juicios varios (Fl. 30 C. I)		25.774.62
Juicios varios (Fl. 140 C. I)		12.190.00
Restituciones: después de julio 31/65:		
Caución de Laurentino Hernández	3.000.00	
Sucesorio de Pía Jurado	9.607.29	
Juicios varios (Fl. 30 C. I)	25.774.62	
Juicios varios (Fl. 140 C. I)	12.190.00	
	50.571.91	
Saldo a cargo del Juez	29.551.98	
Iguales ....$	80.123.89	80.123.89

"Los saldos a cargo del señor Juez, doctor Rodrigo Lizcano Murillo, son los siguientes:

Sucesorio de Magdaleno López ...$	8.971.93
Sucesorio de Reinaldo Caicedo Flórez	13.137.05
Sucesorio de Adolfo Lagos	7.443.00
Total ... ...$	29.551.98"

Al interrogarse al doctor Lizcano Murillo, en indagatoria, sobre lo ocurrido con los dineros que se mencionan en los apartes anteriores, manifestó en síntesis, que ellos eran recibidos, indistintamente por el Secretario o por el Oficial Mayor del Juzgado, quienes los pasaban después al Juez y éste a la Caja de Crédito Agrario, aun cuando en varias ocasiones no se consignaban allí de inmediato sino que, debido a que había que dejar dinero en el despacho para devolverlo a los interesados vencidos en los remates, o bien era necesario conservar allí por dos o tres días los cheques de sus cuentas que daban particulares y que era menester cobrar, ya que la Caja no recibía tales instrumentos o, finalmente, porque se concedía plazo de dos o tres días a éstos para los saldos, se retenían tales dineros o títulos-valor por un tiempo breve, pero sin que se les diera ninguna destinación por el Juez o sus colaboradores.

En ampliación de su indagatoria y preguntado por qué se había consignado en su cuenta particular la suma de dos mil pesos provenientes de la caución prestada por el secuestre Laurentino Hernández, en el juicio de sucesión de María Purificación Flórez de Herrera, dijo que se debió a una equivocación, para subsanar la cual expidió un cheque de su propia cuenta.

En esa misma ampliación y al interrogársele sobre si estaba haciendo cargos a sus subalternos al decir que éstos llevaban las cuentas relacionadas con los depósitos judiciales, respondió negativamente y afirmó, además, que los consideraba honorables puesto que nunca se habían presentado faltantes de dinero.

En el auto que se deja en un principio mencionado y por medio del cual se llamó a juicio al

doctor Lizcano Murillo, expresó el Tribunal en uno de sus apartes:

"La situación jurídica del doctor Rodrigo Lizcano Murillo, considerada en términos contables, resulta palmaria, en el sentido de verse afectada por ilícitos manejos de los caudales 'que por razón de sus funciones' estaba encargado de administrar y guardar. Los guarismos que en este proceso arrojan aquellos saldos desfavorables, demuestran la protuberante violación de los principios que tutelan el manejo de los caudales encomendados a la administración del Estado.

"Incurre en el delito de peculado el funcionario o empleado de instituciones oficiales, que se apropia en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los dineros, que por razón de su cargo deba guardar o administrar, infracción que está prevista y definida por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

"Tratándose de dinero, basta la omisión de consignar las cantidades que por ministerio de la ley son entregadas al juez, para deducir el mal uso. Pero cuando, además, no se han realizado las consignaciones, es forzoso concluir que ha habido apropiación, lo cual está indicando el propósito consciente de la ilicitud, o sea, el dolo genérico.

"La cuantía de la apropiación, mayor de tres mil pesos, conlleva una agravación específica de la omisión del delito, de conformidad con el párrafo final del primer inciso del artículo 3º del Decreto 1858 ya citado.

"En el presente proceso se reúnen, pues, los requisitos sustanciales para dictar auto de proceder, de conformidad con el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal".

En la sentencia que se revisa, el Tribunal, luego de hacer un resumen de los cargos, que hace consistir en faltantes de dinero dentro de los juicios de sucesión de José Magdaleno López B., Adolfo Lagos y Eleuteria Bravo o Ramírez y Reinaldo Caicedo Flórez y otros juicios, por una suma total de $ 29.551.98, afirma que han sido desvirtuados, es decir, que luego de un examen más detenido y cuidadoso de las pruebas aportadas, especialmente durante el plenario, aparece que el procesado no retuvo en su poder dinero alguno de los que habían sido entregados al Juzgado a su cargo ya que las cantidades que no fueron depositadas en la Caja de Crédito Agrario durante el tiempo en que lo ejerció, lo fueron al hacer entrega formal del mismo por lo cual llega a la conclusión de que no cometió delito alguno.

Estos son los planteamientos que hace el a quo para llegar a la conclusión anotada:

"*Primero.* El señor Recaudador de Impuestos Nacionales de Málaga, a solicitud del Magistrado competente, certifica la existencia del Recibo de caja número 139378 en el cual consta, según copia textual, haber recibido del Juzgado Civil del Circuito de Málaga la cantidad de $ 10.422.83 por concepto del impuesto sucesoral e intereses causados en el proceso sucesorio de Adolfo Lagos y Eleuteria Bravo (Fl. 295, Cdno. 2º).

"A la presente causa se anexó copia textual del referido sucesorio, expedida por el señor Notario Segundo de Málaga (Fls. 373 a 413, Cdno. 2º), y dentro del diligenciamiento, se encuentra constancia del siguiente movimiento de fondos:

Ingresos:

Cheque número 953205, (Fl. 402, C. 2º) ... ...$	8.400.00
Dinero efectivo (Fl. 405, C. 2º) ...	3.000.00
Total ... ...$	11.400.00
$	11.400.00

Egresos:

Impuesto e intereses ... ...$	10.422.83
Timbre e inventarios	196.00
Dos peritos	270.00
Crédito pagado	500.00
Total ... ...$	11.388.83
Saldo Consig.	11.17
$	11.400.00

"En esta forma ha quedado dervirtuado el cargo tercero esbozado en los párrafos precedentes, según el cual quedaba en poder del doctor Lizcano Murillo, la cantidad de $ 7.443.00. Por lo que se ve, el instructor se limitó a buscar constancias expresas sobre salidas de dinero, y no tomó nota del cuerpo de las diligencias donde se hace referencia al movimiento de fondos.

"*Segundo.* El señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Málaga, en su Certificado número 161 (Fl. 298, Cdno. 2º) hace constar que el '27 de noviembre de 1965, bajo partida número 828, folio 242, tomo tercero del Libro Primero principal, se registró la partición

efectuada en el juicio de sucesión del señor José Magdaleno López B. Expediente número 16 del Juzgado Civil del Circuito de Málaga', y a renglón seguido inserta la hijuela adjudicada a la señora Ana Clomira Blanco viuda de López.

"El señor Registrador aludido expidió también el Certificado número 437, con inserción del respectivo trabajo de partición realizado en el sucesorio de José Magdaleno López B. y del correspondiente fallo aprobatorio dictado por el Juez sucesor del doctor Rodrigo Lizcano Murillo, en el cual se ordena correr traslado del proceso al Recaudador de Impuestos Nacionales para los efectos fiscales. En este último certificado consta que se aportó el Certificado de paz y salvo número 684887, 'válido para registrar la partición' (Fl. 444, Cdno. 2º).

"De lo anterior se deduce, lógicamente, que de los fondos recaudados por el Juzgado procedentes del remate de bienes se pagaron también los impuestos sucesorales y que de ello no se dejó constancia expresa en el proceso, omisión que fue de frecuente ocurrencia en el referido Juzgado. Esta deducción la corrobora el hecho de haberle sido entregada el 22 de octubre de 1965 al doctor Alvaro Gómez Rueda la cantidad de $ 1.077.03 'saldo del remate de este juicio', saldo que estaba depositado en la Caja de Crédito Agrario (Fl. 178. Cdno. 2º).

"En consecuencia, la partida de $ 8.971.93 considerada como faltante de los $ 30.320 que el rematante de bienes había depositado en el Juzgado Civil del Circuito, se explica de la manera siguiente:

"Impuestos sucesorales ... ...$	7.894.90
Depósito en la Caja de Crédito Agrario	1.077.03
Total ... ...$	8.971.93

"No es arbitrario imputar los $ 7.894.90 al pago del impuesto sucesoral porque así lo admite la expedición del Certificado de paz y salvo número 684887, y porque, además, no se puede sugerir la idea de que el Recaudador de Impuestos Nacionales y el señor Juez que reemplazó al doctor Lizcano Murillo, se prestaran a cohonestar la evasión del impuesto correspondiente, dándole curso final a esta actuación faltando esta ineludible formalidad.

"Con estas bases, la cuenta realizada en el auto de proceder (Fl. 208, Cdno. 2º) para deducir el faltante, se puede aclarar así:

Ingresos:

20% oferta ... ...$	4.000.00
Cuota remate	26.320.00
$	30.320.00

Egresos:

Pagos directos ... ...$	21.348.07
Impuestos	7.894.90
Depósitos Caja Agraria	1.077.03
$	30.320.00

"Resulta jurídico reconocer que el doctor Rodrigo Lizcano Murillo no utilizó en su provecho la cantidad de $ 8.971.93 que se echaba de menos en el proceso de sucesión de José Magdaleno López B.

"*Tercero.* Teniendo en cuenta la diligencia de inspección judicial practicada por el señor Juez de Instrucción en el proceso de sucesión de Reinaldo Caicedo Flórez, se dedujo la falta de $ 13.937.05, según la siguiente cuenta:

"Entregado al señor Juez por concepto de las cuatro fincas rematadas ... ...$	15.800.00
Depositado en la Caja Agraria	1.862.95
Faltante ... ...$	13.937.05

"Empero, el señor Notario Segundo del Círculo de Málaga expidió copia textual del proceso de sucesión del causante Reinaldo Caicedo Flórez (Fls. 314 v. a 372, Cudno. 2º) y allí se encuentra con toda claridad el destino de la partida en referencia, tal como se anota a continuación:

"Total entregado al doctor Benigno Alberto Jaimes, apoderado (Fl. 369) ... ...$	8.210.00
Impuestos pagados (Fl. 328)	5.727.05
Total ... ...$	13.937.05

"De manera que ha quedado desvirtuado este otro cargo, relativo al faltante de la cantidad de $ 13.937.05, que se le imputaba al doctor Rodrigo Lizcano Murillo por el manejo de fondos pertenecientes al sucesorio de Reinaldo Caicedo Flórez".

En el presente grado de jurisdicción, el Procurador Primero Delegado Penal solicita que

se revoque la sentencia consultada y que, en su lugar, se condene al procesado a la pena de treinta meses de presidio, más las accesorias de rigor y la condenación al pago de los perjuicios, sin derecho a condena condicional por no reunirse, en su concepto, los requisitos que, para concederla, establece el artículo 80 del Código Penal.

Entre las aseveraciones que se hacen en el concepto de la Procuraduría está la de que la cantidad de siete mil ochocientos noventa y cuatro pesos con noventa centavos ($ 7.894.90) que faltaron en el juicio de sucesión de José Magdaleno López B. no pueden ser atribuidos, como hace el Tribunal en la sentencia que se revisa, a pago de impuestos ya que tal suma no se menciona en el recibo de la Administración de Impuestos a que se refiere la nota visible a folio 410 del cuaderno segundo.

Así mismo dice que el Tribunal no se pronunció sobre el faltante de dos mil pesos en el juicio sucesorio de María Purificación Flórez de Herrera que no aparecieron depositados ni lo fueron a la salida del Juez sino tiempo después y de cuya presencia en el juicio mencionado no hay más indicio que un cheque por tal suma, ni otra explicación que la dada por el procesado en cuanto afirma que fue depositada, por equivocación, en su cuenta particular.

Los apartes de su concepto que se transcriben a continuación, resumen el núcleo de sus argumentos:

"Las pruebas recogidas en este expediente ubican al procesado en la palmaria situación de ser el responsable de los ilícitos manejos de los caudales que por razón de sus funciones estaba en la obligación de administrar y guardar. Los saldos desfavorables demuestran la ostensible violación de las normas legales que regulan el manejo de los caudales encomendados a los jueces que con ocasión del ejercicio de la jurisdicción, deben recolectar, o pagar, o administrar, o guardar. No se diga que el doctor Lizcano Murillo guardó en los cajones del escritorio de su despacho los dineros entregados en depósito porque de ser así no hubiera tenido que realizar ímprobos esfuerzos y gestiones para reintegrar el dinero faltante después de hacer dejación del cargo, máxime cuando pasaba a desempeñar las funciones de Procurador del Distrito de Málaga.

"El procesado omitió la obligación de consignar el dinero que por disposición de la ley debe ser entregado al juez; y esta conducta la realizó en forma continuada o reiterada, casi desde que se posesionó del cargo de juez. Por este solo aspecto se puede afirmar que hizo mal uso de esos caudales; pero al no efectuar esas consignaciones a su debido tiempo, posponiendo ese deber sólo hasta entregar el despacho al nuevo titular, se debe concluir, con toda lógica, de que hubo apropiación, sin importar el posterior reintegro. La misma prueba objetiva, como el hecho del reintegro y el examen en las inspecciones judiciales a los expedientes en los cuales se constató la fecha de los depósitos, desmienten categóricamente al procesado cuando afirma reiteradamente en sus indagatorias que las consignaciones se hacían a su debido tiempo.

"Esta Procuraduría Delegada en lo Penal considera que el delito de peculado cometido por el doctor Lizcano Murillo es continuado, al tenor del artículo 32 del Código Penal, porque están demostrados la pluralidad de hechos o acciones delictivas, la violación repetida de una misma disposición legal y la existencia de un mismo designio. Estos requisitos están comprobados en autos y por esta razón se considera que cada uno de los faltantes constituyen un todo que configura la ficción jurídica del delito continuado. Por consiguiente, no se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, como se sugiere en alguno de los autos".

Por su parte, el defensor del procesado pide que se confirme la sentencia.

Así, luego de resumir los argumentos de la Procuraduría, formula dos conclusiones principales y tres subsidiarias, las primeras de las cuales expresa así:

"Primero. No está establecido que se hubiese estructurado el *núcleo o verbo rector* del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 *apropiarse o hacer uso indebido.*

"Segundo. No está comprobado *el elemento subjetivo,* que es necesario para la estructuración del tipo de que trata la norma anteriormente citada".

Las conclusiones subsidiarias las presenta en la siguiente forma:

"Tercero. Los hechos que son materia de la investigación no tuvieron ocurrencia en las fechas de que tratan las partes resolutivas del auto de proceder y de la sentencia.

"Cuarto. El auto de proceder contiene *diez cargos,* mientras que la sentencia sólo hace referencia a tres, y

"Quinto. No hay delito continuado".

Sustenta estas conclusiones del modo que se sintetiza a continuación:

a) No está demostrado que el doctor Lizcano se hubiera apropiado o hecho uso indebido de los caudales que estaba encargado de administrar ya que esas conductas no pueden deducirse, como lo ha hecho el Tribunal, de la sola circunstancia de que hubiera dejado de consignar oportunamente en la cuenta que el Juzgado tenía en la Caja Agraria, las sumas que le eran entregadas por los interesados, porque una cosa, dice, es omitir el cumplimiento de una obligación de carácter administrativo como la de llevar tales sumas a la cuenta mencionada, en lo cual, acepta la defensa, incumplió el Juez procesado con sus deberes, y otra haber tomado para sí o usado indebidamente de esos caudales.

Ni siquiera es posible decir esto, continúa expresando, respecto a los dos mil pesos que fueron depositados en su cuenta personal, pues sobre el particular el ex juez manifestó que había sido una equivocación, pero no suya, sino de quien hizo el depósito, lo que no está infirmado en los autos.

Respecto a la aseveración que hace la Procuraduría de que los impuestos de la sucesión de José Magdaleno López fueron reembolsados después de que el Juez dejó su cargo, como ocurrió en los demás casos, dice la defensa que una cosa es el pago efectivo y otra la presentación del recibo, pues si bien ésta es posterior a la fecha en que el procesado dejó el cargo, ello no descarta la posibilidad de que el pago fuera anterior a dicho momento.

Recalca en que la consignación de los dineros la hizo el doctor Lizcano antes de la entrega *formal* (subrayas de la defensa) del Juzgado es decir, dentro de los quince días que duró la del despacho, según lo dice en su declaración el Juez entrante, es decir, entre el primero y el 15 de agosto de 1965.

Finalmente recalca la defensa que la Oficial del Juzgado, señorita Marleny Sierra afirma que fue ella quien hizo las consignaciones y que, para ello, recibió dineros tanto del Juez como del Secretario por lo cual no puede deducirse razón para imputar al primero todas las demoras ya que bien pudieron deberse al segundo;

b) Aun aceptando, por vía de hipótesis, continúa diciendo que el hecho de no haber consignado a tiempo los dineros del Juzgado fuera base para afirmar que hubo apropiación de ellos, faltaría demostrar el elemento subjetivo del tipo de peculado propio, ya que para que éste se estructure es necesario, afirma, que se demuestre que la apropiación la hacía en provecho suyo o de un tercero ya que la finalidad del agente es, en este delito, fundamental para considerar que está demostrado el cuerpo del delito porque, si es distinto el propósito del agente, por ejemplo, asegurar esos dineros para que no se pierdan, no se estructura esta infracción penal.

Y en el presente caso, reitera, no se ha demostrado cuál fuera la intención del doctor Lizcano ya que no aparece que los hubiera llevado a su cuenta corriente ni hubiera comprado algo con ellos, en una palabra, no puede decirse que los utilizó y por ello tampoco es posible afirmar que se ha demostrado el tipo del delito por el cual se le llamó a juicio;

c) Considera la defensa que no es cierto se haya estructurado, en este caso, el fenómeno del delito continuado ya que, para darlo por existente, se necesita la demostración del designio criminoso o sea, la representación, desde el primer instante, de lo que iba a ocurrir, es decir, que el procesado se hubiera hecho ya, desde 1960, año en que la defensa fija la primera omisión de su defendido de depositar el dinero, que iba a repetir esa conducta a lo largo de los años siguientes.

De esa premisa no sólo deduce la conclusión anotada, o sea la no existencia de la continuidad delictual, sino también la de que se trataría, en caso de existir la infracción penal, de un concurso material de delitos, con el resultado de que la acción penal para juzgarlos ya no existe en la mayoría de los casos anotados y de que los que no están en esa situación, no constituirían delitos, por la devolución oportuna de las sumas respectivas.

O sea que, concluye la defensa, se ha incurrido en nulidad por incompetencia del Juez para llamar a juicio y pide que sea declarada, a partir del auto de proceder;

d) En cuanto al error en la fecha de ocurrencia de los hechos juzgados, dice en síntesis, el auto de proceder menciona como época de éstos los años de 1964 y 1965 siendo así que, según la defensa, tales situaciones habían comenzado a presentarse desde el 2 de junio de 1960, fecha en que el sindicado recibió la primera suma, en tanto que la última lo fue el 14 de mayo de 1965, o sea que el Tribunal incurrió en un error de tres años, ocho meses y catorce días.

Este error, es causal de nulidad la cual pide decretar a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive;

e) Por último, asevera que hay falta de consonancia entre el auto de proceder y la sentencia pues mientras aquél contiene más de diez cargos, ésta sólo se refiere a tres de ellos, dejando sin definir la situación del procesado res-

pecto a los otros siete, lo que lleva a que, respecto a los tres primeros, la Corte viene a ser juez de segunda instancia, como corresponde, pero en relación a los otros, lo sería de única instancia, lo que hace nulo el proceso, a partir de la providencia que se revisa, nulidad cuya declaratoria también pide el defensor.

Consideraciones de la Corte:

1. Está demostrada en los autos la calidad de funcionario público del procesado, en su carácter de Juez Civil del Circuito de Málaga.

Tanto por esa calidad como por la naturaleza del hecho ilícito que se le atribuye, esta Sala es competente para juzgarlo.

2. *El delito de peculado, por el cual se llamó a juicio al doctor Rodrigo Lizcano Murillo, está definido de la siguiente manera en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951:*

"Artículo 3º El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

"Esta pena será reducida hasta la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, pero si tal cosa no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

3. *En la modalidad de apropiación indebida, que es a la que se refiere el presente proceso, el peculado requiere, para su integración, de los siguientes elementos:*

a) Un sujeto activo calificado, a saber, un funcionario público;

b) Que ese funcionario tenga entre sus funciones las de recaudar, pagar, administrar o guardar caudales o bienes, esto es, dineros u objetos;

c) Que, con violación de sus funciones se apropie, en provecho suyo o de un tercero de los bienes que hayan entrado en su esfera de actividad oficial, a virtud de una de las funciones enumeradas.

4. *El interés jurídicamente tutelado en el delito que se viene mencionando, ha sido hasta ahora objeto de enconadas controversias.*

Para muchos, es sólo el patrimonial de Estado. Siguen en esto la tendencia a asimilar el peculado al delito de abuso de confianza, olvidando, empero, que no es posible una identificación absoluta entre ambos ilícitos ya que la presencia de un funcionario público como sujeto activo, introduce una variación fundamental en la estructura del peculado.

Para otros, se trata de un delito pluriofensivo, es decir, que lesiona varios intereses jurídicos, especialmente la administración pública y el patrimonio, tanto del Estado como de los particulares.

Entre éstos la mayoría dan prevalencia al interés que consiste en el correcto funcionamiento de aquélla sobre el pecuniario o patrimonial.

Finalmente están los que le atribuyen al bien jurídicamente protegido una naturaleza administrativa, haciéndolo consistir en el interés que se tiene en preservar la probidad y fidelidad de los funcionarios respecto a la administración pública.

Esta ha sido la tendencia seguida por la Corte que, en diversos fallos, ha sostenido que lo punible en este ilícito es la violación del deber de probidad, que se perpetra "traicionando el normal cumplimiento de sus funciones oficiales, nota característica, en la ley y en la doctrina, del delito de peculado" (G. J. XCV, Pág. 152, 1961) o bien diciendo que "el objeto jurídico tutelado por la infracción es, pues, el deber de probidad en el manejo de las cosas que se recaudan o administran" (G. J. LXXX Pág. 788, 1955).

5. *No obstante lo anterior, y sin que signifique rectificar tan arraigada cuanto razonable doctrina, no puede dejarse de ver que en este ilícito es muy raro que el daño a los intereses de la administración se halle desvinculado de una lesión de carácter patrimonial a los bienes del Estado o de los particulares, puestos bajo la custodia del funcionario.*

Se trata de una plurilesividad de bienes que, como dice algún autor (Pagliaro) no se transforma en una multiplicidad de objetos jurídicos en este delito ya que uno solo es el interés protegido y este es el propio de la administración pública.

Así se explica por qué ni la compensación de deudas entre el funcionario y la administración,

ni el desistimiento del particular en juicio civil sobre la titularidad del bien apropiado por aquél, ni otras circunstancias que harían desaparecer el delito de abuso de confianza, tienen igual efecto en tratándose del de peculado.

6. *Pero no basta afirmar lo anterior para concretar la especial naturaleza del bien jurídicamente tutelado.*

La sola expresión de que éste consiste en la fidelidad que debe guardar el funcionario respecto a la administración pública, no describe totalmente ese interés.

De acuerdo con la más extendida y aceptable doctrina, el funcionario tiene, respecto a los bienes que están bajo su custodia, un deber primordial de mantenerlos a disposición del Estado en forma que éste pueda señalar, en cualquier momento, su destino, esto es, la manera como deben ser usados o transferidos.

La probidad que se exige al funcionario en materia de tenencia de esos bienes se traduce, por lo tanto, en que se mantengan al alcance del mismo funcionario, si éste es quien tiene la facultad a disponer legalmente de ellos, o de otros, en caso contrario.

Se trata, en el fondo, de un deber de custodia, tan importante como el de dar a los bienes una destinación legal, sin el cual no podría cumplirse ninguno de los otros enumerados, en particular, el de destinación de los bienes puestos bajo ella. Ese deber varía de manifestación según se trate de la salvaguardia de cosas fungibles o de las no fungibles.

Cuando al funcionario se entrega una cosa fungible, debe devolver la misma cantidad de su especie.

Lo que no quiere decir que pueda, entre tanto, emplearla en provecho propio.

La obligación de mantenerla a disposición de la administración pública, impone el deber de conservarla siempre al alcance de ésta, sin tomarla para sí porque eso significaría sustraerla a la facultad de disposición de aquélla.

Es esto cierto, entre otros casos, en el de que el funcionario reciba dinero. No es necesario, salvo casos especiales, que devuelva la misma moneda que recibió, pero sí lo es que mantenga igual cantidad a disposición de la administración pública para que ésta la pueda destinar a fines legales en cualquier momento.

Para preservar esta disponibilidad, ordenan, a veces, las leyes, que las sumas recibidas se depositen en determinado establecimiento.

Empero, si el funcionario contraviene esta obligación no comete el delito de peculado mientras mantenga en disponibilidad tales sumas.

El deber fundamental de custodia que constituye el interés jurídico en el delito de peculado, no se viola por esa conducta, aun cuando ella pueda acarrear sanciones de otra especie, por ejemplo, de carácter administrativo.

7. *Respecto a la conducta que configura el delito de peculado propio o por apropiación indebida, como también se le denomina, consiste, según el artículo 3º del Decreto 1858 atrás transcrito, en apropiarse en provecho del funcionario o de un tercero, de los bienes puestos bajo su custodia.*

Apropiarse tanto quiere decir como hacer suyo, emplear "uti domino", es decir, a modo de dueño, esos bienes.

En otras palabras, dejar de tenerlo en disponibilidad para darles una destinación que no corresponde, a saber, hacerla ingresar en el patrimonio del sujeto activo del ilícito o de un tercero.

La ya explicada delimitación del bien jurídico y de la conducta punible, tienen importantes repercusiones en el campo probatorio.

Para que se considere demostrado el delito de que se viene hablando, es menester que se establezca que el bien dejó de estar disponible.

Nuestro Código, por fortuna, ha particularizado la conducta en cuestión por medio de la expresión "apropiarse" que es verbo rector del tipo.

Es decir que para que se configure esta especie de peculado, no basta cualquier acción que sustraiga el bien de la esfera de disponibilidad de la administración pública, sino que es necesario que se haga por la vía de la apropiación por el funcionario público encargado de su custodia.

O sea que mientras no se establezca esta conducta, no puede considerarse demostrado el tipo del delito en cuestión.

8. *Por lo que hace al elemento subjetivo de este ilícito basta el llamado dolo genérico, esto es, la conciencia de estar obrando contra los deberes que impone el vínculo con la administración pública y la intención de hacerlo.*

En este caso, el funcionario debe saber, en primer término, que lo es, es decir, que tiene una investidura oficial.

Además, debe conocer que el bien ha sido puesto bajo su custodia y que, por lo tanto, es responsable de su suerte.

Así mismo es necesario que sepa que está ejecutando actos de apropiación, es decir, de aquellos que no se pueden llevar a cabo sino con ánimo de dueño.

Pero no lo es que tenga un propósito especial, o sea el denominado comúnmente dolo específico, que consiste en el propósito de hacer algo u obtener algo una vez consumado el ilícito.

Tampoco puede hablarse, en el caso del peculado por apropiación indebida, de elementos subjetivos del tipo, que, como tales, condicionen la figura del ilícito y deban ser establecidos para poder considerar probado el cuerpo del delito.

La expresión "en provecho suyo o de un tercero" que usa el artículo del Decreto 1858 de 1951 que se viene comentando, no hace referencia al impulso psicológico del hecho.

Comentando el artículo 314 del Código Penal Italiano, sustancialmente igual al tercero del reglamento legal que se acaba de mencionar, un autor dice:

"A diferencia de otras disposiciones donde la ley requiere el 'fin' de obtener provecho (Arts. 624 y 625 C. P.) o que el sujeto obre 'para procurarse' o 'para conseguir' un provecho (Arts. 627, 628, 630, 632, 646, 648 C. P.), el artículo 314 hace referencia a la distracción 'en provecho propio o ajeno'. La diferencia no sólo es estilística: mientras las primeras locuciones aluden a una intención no necesariamente realizada, en forma que para la consumación del delito es suficiente que la acción sea ejecutada con ese propósito, aun cuando no se haya conseguido el provecho, el artículo 314 no requiere ese dolo específico, sino que exige para la consumación del delito, que el agente haya sacado provecho de su conducta" (Pagliaro).

O sea que la expresión comentada no se refiere a una forma determinada de culpabilidad sino que es un elemento externo de la figura, que debe, ciertamente, ser probado para que el ilícito se diga perfecto, y que, de no demostrarse, hace desaparecer el delito.

9. *Finalmente, entre los elementos constitutivos del peculado, se tiene, aun cuando la ley no lo exija expresamente, el daño.*

Es claro que éste consiste en la lesión al bien jurídico tutelado o sea el de probidad frente a la administración pública.

Pero en concreto se presenta, ya se dijo, como resultado de la apropiación del bien puesto bajo la custodia del funcionario.

O sea que, en la inmensa mayoría de las veces, ese daño tiene un carácter patrimonial, aun cuando se hace preciso reiterar que tal cosa no es indispensable, porque puede suceder, aunque sea raro, que el bien del cual se apodera el funcionario no tenga un valor de esa especie.

De todos modos, debe tener algún valor, porque resultaría sumamente forzado sostener que existe improbidad en la disposición de un objeto que no tiene ninguno.

Es así como para demostrar este elemento integrante del peculado que es el daño, debe establecerse no sólo la improbidad, en abstracto, del funcionario, sino el perjuicio que a la administración pública causó, en concreto.

Consecuencia de lo anterior viene a ser, por un lado, que si no se ha demostrado la existencia del daño concreto, no puede darse por establecida la figura delictuosa y, de otra parte, que no se puede simplemente presumir la existencia del daño sino que debe ser concretamente establecido.

10. Aplicando al caso de autos las afirmaciones teóricas que en orden a establecer los elementos del delito de peculado por apropiación indebida, se dejan consignadas en los apartes anteriores, se tiene lo siguiente:

a) Está demostrado que el procesado no cumplió, en algunas ocasiones, con la obligación impuesta a los jueces por el Decreto 1115 de 1940 de depositar en la Caja Agraria los dineros que entraban en su esfera de custodia como Juez;

b) No está demostrado que se apropiara de las sumas no depositadas en dicho establecimiento, esto es, que las tomara para sí o para otro, las invirtiera en algo o las usara de otra manera que significara no mantener esos dineros en disponibilidad para los fines de los juicios que cursaban en el Juzgado;

c) Tampoco está demostrado que no consignara antes de salir del Juzgado las sumas que con oficios de 31 de julio, fueron llevadas a la Caja Agraria en los días 3 y 4 de agosto de 1965.

Sobre este particular es necesario llamar la atención sobre la falta, en los autos, del acta de posesión del Juez que reemplazó al procesado así como de la diligencia de entrega del Juzgado al primero;

d) Respecto a la suma de nueve mil seiscientos siete pesos con veintinueve centavos ($ 9.607.29), correspondientes al juicio de sucesión intestada de Pía Jurado de Sarmiento, depositados en la Caja Agraria el 14 de agosto del año mencionado, firmado por el Juez Lizcano Murillo (Fl.

139, Cdno. 2) y que tenía fecha 31 de julio de ese año, aparece que fue llevada a ese establecimiento con posterioridad a la salida del procesado, quien se posesionó de la Procuraduría del Distrito de Málaga el 6 de agosto, pero no puede afirmarse se trata de una restitución, esto es, que el procesado hubiera dispuesto con anterioridad de ese dinero y lo estuviera reintegrando de esa manera.

Tampoco aparece que no hubiera sido puesto el dinero en manos de la persona que hizo el depósito;

e) Por lo que hace a la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) pertenecientes al juicio de sucesión de María Purificación Flórez de Herrera y que fueron entregados en efectivo por el procesado al Juez el 28 de octubre de 1967, no ha sido desvirtuada la afirmación de aquél de que, por equivocación, uno de sus subalternos la depositó en su cuenta particular de la Caja Agraria;

f) Y finalmente, en relación con la cantidad de ocho mil novecientos setenta y un pesos con noventa y tres centavos ($ 8.971.93) que hacían parte del juicio de sucesión de Magdaleno López Barajas, la investigación fue tan defectuosa que no se examinó el recibo de la Recaudación de Impuestos para constatar el monto de lo pagado por los interesados a fin de obtener la aprobación y registro de la partición, lo que impide afirmar si esa cantidad correspondía o no a la que se echa de menos en el referido juicio.

Sin esa prueba, no puede cargarse tal suma al procesado.

11. Del examen de las pruebas que obran en el expediente, en particular las que corresponden a los hechos que se dejan expuestos en la parte anterior y que constituyeron la base de los cargos hechos al procesado en el auto de proceder, no aparece la comprobación de los elementos que componen la infracción por la cual se llamó a juicio, tal como lo requiere el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para que se pueda dictar sentencia condenatoria.

En efecto, y resumiendo lo que se deja expresado, no se demostró que hubiera apropiación de caudales por parte del doctor Lizcano Murillo ya que no se trajo a los autos ninguna prueba de que éste los hubiera tomado para sí, con ánimo de dueño, o invertido en algo o dado una aplicación incompatible con su deber de mantenerlos en disponibilidad de la administración pública.

En los autos consta que todos esos dineros fueron entregados por el procesado y lo único que, en el fondo, se ha discutido es si esa entrega constituye o no un reintegro.

Pero para que se pueda resolver afirmativamente esa cuestión, sería preciso que precediera la prueba de que se había apropiado esos caudales, lo cual, como se deja expresado, no tiene demostración en los autos, porque no aparecen, ni siquiera indicados, cuáles hubieran sido los hechos concretos de apropiación, ni hay tampoco, prueba indirecta de ellos, esto es la demostración de otros hechos que hicieran suponer, fundadamente, que existieron esos actos de apropiación.

12. De todo lo anterior se concluye que, no estando demostrada la infracción, no resulta posible, legalmente, dictar sentencia condenatoria y se impone la absolución del procesado.

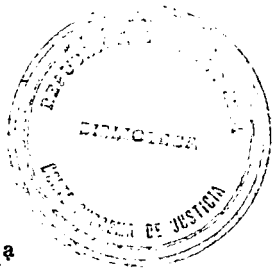
Como eso es lo que resuelve el Tribunal a quo en la sentencia que se revisa, quiere decir que ésta debe ser confirmada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



CASACION. — CAUSAL 1ª

La infracción indirecta de la ley sustancial, no es procedente en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado de conciencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo).

Aprobado: Acta número 25 de 20 de junio de 1973.

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de 13 de julio de 1972, por la cual condenó a Roberto Mendoza Carreño, Amílcar Sánchez González y Angel Ignacio Olarte Ochoa a la pena principal de diecinueve años de presidio como responsables de los delitos de homicidio agravado en la persona de Pablo Chacón y de robo igualmente agravado de bienes de la Compañía Colombiana de Tabaco S. A.

Los hechos.

Los que dieron origen a esta investigación los resume, ciñéndose a las constancias procesales, el juzgador de segunda instancia así:

"Refieren los autos que en la mañana del veintidós de junio de mil novecientos sesenta y siete (1967) salió de esta ciudad con destino a la de Cúcuta, el señor Luis Pablo Chacón, conduciendo un camión de placas J. I. 3486, marca Ford F.800 modelo 1959, de propiedad del señor Luis Amaya, en el que transportaba cuatrocientas cajas de cigarrillos pielrojas de propiedad de la Compañía Colombiana de Tabaco, de las cuales deberían ser reexpedidas a Arauca cien y las restantes para el expendio en Cúcuta. El cargamento fue entregado en Bucaramanga el día veintiuno (21) y hacia las cuatro de la mañana del veintidós (22) el chofer emprendió el viaje que se realizó en condiciones normales hasta llegar a la altura del kilómetro treinta y cinco (35), un poco adelante del punto conocido con el nombre de 'La Corcova' en donde algunos forajidos interceptaron el vehículo, que luego llevaron consigo, junto con el cargamento, después de darle muerte al conductor cuyo cadáver arrojaron al precipicio, distante ciento treinta (130) metros de la vía carreteable.

"El camión fue llevado a Villa del Rosario, internado en una finca cercana, modificado en parte su aspecto externo y el 25 de junio fue detenido en San Antonio del Táchira, cuando, ya negociado, los delincuentes pretendieron pasar la frontera colombo-venezolana. Las autoridades de Cúcuta, en encomiable actividad se movilizaron sobre las pistas que habían recogido, recibieron de los guardas de la Aduana de Venezuela el automotor, decomisaron buena parte del cargamento de cigarrillos y capturaron a varios de los implicados en los hechos delictuosos.

"El veintiocho siguiente, los campesinos José del Carmen Barrera y su hija María del Tránsito Barrera Vera, a instancias de un chofer que iba en carro tanque, y luego de terminar su tarea agrícola, se dedicaron a buscar el cadáver del chofer desaparecido y en efecto lo encontraron por los lados donde el día veintidós habían oído unos disparos, luego de ver pasar el camión asaltado y subir y bajar un carro de plaza. Noticiadas las autoridades del macabro hallazgo hicieron el levantamiento del cadáver, que rescataron del fondo de un precipicio a ciento cincuenta y tres metros de la carretera, según consta en las diligencias respectivas.

"Homicidio con caracteres de asesinato y robo son los delitos que tuvieron entidad completa en el caso presente, es indudable que los malhechores se propusieron como meta principal la perpetración del robo y para facilitarlo y llevarlo a cabo dieron muerte al conductor del vehículo y luego, con ánimo de redomados criminales y que pone pavor en el espíritu, arrojaron el cadáver de la víctima a una hondonada".

Actuación procesal.

El Juzgado Cuarto Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga llamó a juicio, por los delitos de homicidio y robo agravados, con intervención del jurado de conciencia, a Roberto Mendoza Carreño, Amílcar Sánchez González, Angel Ignacio Olarte, Julio César Rodríguez y Carlos Josué Cortés Ramírez. Este decreto de vocación a juicio fue confirmado por el superior.

El Tribunal popular que intervino en esta causa afirmó la responsabilidad de Mendoza Carreño, Sánchez González y Olarte como autores de los delitos mencionados, negó la de Carlos Josué Cortés y declaró responsable de robo a Julio César Rodríguez.

Contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga interpusieron el recurso extraordinario de casación los procesados Mendoza Carreño y Sánchez González. Lo propio hizo el defensor del primero de los nombrados. Concedido el recurso y enviado el expediente a la Corte, se declaró admisible y se ordenó correr los traslados de rigor a fin de formular las demandas respectivas. El apoderado de los condenados Mendoza Carreño y Sánchez González presentó dos por separado, las que se declararon ajustadas formalmente a las exigencias legales.

Las demandas de casación.

La formulada en nombre de Roberto Mendoza Carreño.

Al amparo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal impugna el demandante la sentencia recurrida, "pues dicho fallo tiene erradas apreciaciones de los hechos fundamentales referentes a la responsabilidad de Roberto Mendoza Carreño lo que llevó a errores de derecho al aplicar las leyes penal y procesal.

"Tales hechos indebidamente calificados, con sus correspondientes pruebas, los enuncio así:

"1º El honorable Tribunal de Bucaramanga confiesa la inexistencia de la prueba directa 'que señale a los asesinos y ladrones' pero agrega, 'la prueba circunstancial, la prueba indiciaria, es tan precisa, abundante y seria, que no deja lugar a dudas sobre las personas que tramaron y ejecutaron los tremendos y repugnantes hechos'; el equivocado análisis de los elementos integrales del concepto del indicio, y el haber tomado esta prueba como una telaraña artificial para atar a ella a todos los sujetos que aparecieron en los autos condujo a que indebidamente se aplicaran los artículos 11, 12, 19, 20, 402, 362 y 363 del Código Penal y se violaron los artículos 113, 114, 215, 216, 217, 218, 264, 385, 386, 387 y 388 del Código de Procedimiento Penal.

"2º La clasificación que de la conducta de los sindicados hace en relación con la aplicación del artículo 19 del Código Penal y que no se tuvo en cuenta para analizar detenidamente el grado de participación de cada sujeto en el hecho delictuoso y especialmente la de *Roberto Mendoza Carreño*, al catalogar las conductas en tres clases: 'la de aquellos que tomaron parte o actuaron en los hechos criminosos de asesinato y robo; la de quienes ayudaron en los hechos criminosos o colaboraron en actividades posteriores a sabiendas de la comisión de los hechos ilícitos y, finalmente, la de aquellas personas que buscaron un aprovechamiento de los bienes, ignorantes de la procedencia ilícita de lo que adquirieron', se aplicó indebidamente la citada norma y se violaron los artículos 236, 113, 114, 215, 216, 217 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

"3º Al manifestar el honorable Tribunal de Bucaramanga que 'la situación jurídica de *Roberto Mendoza Carreño*, es tanto más comprometedora como coautor de los dos hechos delictuosos investigados' está contrariando la verdad procesal y se está ateniendo más a apreciaciones de tipo subjetivo que a la objetividad de la prueba, aplicando indebidamente los artículos 402, 362 y 363 relacionados con el artículo 19 del mismo Código Penal y violando los artículos 215, 216, 217, 334, 335, 381 del Código de Procedimiento Penal.

"4º Al tener en cuenta el Tribunal de Bucaramanga que Roberto Mendoza Carreño, pudo tener contactos posteriores al hecho delictuoso con Angel Ignacio Olarte Ochoa, Amílcar Sánchez, Carlos Josué Cortés y Gonzalo Fuentes como la posibilidad de haber participado en circunstancias especiales de la distribución de los cigarros, no indica claramente que hubiera sido autor o coautor de los delitos de robo y homicidio, se aplican indebidamente los artículos 402, 362 y 363 en relación con el artículo 19 y se le dan a unas pruebas el valor que no tienen, violándose los artículos 215, 216, 217, 236 del Código de Procedimiento Penal.

"5º Al darle total credibilidad, el honorable Tribunal a los testimonios de Amílcar Sánchez, Angel Ignacio Olarte Ochoa, Carlos Josué Cortés Ramírez y de Eucario Contreras Prato que señalan a Roberto Mendoza Carreño, con los nombres de Humberto y Gilberto, y tomarlos parcialmente en contra del reo, se están apreciando

erróneamente los testimonios como prueba y se les está confiriendo un valor que sometidos a una sana crítica científica vemos que no tienen, razón por la cual se viola el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 217 y 218 de la misma obra.

"6º La reclamación de una botella de thinner por un sujeto que se dice fue Mendoza Carreño en el Bar 'Corales' de Amílcar Sánchez, no era indicio necesario para que el Tribunal conceptuara que Mendoza Carreño era autor o coautor de robo y homicidio agravado, aplicando indebidamente los artículos 402, 362 y 363 del Código Penal y violando los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Penal, 215, 216 de la misma obra.

"7º La indagatoria de Mendoza Carreño motivó que el honorable Tribunal de Bucaramanga comentara que éste 'se concreta a negar todos los episodios que se le ponen de presente', tomando esta posición como indicio de responsabilidad, violando así los artículos 381, 386 y 364 del Código de Procedimiento Penal.

"8º Para el honorable Tribunal de Bucaramanga es un hecho cierto que Amílcar Sánchez le guardó un revólver 32 a Mendoza Carreño, lo que para el Tribunal no es un indicio pero que lo lleva a pensar si no sería esa arma y su dueño los que causaron la muerte a Chacón; apreciación subjetiva como todas las demás relacionadas con Mendoza Carreño, que llevaron a dicho Tribunal a violar los artículos 215, 216, 217, 218 del Código de Procedimiento Penal.

"9º Para el honorable Tribunal de Bucaramanga unos indicios, jamás enunciados específicamente en ninguna providencia, jamás probados sus antecedentes o establecidos sus consecuentes en una lógica relación de causa a efecto, lo llevaron a aceptar que Mendoza Carreño era autor o coautor de los delitos de homicidio y robo, tomando como respaldo el veredicto del Jurado de Conciencia; la apreciación errada de los hechos y la inversión de la prueba hicieron que indebidamente aplicara los artículos 11, 12, 19, en concordancia con los artículos 402 y 362, 363 del Código Penal y violara los artículos 113, 114, 115, 215, 216, 217, 218 del Código de Procedimiento Penal".

Demanda formulada a nombre de Amílcar Sánchez González.

En esta demanda se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "pues dicho fallo tiene erradas apreciaciones de los hechos fundamentales referentes a la responsabilidad de *Amílcar Sánchez González,* lo que llevó a errores de derecho al aplicar las leyes penal y procesal".

Después de analizar el acervo probatorio, el demandante concluye:

"La inocencia de Amílcar Sánchez González está retratada en el proceso, entonces ratificamos la apreciación de que el honorable Tribunal de Bucaramanga violó los artículos 263, 215, 216, 217, 218 del Código de Procedimiento Penal y aplicó indebidamente los artículos 11, 12, 19, 402, 362 y 363 del Código Penal.

"En consecuencia, *procede la causal primera* de casación invocada, y en lugar de la sentencia condenatoria debe absolverse al recurrente, porque en resumen:

"a) No hay plena prueba de la responsabilidad, ni siquiera semiplena. La duda favorece al sindicado;

"b) No está determinada la participación del procesado, luego se violaron las normas sustantivas antes mencionadas.

"Subsidiariamente, respetuosamente solicito de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *que se invalide la sentencia recurrida* y en su lugar se dicte la que debe reemplazarla".

Así mismo el demandante impugna la sentencia recurrida, al través del ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad: primero, por error en la denominación jurídica de la infracción, "... pues no se establecieron: las pruebas en que se fundaba la imputación a los procesados; y la calificación genérica de los hechos que se imputaban a cada procesado con las circunstancias conocidas que las especifiquen..."; y segundo, porque no se definió la situación de Roberto Bautista, a quien se le recibió indagatoria.

Finalmente, el actor invoca el artículo 26 de la Constitución Nacional y asevera que existe nulidad supralegal "... por deficiencia en la formulación de los cargos en el auto de proceder y falta total de análisis de las pruebas"; "... por inobservancia de las formas propias del juicio, en razón de que la fecha para la cual se señaló la audiencia dista más de quince días del auto que convocó a los intervinientes"; por "... arbitraria dirección de las audiencias hasta suspenderlas indefinidamente violándose el Decreto 3347 de 1950, artículo 5º y artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, vigentes para la

época en que éstas se debían desarrollar", y por "violación de los artículos 459 y 460 que ordena entregar el expediente para su estudio, el Juzgado determinó que los diversos defensores conocieran el expediente en el Juzgado, lo que dado su número creaba una dificultad para hacerlo...".

Concepto del Procurador.

Dado en traslado el negocio al Procurador Segundo Delegado Penal, de conformidad con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, examina atenta y minuciosamente los cargos reseñados y concluye que no están llamados a prosperar. Y consecuente con tal criterio, solicita a la Corte "no casar la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Roberto Mendoza Carreño y Amílcar Sánchez González".

Se considera:

La demanda presentada a nombre de Roberto Mendoza Carreño.

La infracción directa de la ley sustancial, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

Y es que —como lo ha sostenido la Corte reiteradamente hasta el cansancio—, en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias proclamarlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.).

De lo anterior fluye que deben desecharse los cargos formulados a la sentencia recurrida al amparo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su segundo motivo.

La demanda presentada a nombre de Amílcar Sánchez González.

En lo atinente a los cargos formulados al fallo de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, cumple repetir lo que se expuso en relación con la demanda presentada a nombre de Roberto Mendoza Carreño.

En consecuencia, preciso es desechar tales cargos.

En lo que respecta a los cargos hechos al amparo del ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la Sala acoge las consideraciones del Ministerio Público:

"En cuanto al primer motivo invocado, baste decir que pretende apoyarse en el desconocimiento de la prueba para concluir que Amílcar Sánchez es responsable de encubrimiento y no de los delitos por los cuales se le condenó.

"En cuanto al segundo motivo de la acusación, si en verdad no se resolvió la situación jurídica de Roberto Bautista vinculado a este proceso, no existe en el libelo demostración de que esta irregularidad hubiese incidido en la defensa de los acusados o hubiese quebrantado gravemente las normas propias del juzgamiento".

Y en lo que toca a los hechos que dieron motivo a "nulidades de carácter supralegal", según el demandante, "no se ensaya siquiera demostración de estos hechos, menos su trascendencia jurídica e incidencia en el fallo condenatorio".

De lo expuesto surge que debe procederse conforme a lo ordenado en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSAL 3ª

Clases de veredictos: contraevidente, contradictorio, o inexistente, claro, ambiguo y condicionado. — La declaratoria de invalidez por la contradicción o inexistencia del veredicto no sólo puede derivarse del antagonismo de afirmar o negar simultáneamente un mismo hecho, principal o accesorio, referido a la responsabilidad del actor, sino también porque la respuesta del jurado sea tan oscura que pierda toda significación, o porque se refiera a circunstancias no contempladas en la ley, o porque condicione la responsabilidad a cualquier razón conocida o no dentro del proceso, o por cuestiones análogas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 25, junio 20 de 1973.

Vistos:

Una vez cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver acerca del recurso de casación interpuesto por el procesado *Juan Bautista Sánchez* o *Jesús Segura Prado* o *Jesús Sánchez Esterilla* contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 1972 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa misma ciudad el 2 de marzo del año dicho, que condenó al recurrente a la pena principal de 12 años de presidio por los delitos de homicidio en Julio César Barbosa Ríos y de lesiones personales en Luis Eduardo Villa Luna.

Primero: Hechos:

Hacia las horas del medio día del 20 de junio de 1969 cuando el personal de detenidos del Patio número 3 de la Cárcel Distrital de Villanueva de la ciudad de Cali se encontraba almorzando, Juan Bautista Sánchez o Jesús Segura Prado o Jesús Sánchez Esterilla, armado de una almarada lesionó por la espalda a Luis Eduardo Villa Luna y por el pecho a Julio César Barbosa Ríos. Este último falleció de manera inmediata y el primero tuvo una incapacidad definitiva de 20 días, sin que le quedaran consecuencias.

Segundo: Actuación procesal:

Inició la investigación la Inspección Segunda del Permanente Oriental de Cali el mismo día en que ocurrieron los hechos y la continuó el Juzgado 2º Penal Municipal de esa ciudad, el cual dictó el respectivo auto cabeza de proceso (Fl. 7), y también el de detención (Fls. 21 ss.). El Juzgado 1º Superior a quien por competencia le correspondió en reparto (Fl. 38 Vto.), decretó (Fl. 39) y practicó numerosas pruebas. El 26 de mayo de 1970 se declaró cerrada la etapa instructiva (Fl. 125). Previo concepto del Ministerio Público (Fls. 126 ss.), el Juzgado del conocimiento, por auto de 16 de junio del mismo año abrió causa criminal, con intervención del jurado, contra Juan Bautista Sánchez o Jesús Segura Prado o Jesús Sánchez Esterilla, ya que bajo todos estos nombres ha sido conocido el sindicado, "por los delitos de 'homicidio' y 'lesiones personales', cometidos en concurso real o material, definidos y sancionados por el Código Penal, en su libro 2º, Título 15, Capítulo 1º, y los mismos Libro 1º, Título 1º, Capítulo 3º de la misma obra, agotados en Julio César Barbosa (occiso) y Luis Eduardo Villa Luna (lesionado)" (Fls. 145 ss.). Se abrió el juicio a prueba (Fl. 160) y se decretaron (Fl. 163) y practicaron algunas. Con sujeción a las disposiciones

legales se verificó el sorteo de jurados (Fl. 187) y, tal como estaba dispuesto (Fl. 195), se inició la respectiva audiencia pública (Fls. 220 ss.), la cual culminó con los siguiente veredictos: para el homicidio: "sí lo mató, pero por error y por miedo" y, para las lesiones: "sí es responsable de herir. Porque lo hiso (sic) en estado de ira" (Fl. 119 Fte. y Vto.). El Juzgado del conocimiento considerando que no está acreditada ninguna clase de error y que si la veredicción se toma como absolutoria por legítima defensa no encuentra respaldo procesal, por auto de 24 de septiembre de 1970 la declaró claramente contraria a la evidencia de los hechos (Fls. 230 ss.), determinación que fue confirmada "en todas y cada una de sus partes" por el Tribunal de Cali por providencia del 15 de diciembre del mismo año pues, con relación al homicidio, consideró que en el expediente no aparecen acreditados el error ni el miedo, así como tampoco la ira con relación a las lesiones (Fls. 262 ss.).

Previos los trámites de rigor se convocó a nuevo jurado. Esta audiencia culminó con los siguientes veredictos proferidos por mayoría tanto para el homicidio como para las lesiones: "si es responsable obró por miedo ocasionado por hechos anteriores" (Fls. 354 Fte. y Vto.). El jurado disidente, sin que pueda determinarse quién lo fue, estampó al pie de cada cuestionario: "en mi concepto el veredicto debió ser 'sí es responsable'" (Id.). Sobre tal veredicto el Juez de primera instancia condenó al procesado a la pena privativa de la libertad de 12 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, por los delitos "de 'homicidio' y 'lesiones personales', cometidos en concurso real o material" (Fls. 367 ss.), providencia que fue apelada por el defensor (Fl. 375 Vto.) y que el Tribunal confirmó en todas sus partes por medio de la suya recurrida en casación y a la cual se hizo referencia en los vistos de la presente.

Tercero: La demanda:

Al amparo de la causal tercera de casación el demandante impugna la sentencia del Tribunal "por haberse dictado sobre un veredicto contradictorio" (C. P. P., Art. 580, Num. 3).

Al sustentar el único cargo que formula, procede así:

Transcribe varios apartes tomados del acta de audiencia pública correspondientes a la intervención del Fiscal y de la suya propia. De la del primero, destaca: la defensa sustenta la tesis del miedo "para ubicar la conducta del procesado dentro de una casilla especial del Código Penal, justificante del hecho". Pero el miedo "es un fenómeno de índole psíquica inhibidor y paralizante... Excepcionalmente quien siente miedo ataca o arremete contra lo que es causa de su miedo. Quien lo padece, más bien huye, evade, elude, pone distancia entre él y lo que es causa de su miedo". Relieva "el pasado judicial y carcelario de 'Manicortico' (sobrenombre dado al procesado)", huesped habitual de distintas cárceles, para concluir preguntándose con referencia a él: "¿dónde radicar el temor o el miedo?".

A renglón seguido y teniendo en cuenta lo anterior, comenta el censor en su demanda: "de dónde (sic), nítidamente emerge la realidad de que al escribir "obró (sic) por miedo ocasionado por hechos anteriores" el juri se apartó fehacientemente de los anteriores razonamientos reconociendo, por ende, al procesado la "justificante del hecho". —"Esto, obviamente, honorable Magistrado, es más claro, si se tiene en cuenta que un jurado anotó:— "en mi concepto el veredicto debió (sic) ser: 'sí es responsable' con lo cual indica a los señores juzgadores en derecho que los otros dos integrantes del Tribunal Popular absolvieron, en conformidad con la deliberación por los tres sostenida, que no ha sido escuchada pero sí fácilmente susceptible de ser interpretada".

De su propia exposición destaca: "hay que valorar las circunstancias externas y las internas del agente del delito *porque bien puede estar en presencia de una justificante del hecho"*. Luego pone de presente la situación de angustia en que el procesado vivía en la cárcel por "los atracos que continuamente le hacían" el occiso, su hermano Hernán y el lesionado, "que le hacían invivible la vida a Jesús Segura Parra en ese plantel carcelario", lo que le iba sembrando "la desesperación, la inseguridad y la angustia". Resalta el habitual estado de desesperación, angustia y temor que el procesado abrigaba con relación a sus atracadores ya nombrados. Destaca la inseguridad reinante en aquella cárcel, las agresiones anteriores de que había sido víctima su poderdante por parte del occiso, el robo de un cartón de cigarrillos "Lucky" que le habían hecho, todo para realzar la noción de peligro en que se encontraba cuando ejecutó los hechos, extendiéndose en consideraciones de orden psicológico sobre el particular para afirmar que aquellas circunstancias *"lo relevan de toda responsabilidad penal"*, tanto más, cuanto que toda queja que pusiera a los superiores era inútil, dadas las modalidades de vida en un establecimiento carcelario. "De manera que al actuar,

no podía exigírsele otra conducta que la de arremeter contra sus agresores porque vivía en continua situación de peligro". Finaliza sus transcripciones, así: "hay situaciones de peligro objetivas o materiales y subjetivas o morales. La situación de peligro en que se encontraba Segura Prado, eran mixtas, pues había sido agredido momentos antes y moralmente se sentía amenazado por sus atracadores y perseguidores. Cuando alguien es agredido injustamente, reacciona y se defiende y su defensa es justa. Aquí no se presentó la agresión actual externa; pero sí estaba en una situación de peligro el sindicado; porque acababa de ser atracado en el sanitario y vio armados a sus agresores, y en el momento de actuar, le quitó el arma a su contrincante y con ella reaccionó defendiéndose no de las agresiones pasadas, sino de las que creó su imaginación y su mente en ese momento. El era víctima de un asedio permanente por parte de sujetos peligrosos dentro del plantel carcelario (habla luego de la peligrosidad social y cita a Garófalo y destaca el ambiente carcelario en que vivían los protagonistas, como campo abonado para temerse constantemente la consumación de hechos delictuosos en toda la escala penal. Esas condiciones impiden que se pueda destruir la situación de peligro que vivió el sindicado. Creo señores jueces de que si estos puntos de vista ampliamente expuestos os han convencido; i (sic) os despojáis de la lógica formal de la norma jurídica, yerta; si creéis que se ha despejado el panorama de confusiones aparentes, os demanda que declaréis que Juan Bautista Segura Prado, *no es responsable* por haber obrado por miedo insuperable y error esencial de hecho, por el ambiente carcelario y no podérsele exigir otra conducta".

Continúa el demandante: ante las alegaciones, cuando el jurado dijo "obró (sic) por miedo ocasionado por hechos anteriores", declaró la "ausencia de responsabilidad, justificación o excluyente de la antijuridicidad, que pugna con la primera expresión: 'sí es responsable' de donde emerge nítidamente la contradicción del veredicto", que se hace más notoria ante la consideración gramatical de que los jurados no colocaron, como caprichosamente lo ubica el Tribunal, el signo ortográfico de "coma" (,) para separar frases en su veredicto, lo cual "hace la situación más difícil, más contradictoria como que da a entender que si mi defendido es en realidad responsable es por haber obrado por miedo ocasionado por hechos anteriores, es decir, sin responsabilidad por lo que habían escuchado en el acto público de juzgamiento". Agrega que esa falta de precisión, se reafirma al observar que la letra "i", que sigue a la consonante "S" carece del signo tilde, lo cual le lleva a insistir en que lo que el jurado "deseó expresar fue que si al procesado se le encontraba responsable sería por haber obrado víctima del miedo ocasionado por los hechos anteriores lo que implica, como lo hemos estudiado, la no responsabilidad penal en sus actuaciones que fue lo que movió al otro miembro del jurado a escribir "en mi concepto el veredicto debió ser 'si es responsable' ante la evidencia de la condición límpidamente expresada en la redacción del veredicto estudiado, analizado y concluido en donde no hay el signo gramatical coma y que el honorable Tribunal Superior de Cali no puede colocarle por pecar, entre otros aspectos procedimentales, con el principio universalmente aceptado del "in dubio pro reo". Cita jurisprudencias de la Corte sobre lo que debe entenderse por veredicto contradictorio y sobre cómo éste es motivo de casación.

Considerado demostrado que el estudiado es contradictorio y que se está frente a la causal tercera de casación pide que la Corte, dando aplicación al ordinal 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, por conducto del Tribunal de origen devuelva el proceso al Juzgado del conocimiento, a fin de que se convoque nuevo jurado.

Cuarto: Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal luego de hacer la presentación de los hechos y la síntesis de la demanda, solicita que la sentencia no sea casada, para lo cual responde al censor así:

Ante los planteamientos y peticiones que en la audiencia pública formularon el Fiscal y el Defensor al jurado, éste se inclinó por la petición del primero "ya que por unanimidad se votó la fórmula 'sí es responsable' y por mayoría se adoptó la frase explicativa '... obró por miedo ocasionado por hechos anteriores' ... bien puede afirmarse entonces, que la solicitud formulada por la defensa se desatendió por el Tribunal de conciencia".

El veredicto en estudio no es contradictorio porque "la frase 'sí es responsable' es la proposición principal de la respuesta ya que el cuestionario, conforme a la ley que lo gobierna, pregunta por la responsabilidad penal del acusado" y, en el presente caso, el jurado, con la expresión "... obró por miedo ocasionado por los hechos anteriores", no hizo otra cosa que usar la facultad legal de expresar brevemente una circunstancia no contemplada en el cuestio-

nario. Así, el Tribunal popular, encontró al procesado 'responsable' de los hechos descritos en los cuestionarios y señaló como motivo de su conducta 'el miedo', debido a las agresiones de que había sido víctima por parte de los hermanos Barbosa y Luis Eduardo Villa".

Finalmente el miedo no está contemplado en el Código Penal como excluyente de la antijuridicidad. Su artículo 25 "no contempla ningún estado emocional como motivo de justificación del hecho", como ocurre en otras legislaciones. "La sola alusión al 'miedo', como causa de la reacción del agente, no constituye motivo de justificación y tampoco se acomoda a otra eximente de responsabilidad penal prevista en nuestro estatuto sustantivo. Asunto diferente al comentado es que el defensor del acusado hubiese instruido al jurado que el miedo constituía una circunstancia excluyente de la responsabilidad, y en forma antitécnica y confusa, hubiese solicitado contestar los cuestionarios en esta forma: *'no es responsable* por haber obrado por miedo insuperable y error esencial del hecho, por el ambiente carcelario y no podérsele exigir otra conducta' (Fl. 366)".

Quinto: Consideraciones de la Sala:

1. *Quiere la ley que el veredicto sea claro en sus términos para que no se presten incertidumbres ningunas. De ahí que los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal reglamenten la manera como deben formularse los cuestionarios por medio de exigencias que impidan el que en ellos se pueda incurrir en confusiones capaces de desorientar al Tribunal popular y que también reclame de éste claridad en sus respuestas ya que, como obligación primordial le señala la de contestar categóricamente con "un sí o un no" a los cuestionarios que le sean propuestos, sin impedir por ello que si sus integrantes "juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario", puedan "expresarlo así brevemente en la contestación" (Id. Art. 535). Con estas exigencias la ley quiere que la veredicción sea precisa, nítida y diáfana en cuanto declara la responsabilidad o inocencia del procesado. De donde se concluye: para que la manifestación del jurado pueda ser tenida como veredicto, ha de presentarse, de acuerdo con el querer del legislador, de manera clara y fácilmente entendible, sin que le sea necesario al fallador entrar en intrincadas cavilaciones o interpretaciones de su texto con el objeto de desentrañarlo y así poder fijar qué fue lo que aquél quiso decir ya que, al proceder en esta última forma, invadiría una órbita que le está vedada, pues sería su propia conciencia o su subjetivo raciocinio o su personal interpretación, el que vendría a suplantar la conciencia y la voluntad de los jueces del pueblo.*

2. *Desde el punto de vista jurídico un veredicto puede ser condenatorio o absolutorio y, cuando es claro en sus términos, como tal debe ser aceptado (C. P. P. Art. 519) o declarado "contrario a la evidencia" de los hechos (Id. Art. 565, Inc. 1º).*

También puede presentarse el caso de uno que sea contradictorio en sus términos, "es decir —como lo anota el Ministerio Público—, que mientras uno reconoce la existencia de una situación jurídica el otro la niega. Se ha afirmado con mucha razón que en estos casos no hay veredicto", puesto que las afirmaciones contradictorias recíprocamente se destruyen.

Desde el punto de vista gramatical un veredicto puede ser, como ya se apuntó, claro o ambiguo. Es claro aquel que no exige mayores esfuerzos para entender qué fue lo que en realidad quiso expresar el jurado que lo emitió. Su redacción no se presta a dudas ni a cavilaciones: de ella brota, sin sombras ningunas, su diáfano sentido. En cambio el veredicto es ambiguo cuando, siguiendo la definición académica de este vocablo, "puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbres, o confusión". Es decir, cuando en el ánimo de quien lo conoce, siembra o hace nacer la perplejidad acerca de su alcance.

Puede ocurrir también que, el veredicto presente características que lo hagan condicionado, es decir, que lo que debe declarar el jurado de manera fundamental sin reticencias ningunas, lo haga relacionándolo a alguna circunstancia o condición, es decir, según definición, a "algún acontecimiento incierto o ignorado que influye en la perfección o resolución de ciertos actos jurídicos o de sus consecuencias". Obvio que en el terreno del estricto derecho el acontecimiento constitutivo de la condición debe ser "incierto y futuro". Mas no puede olvidarse que en tratándose del jurado, es su apreciación personal y el claro sentido que la gente de "cultura mediana" (C. P. P., Art. 530) tiene de las palabras, lo que debe ponderarse para la valoración de su veredicto. De ahí que la Corte haya sostenido que "el jurado no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramentales,

ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un delito" (Casación, 12-II/59, "Gaceta Judicial", T. XC, Pág. 178). Al igual que también debe tenerse en cuenta lo alegado por las partes en el debate público y que pudo influir en la decisión sometida a estudio (Casación, 26-III/58, "Gaceta Judicial", T. LXXXVII, Pág. 605).

Por lo anterior puede hablarse de un veredicto condicionado aun cuando la circunstancia que pueda constituirla no sea incierta ni futura sino pasada, porque una de las acepciones vulgares del vocablo es la de "calidad o circunstancia con que se hace o promete una cosa". Entonces, si un jurado en su veredicto expresa, como en el caso sometido a estudio, que "si (sic) es responsable obro (sic) por miedo ocasionado por hechos anteriores" y, si con relación a estos hechos se le han hecho exposiciones enfrentadas, una demeritándolos como eximentes de responsabilidad o justificadores de la acción y la otra presentándolos con esta capacidad, en realidad el jurado no ha producido un veredicto claro y firme, francamente absolutorio o condenatorio, sino que ha condicionado la responsabilidad a la entidad y fuerza, tanto de carácter objetivo como subjetivo, que esos "hechos anteriores" pudieron ejercer sobre el individuo para producir el miedo que le impulsó a obrar y sobre el cual largamente se lo ilustró, en uno y otro sentido, en el debate público. El jurado, en la primera parte de la veredicción que se estudia no declaró enfáticamente la responsabilidad del procesado. No usó el adverbio afirmativo "sí", con tilde, con el cual la hubiera declarado sin duda ninguna, sino la conjunción "si", sin aquel signo ortográfico, "con que se denota condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros" ("Diccionario de la Lengua Española", de la Real Academia, Espasa-Calpe, 1936), es decir, como conjunción dubitativa, que "implica o denota duda" (Id.). Es así como pueden presentarse en las manifestaciones del jurado, como respuestas a los cuestionarios que les son propuestos, expresiones u oraciones condicionadas las cuales no pueden tomarse como verdaderos veredictos, precisamente por esta circunstancia, que en el fondo equivale a no decidir definitiva y claramente acerca de la responsabilidad penal por la cual se les interroga.

Natural que esta segunda clasificación desde el punto de vista gramatical de manera necesaria tiene incidencia en el jurídico y legal: porque así como con relación al que es claro en sus términos no le queda al fallador otra vía procesal, según se vio, que aceptarlo o declararlo contrario a esa evidencia o desecharlo por inexistencia si es contradictorio: cuando el veredicto es ambiguo o condicionado, cuando a pesar del estudio que de él se haga no se sabe qué fue lo que, en realidad, quiso declarar el jurado, cuando suscita de manera indestructible la perplejidad en el fallador, cuando en éste hace nacer una duda insuperable sobre su verdadero sentido, entonces, en este caso, no queda otro remedio que declararlo así y ordenar la convocatoria de nuevo jurado para que decida en definitiva acerca de la responsabilidad penal del procesado. Porque no es lícito tomar como fundamento esencial de un fallo, sobre todo si es condenatorio, una pieza que suscita dudas y perplejidades y que viene a sembrar el caos en la mente del fallador. El veredicto es piedra angular de la sentencia (C. P. P., Art. 519) y cuando él presenta tan notoria falla, no puede ser tomado en cuenta para levantar aquélla.

Ahora bien: según se anotó, un veredicto contradictorio es inexistente, puesto que se destruye por la rotunda oposición entre sus términos. De manera que, en esencia, la causal tercera de casación: cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio", está consagrando esa misma causal para la "inexistencia" del veredicto, ya que igual da llamarlo "contradictorio" que "inexistente". Mas, como para que una respuesta pueda ser considerada como veredicto, de acuerdo con lo expuesto, es necesario, por exigencia de ley, que sea clara y precisa, tanto en cuanto afirma como en cuanto niega la responsabilidad penal, síguese que si la expresión del jurado, como respuesta al cuestionario, no afirma ni niega aquella responsabilidad con claridad y precisión, ya por condicionada, ya por ambigua, dedúcese que esta manifestación por no reunir las condiciones propias que constituyen el veredicto no puede tenerse como tal, por ser inexistente.

Y si una de las causales de casación se erige sobre la "inexistencia" del veredicto por "contradictorio", conclúyese que cuandoquiera que se presente la inexistencia de un veredicto por cualquier circunstancia, habrá de operar la misma causal ya que, en el fondo, con ella lo que se persigue es enmendar el agravio que se hace a la ley y también a las partes, cuando sobre un veredicto inexistente se levanta una sentencia condenatoria de segundo grado. A esta conclusión hacen llegar la lógica jurídica y también el respeto a la ley puesto que sería contrario a ella, sí que también monstruoso, condenar a un procesado sobre una pieza que suscita dudas y perple-

jidades y, que por no constituir verdadero veredicto, no puede dar lugar a la aplicación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal que dispone que "en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Y, no habiendo veredicto ya que el presunto se considera "inexistente" por cualquiera de las causas anotadas, no hay decisión del jurado sobre la cual pueda pronunciarse sentencia.

3. *Y, en el caso que se viene estudiando, esto último es lo que ocurre: durante la audiencia pública el Fiscal luego de formular su acusación de acuerdo con los cargos contenidos en el auto procesatorio, al plantear anticipadamente las hipótesis que podría alegar la defensa para impetrar la absolución de su patrocinado, largamente se refirió al factor "miedo" con el propósito de descartarlo como móvil en la consumación de los hechos.*

Por su parte el defensor lo invocó a favor de sus pretensiones absolutorias. Extensamente disertó sobre las causas antecedentes que llevaron al procesado a sentirse presa de él y también sobre la conturbación de espíritu que tal fenómeno anímico comporta, para concluir que se daban los elementos objetivos y subjetivos que relevaban a su defendido "de toda responsabilidad penal"... "De manera que al actuar no podía exigírsele otra conducta que la de arremeter contra sus agresores porque vivía en continua situación de peligro". Situación de peligro que estructuró sobre los hechos antecedentes que afirmó de ataques y atracos y agresiones del occiso, de su hermano y del lesionado, que lo hicieron obrar por miedo. De ahí su petición de absolución formulada al jurado.

Mas el Tribunal popular cuando respondió los cuestionarios diciendo: "si es responsable obró por miedo ocasionado por hechos anteriores" (Fl. 354 Fte. y Vto.), emitió un veredicto condicionado o, a lo menos ambiguo y no contradictorio. No puede predicarse que quiso afirmar a secas la responsabilidad del procesado, porque eso no estuvo en la mente de la mayoría de sus integrantes ya que uno de ellos, el aparentemente disidente al estampar: "en mi concepto el veredicto debió ser 'si es responsable'" (Fl. Id.), está indicando que esta responsabilidad fue la que no convinieron en declarar con él sus compañeros. Además: tampoco el Tribunal de conciencia quiso aceptar la tajante tesis de acusación a cargo del Ministerio Público, porque si esa hubiera sido su intención, no hubiera estampado, por superflua, la segunda parte de su respuesta. En todo caso, el Tribunal popular no pronunció de manera clara y diáfana su concepto acerca de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia, a lo cual se le excitó de manera categórica por las partes que intervinieron en la audiencia y por lo que se le interrogó también de manera categórica en el cuestionario. Su veredicto se quedó corto: bien puede decirse de él, con los términos de la definición académica ya apuntados, que "puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbres o confusión", es decir, en una palabra, que emitió un veredicto ambiguo que, en consecuencia, no puede servir de soporte a una sentencia de naturaleza condenatoria, o, que lo emitió condicionado, de acuerdo con lo antes expuesto y, en uno u otro caso, con la secuela de inexistencia a la cual se llegó.

Fluye de lo expuesto que ante la ausencia de un veredicto que satisfaga las exigencias de la ley, es decir, que ante la presencia de un veredicto que debe considerarse inexistente puesto que no permite la aplicación de la ley, no queda otro remedio procesal que el de la convocatoria de nuevo jurado para que decida acerca de la responsabilidad penal del procesado, previa casación de la sentencia recurrida, como lo manda el artículo 583, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal.

Quinto: Consideraciones de la Sala.

1. Quiere la ley que el veredicto sea claro en sus términos a fin de que la sentencia que sobre él se pronuncie no tenga que enfrentarse a hipótesis o incertidumbres, cuya interpretación conduzca a suplantar la íntima convicción de los jueces populares respecto de la responsabilidad o inocencia del procesado. De allí que los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal precisen la manera de formular las preguntas para que el Tribunal de conciencia pueda enfocar debidamente los hechos del debate y responder con "un sí o un no", sin impedírseles por esto hacer ampliaciones breves cuando encontraren circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario. Tales ampliaciones deben servir al fácil entendimiento de la situación procesal y no convertirse, por el contrario, en motivos que impidan determinar las particularidades de la causa, como lo exige textualmente la primera de las normas citadas. Veredicto claro es, en otras palabras, el que no exige mayores esfuerzos para conocer las auténticas apreciaciones

de quien lo emitió, el redactado sin ambigüedades, de manera que de él brote diáfanamente una definición sobre el caso planteado.

2. Al tratar la causal tercera de casación, "cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio", la jurisprudencia ha definido su naturaleza teniendo como contradictoria la proposición que simultáneamente afirma y niega un mismo hecho, principal o accesorio, referido a la responsabilidad del actor. En tal eventualidad es forzosa la convocatoria de un nuevo jurado, según el numeral 2º del artículo 583 del estatuto procesal, porque el funcionario encargado del fallo no está en condiciones de resolverse, ni lógica ni jurídicamente, por cualquiera de las dos posiciones recíprocamente excluyentes. También ha expresado que una antítesis tan evidente destruye la veredicción, al quitarle su fuerza interior de convencimiento y su exterioridad de definición, en lucha inconciliable contra la realidad normativa, aunque sí pueda superarse en el ámbito puramente conceptual. Destrucción que equivale a la falta absoluta de esta pieza principal, y es así como veredicto contradictorio equivale a veredicto inexistente.

3. Sin embargo, la invalidez de éste para fundar correctamente el fallo, puede derivar no sólo de los antagonismos relacionados sino de factores o aspectos distintos, hasta ahora no examinados por la jurisprudencia como motivos de casación, pero que desembocan inexorablemente en iguales extremos de perplejidad, bien porque la respuesta del jurado sea tan oscura que pierda toda significación, o porque se refiera a circunstancias no contempladas en la ley, o porque condicione la responsabilidad a cualquier razón conocida o no dentro del proceso, o por cuestiones análogas. Si se apela a un requisito para que valga la respuesta afirmativa o negativa, cualquiera de las dos carece de consistencia, máxime si dicha estipulación se refiere a problemas psicológicos del procesado que no encuentran respaldo como justificantes ni como excluyentes de la culpabilidad, ni siquiera para exonerar la responsabilidad o eximir de la pena, o reducirla. Un veredicto así emitido no sólo no es susceptible de interpretación adecuada, sino que se destruye, tanto como si contuviera enunciaciones incompatibles, o como si fuera ambiguo, pues en definitiva no afirma ni niega, sino que transfiere cualquiera de estas dos soluciones a hipótesis que bien pueden tener sustento real pero sobre las cuales no es posible proferir sentencia, precisamente debido a su indefinición insuperable. En otros términos, es forzoso admitir que el veredicto condicionado equivale igualmente a veredicto inexistente, y que, para los efectos de la causal tercera de casación, es como si estuviera afectado por declaraciones contradictorias que le quitan la entereza determinante del fallo.

4. Si el veredicto expresa, como en el caso sometido a estudio, que "si (sic) es responsable obr (sic) por miedo ocasionado por hechos anteriores", en realidad el jurado no ha producido un veredicto francamente absolutorio o condenatorio, sino que ha condicionado la responsabilidad a la entidad y fuerza, tanto de carácter objetivo como subjetivo, de hechos anteriores que pudieron ocasionar en el procesado el miedo que le impulsó a obrar y sobre el cual se le ilustró largamente en el debate público. El jurado, en la primera parte de la veredicción, no declaró enfáticamente la responsabilidad. No usó el adverbio afirmativo "sí", con tilde, con el cual la hubiera afirmado sin duda ninguna, sino la conjunción "si", prescindiendo de aquel signo ortográfico, "con que se denota la condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros" *(Diccionario de la Lengua Española,* de la Real Academia), es decir, como conjunción dubitativa, que "implica o denota duda" (ibídem). De este modo las expresiones u oraciones condicionadas no pueden tomarse como veredicto, porque en el fondo equivalen a no definir nada acerca de la responsabilidad penal.

5. Cualquier criterio de interpretación acerca de los términos de este veredicto sería aventurado y hasta arbitrario, pues las actas de la audiencia informan que el jurado no quiso afirmar simplemente la responsabilidad del procesado, ya que eso no estuvo en la mente de la mayoría de sus integrantes. En efecto, uno de ellos, el que aparece como disidente al estampar: "en mi concepto el veredicto debió ser 'sí es responsable' ", indica que ese no fue el pensamiento de los otros miembros. De otro lado, el Tribunal de conciencia tampoco quiso aceptar la tajante tesis de la acusación a cargo del Ministerio Público, porque si esa hubiera sido su intención, no hubiera agregado, por superflua, la segunda parte.

6. Como consecuencia de las anteriores observaciones lo indicado es declarar que en el caso de autos el veredicto es inexistente y que prospera la causal tercera de casación invocada, por lo cual habrá de disponerse la convocatoria de un nuevo jurado en las condiciones del numeral 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo.

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, *casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente, y en su lugar dispone la convocatoria de un nuevo jurado a fin de que resuelva la situación jurídica del procesado Juan Bautista Sánchez, o Jesús Segura Prado, o Jesús Sánchez Estrella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION. — CAUSAL 1ª

Violación directa e indirecta de la ley sustancial. — Error de hecho y de derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo).

Aprobado: Acta número 26 de junio 28 de 1973.

Vistos:

Se halla acusada en casación la sentencia de 4 de octubre de 1972, mediante la cual el *Tribunal Superior del Distrito Judicial* de Ibagué, confirmando la de primer grado, condenó a *Luis Eduardo Suárez Terreros* a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de falsedad en documentos privados agravado por el uso, en perjuicio de intereses de *Tomás Sánchez Sánchez.*

Los hechos.

Los resume el juzgador de segunda instancia, ciñéndose a las constancias procesales, así:

«*Tomás Sánchez,* el 10 de agosto de 1970, formuló denuncia criminal ante el Juez Noveno de Instrucción Criminal, diciendo que el día 11 de mayo de 1970, en las horas de la tarde, llegó hasta su casa de habitación, situada en el perímetro urbano de la población de Lérida, Luis Eduardo Suárez Terreros, antiguo conocido suyo, quien, después de saludarlo de manera muy cordial y de referirle pasajes de su vida y los proyectos que abrigaba —entre ellos el de vincularse de nuevo a la región— le ofreció voluntariamente, en préstamo, la suma de quinientos pesos "para que no aguantara hambre —es su expresión—, y yo le manifesté que le agradecía la buena voluntad, diciéndome luego que esos quinientos pesos se los pasara a su hermana Bertha Suárez y se los pagara como quisiera ella, pero que ojalá fuera en diciembre. Luego me dijo que como de pronto yo me podía morir le firmara una letra a favor de su hermana Bertha Suárez; yo viendo la amabilidad y la confianza que me estaba despertando Suárez, le manifesté que sí, que yo le firmaba la letra con mucho gusto a favor de Bertha. Suárez leyó por tres veces en presencia de mi hermana de nombre Isabel o Chavita la letra, pues decía Luis Eduardo que iba a leer la letra, lo que repitió por tres veces así: 'Lérida, mayo 11 de 1970. Por $ 500. Tomás Sánchez Sánchez el día 30 de diciembre de 1970 pagará en Lérida a la orden de Bertha Suárez $ 500 sin intereses'. Luego me dijo firme aquí don Tomás y me cogió la mano y me entregó un esfero y me lo puso en la mano encima de un papel que Suárez decía esta es la letra, firme derechito, yo repito, estampé mi firma creyendo que lo que estaba haciendo por la suma de $ 500 y a favor de Bertha Suárez. Cuando Suárez me entregó los $ 500 que me prestaba estuvo presente también en el comedor mi hermana Isabel, pues ella vio cuando Suárez me entregó cinco billetes de cien pesos y yo los conté con los dedos y me los eché al bolsillo de la piyama. Pues por ser ciego, pues no veo, verdaderamente, no puedo decir que vi los cinco billetes de cien, los que sí pudo ver mi hermana que se encontraba ahí con nosotros en el comedor". Agrega el denunciante que Suárez Terreros le ofreció un chivo, de dos que le había obsequiado Pablo Díaz, el que le llevó al día siguiente (12 de mayo por la noche) y que fue sacrificado el 14 del mismo mes; y, para terminar, afirma que Manuel Romero, quien fue comisionado para obtener en la Oficina de Registro de Armero un certificado de tradición, le hizo saber que sus bienes se hallaban embargados por Eduardo Suárez Terreros, por un crédito de qui-

nientos mil pesos ($ 500.000) representado en una letra de cambio, lo cual le sorprendió "ya que a este señor cuando estuvo en mi casa yo no le firmé letra alguna o documento por tan escandalosa suma", considerando por tal razón que el ejecutante tuvo que valerse para ello del instrumento que suscribió para garantizar el préstamo de quinientos pesos. Informa que el año de 1954 ó 1955 adquirió por compra que hizo a Luis Eduardo Suárez un jeep que éste mismo le enseñó a manejar pues aún no estaba ciego del todo; que hacía 10 años que no tenía trato de ninguna especie con el sindicado; que concurrió al Juzgado Civil del Circuito de Armero, en donde le fue notificado el mandamiento de pago por la suma referenciada y que su hija María Luz Sánchez de Nazir tuvo conocimiento por boca del doctor Fabio Castro Gil, apoderado del ejecutante, que la suma a que aludía la obligación había sido dinero prestado por el nombrado Suárez Terreros al denunciante».

Actuación procesal.

El 11 de agosto de 1970 el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal inició investigación penal contra Luis Eduardo Suárez.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armero, mediante auto de 20 de febrero de 1971, llamó al procesado a juicio por el delito de falsedad, "consistente en haber alterado una letra de cambio —instrumento negociable— en perjuicio de los intereses de Sánchez Sánchez", y por el de estafa, con los agravantes contemplados en el numeral 7º del artículo 37 y en el 410 del Código Penal.

Revisado este auto de vocación a juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, por vía de apelación, lo reformó en el sentido de revocar los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva y lo confirmó en lo demás.

El Juzgado Superior de Honda, en sentencia de 25 de mayo de 1972, condenó al encausado a la pena principal de tres años de presidio por el delito de falsedad. Apelada esta providencia, fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior en fallo de 4 de octubre de 1972, que es el recurrido en casación.

La demanda de casación.

Estima la Sala que los siguientes apartes del concepto del Procurador Segundo Delegado Penal —encargado— contiene una cabal y acertada síntesis de la acusación y por ello carece de objeto presentar un nuevo compendio de la misma:

"El apoderado después de extensa presentación de los hechos, invoca contra la sentencia de segunda instancia la causal primera de casación contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, anotando que la letra de cambio suscrita por Tomás Sánchez es un instrumento negociable expedido en legal forma y que reúne las exigencias previstas en el artículo 5º de la Ley 46 de 1923 y está amparado por la presunción de legalidad contemplada en el artículo 26 del mismo estatuto.

" 'La errónea apreciación que el honorable Tribunal Superior hizo de las normas legales anteriormente citadas que protegen los instrumentos negociables significó *violación directa de la ley sustantiva* por indebida aplicación de la misma' " (subraya la Procuraduría).

"En orden a sostener la impugnación se hace un extenso alegato que parte del estudio de la obligación contraída entre las partes en el instrumento negociable, la capacidad legal de Tomás Sánchez, causa lícita de la obligación y la inexistencia de la causal de nulidad contemplada en el artículo 1740 del Código Civil.

"Cita varias normas del Código Civil y la Ley 46 de 1923 para demostrar la validez del acto o contrato contenido en la letra de cambio y disposiciones del Código de Comercio. Se refiere luego a algunos testimonios y a un dictamen pericial para concluir que el procesado 'no cometió ningún delito de falsedad con la letra de cambio'.

"Enunció las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal Superior para deducir la responsabilidad penal del procesado y las analizó con cita de eminentes tratadistas y de la honorable Corte Suprema de Justicia.

"En la parte final de la demanda presenta el actor un 'resumen y alcance de la impugnación contra la sentencia' en los siguientes términos:

"El honorable Tribunal sentenciador incurrió en errónea apreciación de las siguientes pruebas, lo que implica que por error de derecho aplicó indebidamente la ley sustantiva. El título de violación de la ley es violación indirecta (inciso 2º del artículo 580, causal 1ª de casación del Código de Procedimiento Penal).

"A) El honorable Tribunal sentenciador apreció o dejó de apreciar que el señor Tomás Sánchez había firmado una escritura contentiva de un gravamen hipotecario a favor del señor doctor Manuel Sánchez Rodríguez el día 15 de abril

de 1970, ante el señor Notario de Armero. Que dicho gravamen hipotecario era por cien mil pesos. No tuvo en cuenta el honorable Tribunal Superior que si la ceguera hubiera sido total por esa época, tampoco hubiera firmado la letra de quinientos mil pesos ($ 500.000) a favor de Luis Eduardo Suárez Terreros. Le faltó al honorable Tribunal apreciar esta prueba;

"B) El honorable Tribunal Superior omitió tener en cuenta que dada la solvencia económica del señor Tomás Sánchez era un imposible moral y jurídico que estuviera implorando que se le prestara la suma de quinientos pesos para comer, préstamo que dizque le hizo Luis Eduardo Suárez Terreros. Faltó al honorable Tribunal apreciar esta prueba;

"C) El honorable Tribunal Superior no tuvo en cuenta que el día 4 de septiembre de 1970, el señor Tomás Sánchez Sánchez firmó una letra por siete mil pesos ($ 7.000) con la misma firma que aparece en la letra de quinientos mil pesos ($ 500.000), y en la escritura de constitución del gravamen hipotecario de una de sus fincas. Con esta prueba no tenida en cuenta por el honorable Tribunal se le da una invalidación objetiva al dictamen de la Oficina Central de Medicina Legal que afirma que el señor Tomás Sánchez Sánchez padece de ceguera total. ¿Si padece de ceguera total, cómo firmó un instrumento negociable el día 4 de septiembre de 1970, y una escritura ante el Notario de Armero el día 15 de abril de 1970? Le faltó al Tribunal apreciar el valor de esta prueba, motivo por el cual por errónea apreciación o falta de apreciación de esta prueba incurrió en aplicación indebida de la ley sustancial, esto es, de los artículos 240, 242 y 231 del Código Penal;

"D) Apreció erróneamente el honorable Tribunal Superior el hecho de que el denunciante señor Tomás Sánchez Sánchez no era un testigo digno de credibilidad por ser interesado en el resultado de la investigación, razón por la cual su dicho no podía tenerse en cuenta para los efectos de la aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal donde se exige la plena prueba y completa de la infracción. Errónea apreciación de este testimonio que condujo al honorable Tribunal sentenciador a aplicar indebidamente la ley sustancial;

"F) El honorable Tribunal valoró erróneamente el testimonio de la señorita Isabel Sánchez Sánchez, la que por ser testigo único, no podía servir de base para dictar sentencia condenatoria, ya que no está respaldado por otro medio de prueba. Errónea apreciación de esta declaración por parte del honorable Tribunal, factor que condujo a aplicar en forma indebida la ley sustantiva. Clase de violación indirecta de los artículos 242, 240 y 238 del Código Penal;

"G) El honorable Tribunal sentenciador no apreció en forma el testimonio del doctor Lisímaco Suárez Reyes, a folio 83 del expediente donde puntualiza que Tomás Sánchez Sánchez era amigo de firmar letras y de hacer 'triquiñuelas' en el mundo de los negocios. La falta de apreciación de este testimonio condujo al honorable Tribunal a omitir los antecedentes del denunciante en cuanto a su habitualidad en firmar letras de cambio y que hizo posible por falta de haber tenido en cuenta tal declaración que Sánchez no era posible que hubiera firmado la letra materia del proceso;

"H) Por último, no tuvo en cuenta el Tribunal que la letra de cambio obrante en el proceso estaba amparada por la presunción de legalidad consagrada en la Ley 46 de 1923, vigente para la época de la firma de la letra de cambio, lo que implica que era ley preexistente a la vigencia de la mencionada firma del instrumento, reuniéndose por tal motivo los requisitos del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Por falta y por errónea apreciación de las pruebas cuyo resumen hago en la demanda en las páginas 30 y 31, el honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente la ley sustantiva en sus artículos 231, 240 y 242 del Código Penal. Y esa falta de apreciación de tales pruebas condujo al fallador ad quem a dar por establecido el hecho de que las pruebas exigidas por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal estaban recaudadas, lo que implica una falta de detenida valoración de las pruebas existentes en el proceso que quebrantan las normas del derecho procesal penal que exige un detenido y cuidadoso análisis de las pruebas allegadas al informativo para establecer si las normas de procedimiento pueden ser legalmente aplicadas.

"El título de violación de la ley sustancial consiste en que el honorable Tribunal sentenciador por falta de apreciación y por errónea apreciación de las pruebas obrantes dentro del proceso aplicó indebidamente la ley sustancial en sus artículos 231, 240 y 242 del Código Penal. La violación invocada tiene el carácter de violación indirecta de la ley sustantiva de conformidad con el ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto del Procurador.

El Procurador analiza atenta y minuciosamente el contenido de la demanda y concluye que no está llamada a prosperar. Y consecuente con tal criterio "solicita a la honorable Sala de Casación Penal desechar el recurso de casación interpuesto a nombre de Luis Eduardo Suárez Terreros contra la sentencia de que se ha hecho mérito en el presente concepto".

Alegato de la parte civil.

El apoderado de la parte civil, luego de hacer un examen jurídico de la demanda, concluye así: "no parece necesario ahondar en la crítica de la demanda, ni menos insistir en la demostración de que el Tribunal, con pruebas valederas, falló conforme a derecho, siendo suficiente lo dicho para pedir, con todo respeto, se *deseche* el recurso de *casación* en este negocio".

Se considera:

"Cumple recordar que, conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal —única invocada por el actor—, el quebranto de la ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa) o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

"La violación indirecta de la ley se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal 1º del citado artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

"A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se apliçó de no haber mediado esa clase de error.

"Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es un grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación". (Casación de 23 de mayo de 1972).

De ahí, pues, que en el caso *sub judice,* el demandante irrespeta y controvierte el principio de contradicción, al decir que "la errónea apreciación que el honorable Tribunal sentenciador hizo de las normas legales anteriormente citadas que protegen los instrumentos negociables significó violación directa de la ley sustantiva por indebida aplicación de la misma", y que "el honorable Tribunal sentenciador incurrió en errónea apreciación de las siguientes pruebas lo

que implica que por error de derecho aplicó indebidamente la ley sustantiva", violando ésta indirectamente. Y es que tal planteamiento es contradictorio, porque cuando se impugna una sentencia por violación directa de la ley, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho del fallo y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten precisamente las premisas fácticas del fallo o se hace una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la sentencia recurrida.

Por otra parte, como dice acertadamente el Procurador, al aducir el actor la violación directa de la ley, "pretende demostrar mediante un largo y dispendioso análisis, de naturaleza esencialmente civil, la validez de la obligación contraída por Sánchez Sánchez y en un típico alegato de instancia lleva el debate a un nuevo estudio probatorio, desconociendo que quien aduce la violación directa no impugna la prueba y, por el contrario, debe aceptar los hechos tal como están reconocidos en el fallo, radicando la discrepancia con el sentenciador en lo relativo a la norma aplicada al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

"De manera que la violación directa de la ley alegada carece de correcta formulación y adecuada fundamentación de la causal. No se halla en el libelo el señalamiento de las normas penales que se estiman violadas, el concepto de esa violación y la demostración separada de cada uno de los cargos que establezca en forma clara los yerros del fallador".

A la verdad, el demandante no ensaya demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde al motivo previsto en el inciso primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situado de tal guisa el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente.

En la parte final de la demanda, aportándose una mayor imprecisión sobre los reparos que se hacen a la sentencia —como observa atinadamente el agente del Ministerio Público—, se dice que la violación es indirecta al incurrirse en "errónea apreciación" de varias pruebas, "lo que implica que por error de derecho aplicó indebidamente la ley sustantiva".

A este propósito cumple tener en cuenta que, como lo ha dicho reiteradamente esta corporación, alegar en casación error de derecho en el proceso valorativo de la prueba —como lo hace el recurrente— equivale a enjuiciar la estimación que de ésta ha hecho el fallo impugnado, frente a los textos legales que consagran y rectoran los medios probatorios. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con el error de hecho, el juzgador, lejos de ignorar un determinado medio de convicción, lo aprecia, pero asignándole un valor que la ley procedimental no le reconoce, o negándole el que la misma le concede. Se comprende de este modo por qué toda violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error de derecho en la apreciación de la prueba, implica necesariamente el quebranto intermedio del precepto legal sobre valoración probatoria.

Y en el caso en estudio no se ha demostrado en modo alguno el quebranto intermedio del precepto legal sobre valoración probatoria, porque ni siquiera se citan los artículos del Código de Procedimiento Penal que podrían haber sido violados.

De suerte que el actor no demuestra, como lo requiere el apartado 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que en la sentencia acusada se haya incurrido, en la evaluación del caudal probatorio, en error de derecho que hubiera conducido a la violación indirecta de la ley penal sustancial, por lo cual el motivo de casación aquí alegado no puede prosperar.

Además, como apunta el Procurador, "apreciar" y "dejar de apreciar" son términos excluyentes que no pueden predicarse respecto de un mismo hecho. Otro tanto ocurre cuando el demandante habla de "errónea apreciación o falta de apreciación", incurriendo en la misma contradicción.

"Finalmente —observa el Ministerio Público— el actor afirma que no tuvo en cuenta el Tribunal Superior que la letra de cambio obrante en el proceso estaba amparada por la presunción de legalidad consagrada en la Ley 46 de 1923. Gran parte de la demanda se utilizó para plantear otra vez el debate probatorio sobre la legalidad de la conducta del sindicado, argumentándose sobre la capacidad de las partes, la causa lícita —que fue hecho ampliamente debatido dentro de la investigación penal— y la presunción de legalidad comentada, con análisis de testimonios y estudio de la prueba, que demuestra que lo que pretende el recurrente es volver a debatir todo el proceso, para convertir a la Corte

—Sala de Casación Penal— en un Tribunal de tercera instancia.

"De otra parte la presunción de legalidad que ampara los instrumentos negociables y que se alega, apenas fue un enunciado en la demanda, sin que se sepa en qué forma se infringió ese principio ni qué importancia tenga frente a una investigación sobre falsedad que tiende, precisamente, o a desvirtuar la presunción con base en las pruebas aportadas, o a acordarle la legalidad al instrumento negociable, cuando la presunción no fue desvirtuada por pruebas de igual o superior entidad".

Surge de lo anterior que ha de procederse conforme a lo ordenado en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO CULPOSO

Cuando el funcionario ha dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal y desaparece alguno de esos objetos o documentos, tal hecho no constituye peculado culposo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal,—Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 26 de 28 de junio de 1973.

Vistos:

En fallo del 26 de febrero del año en curso, apelado por el agente del Ministerio Público y el defensor del procesado, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial* de Buga condenó a *Einer Alfonso Arce,* con cédula de ciudadanía número 6182862, como responsable del delito de peculado culposo descrito en el artículo 154 del Código Penal, a la privación del cargo que desempeña (Juez Penal Municipal de Zarzal) y al pago de los perjuicios civiles ocasionados con la infracción.

Cumplidos los trámites legales, corresponde decidir del recurso, habiéndose oído al Procurador Primero Delegado en lo Penal y al defensor del procesado. El primero pide que se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida y el segundo demanda la absolución. Las razones de uno y otro se extractarán adelante.

El fallo se dictó sobre la base del auto de proceder de 25 de julio de 1972, en el cual se examinaron los hechos atribuidos al sindicado, y tuvo en cuenta además diligencias practicadas en el plenario y las alegaciones hechas por las partes en la audiencia pública.

Resulta de autos que Einer Alfonso Arce, cuyo carácter de Juez Penal Municipal de Zarzal está debidamente acreditado, lo mismo que el ejercicio de sus funciones, recibió del Comando de la Policía de dicho lugar, juntamente con los detenidos Héctor Tabares Castro y Guillermo Orozco, la suma de seiscientos treinta pesos y veintiocho pesos pertenecientes al uno y al otro, respectivamente. A los mencionados sujetos se les sindicaba del delito de circulación de moneda falsa, hecho que después fue comprobado. El Juez depositó el dinero en el escritorio del secretario del despacho, donde permaneció durante casi treinta días, esto es, desde el 7 de septiembre de 1970, fecha en que lo recibió, hasta que se notó su desaparecimiento, o sea el 6 de octubre siguiente en que, según se estableció, se evadieron algunos antisociales de la cárcel y se sustrajeron dicho dinero lo mismo que otros objetos del Juzgado, pues el camino entre la cárcel y la calle era precisamente la oficina del Juez Penal Municipal.

Cuando Tabares Castro y Guillermo Orozco recobraron su libertad, reclamaron el dinero que les había sido decomisado pero el Juez sólo pudo entregarles cincuenta pesos y eso teniendo en cuenta la precaria situación en que se encontraban los presos.

El auto de proceder contiene estas observaciones que sirvieron de fundamento para admitir la acriminación por peculado culposo:

"Ninguna duda cabe respecto a la pérdida en el Juzgado Penal Municipal de Zarzal de seiscientos once pesos ($ 611) de los seiscientos sesenta y uno decomisados a Héctor Tabares Castro y Guillermo Orozco cuando se los capturó el 6 de septiembre de 1970 por presumirse que atentaban contra la fe pública. Ese dinero, entregado al Juzgado por el Comando de Policía del lugar con el informe que puso a su disposición los aprehendidos, permaneció en el escritorio del secretario del despacho no obstante la in-

seguridad del local y aún del mismo mueble por casi treinta días, o sea, desde el 7 de septiembre de 1970 hasta el momento en que de allí lo retiraron los antisociales evadidos, no pudiéndose menos que deducir ostensible negligencia en su guarda imputable a quien entonces desempeñaba las funciones de Juez, pues si deliberadamente no lo entregó estimando que provenía de la comisión de un pretenso delito, aunque de paso se observa la poca firmeza de esa alegada convicción habida cuenta que ya había devuelto parte del dinero, de todos modos omitió asegurar el resto mediante el secuestro ordenado en el artículo 316 del Código Procesal Penal entonces vigente. Es de advertir que la disculpa aducida para omitir dicho diligenciamiento no es de recibo, pues si se pretendía someter los billetes decomisados al examen de peritos para ver de determinar su legitimidad o falsedad lo cierto es que ese diligenciamiento no se estorbaba por el hecho de entregar el objeto de análisis a persona de reconocida honorablididad para que lo guardara conservando su estado, sino que antes bien ello facilitaría la experticia invistiéndola de mayor valor desde el momento en que alguien guardaba los billetes impidiendo su pérdida o confusión.

"Tampoco es argumento válido la alegada ignorancia del aludido trámite por el incriminado, pues de sus manifestaciones se desprende que era funcionario con suficiente experiencia en el desempeño del cargo y, mayormente, porque si de los particulares no cabe predicar el desconocimiento de la ley como excusa mucho menos será admisible tratándose de quien por tenerla que aplicar debe conocer no sólo su texto literal sino las implicaciones doctrinales y prácticas".

En la vista pública de la causa se oyeron razones concordantes con las expuestas por el defensor en esa segunda instancia, de manera que su planteamiento se hará conforme el alegato de conclusión.

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, para concluir que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria contra el Juez acusado y para sostener que la sanción impuesta es correcta, dice:

"Está plenamente acreditado en autos que en el Juzgado Penal Municipal de Zarzal, a cargo del doctor Einer Alfonso Arce, se presentó un robo el día 6 de octubre de 1970. Entre los objetos sustraídos por los antisociales está la suma de $ 611, decomisada a los sindicados Héctor Tabares y Guillermo Orozco cuando fueron capturados el 6 de septiembre de 1970, acusados de circulación de moneda falsa o alterada.

"Según el Tribunal Superior, el procesado ha debido consignar los dineros en los lugares señalados por la ley y no haber permitido que permanecieran en el escritorio del secretario del despacho, no obstante la inseguridad del local, circunstancias estas que revelan una ostensible negligencia de su guarda, imputable al doctor Einer Alfonso Arce, titular del despacho, '... pues si deliberadamente no lo entregó estimando que provenía de la comisión de un pretenso, aunque de paso se observa la poca firmeza de esa alegada convicción habida cuenta que ya había devuelto parte del dinero, de todos modos omitió asegurar el resto mediante el secuestro ordenado en el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente. Es de advertir que la disculpa aducida para omitir dicho diligenciamiento no es de recibo, pues si se pretendía someter los billetes decomisados al examen de peritos para ver de determinar su legitimidad o falsedad, lo cierto es que ese diligenciamiento no se estorbaba por el hecho de entregar el objeto de análisis a persona de reconocida honorabilidad para que lo guardara conservando su estado, sino que antes bien eso facilitaría la experticia invistiéndola de mayor valor desde el momento que el alguien guardaba los billetes impidiendo su pérdida o confusión' (Fl. 160).

"Las anteriores consideraciones reflejan con exactitud la realidad procesal, demostración palmaria de que el doctor Einer Alfonso Arce es responsable del delito de peculado culposo, que define y sanciona el artículo 154 del Código Penal, ya que su conducta omisiva respecto a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal, configura el fenómeno jurídico de la culpa, con relación al dinero extraviado o perdido.

"Se debe tener en cuenta que dicho dinero estuvo a disposición del Juez procesado casi un mes de iniciada la investigación sobre falsificación de moneda falsa o adulterada y no cumplió dentro de su instrucción los preceptos del artículo 314 del anterior Código de Procedimiento Penal (hoy Art. 347) que dice: 'cuando se investigaren infracciones consistentes en falsificación o suplantación de cartas, papeles o de cualquiera otras cosas, se reconocerán por el funcionario los papeles o cosas objetos de la infracción, los cuales se agregarán al expediente si fuere posible.

" 'Del documento que se agregue al expediente en comprobación del cuerpo del delito, se compulsará siempre una copia por el secretario del funcionario instructor, la cual se guardará cuidadosamente en el archivo para que en caso de pérdida del original supla su falta y obre sus efectos'.

"Mientras se cumplía con este requisito legal, o sea, el reconocimiento del dinero con la intervención de peritos, es lógico que no podía ser consignado en la Caja Agraria, pero la tardanza en realizarlo y no tomar las medidas prudentes indispensables para la seguridad del mismo, en vista de la inestabilidad del local en donde funcionaba el Juzgado, lo hacen responsable del delito culposo de peculado por su negligencia inexcusable, descuido y violación de las normas pertinentes respecto del destino que se le deben dar a los dineros y demás objetos provenientes de la comisión de un delito.

"Además, si el dinero no formaba parte del sumario como lo dispone el artículo 316 del antiguo Código de Procedimiento Penal (hoy Art. 350), ha debido cumplir con lo establecido en el artículo 30 del mismo Código (hoy Art. 349) que ordena: 'el dueño, el poseedor o tenedor legítimo de las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban confiscarse, podrá demandar su restitución ante el juez o funcionario de instrucción. Comprobada propiedad, posesión o tenencia legítima por el demandante, el juez o funcionario, salvo lo prescrito en el artículo 316 decretará la entrega, previo avalúo de las cosas cuya restitución se ordena' ".

Razones de la defensa.

Criticando el concepto del agente del Ministerio Público y apartándose de las consideraciones del Tribunal, el defensor del procesado en esta segunda instancia sostiene que el Juez Arce no obró culposamente al permitir que el secretario del despacho, a quien confió el dinero, lo guardara en una gaveta de su escritorio, pues es esa una misión que la costumbre deja a cargo de dicho subalterno. Además, el hecho de no haber cumplido con el deber de entregar el dinero cuando lo reclamaron los procesados "tampoco puede originar responsabilidad a título de culpa, ya que no se había comprobado la propiedad, posesión o tenencia legítima de esos dineros", fuera de que los interesados sólo pidieron la devolución en dos ocasiones y sin las formalidades legales.

Luego agrega:

"Pero el argumento de más peso radica en el hecho de que el Juez Arce dejó el dinero a pesar de la inseguridad del local en donde funcionaba el Juzgado. Al menos así lo dan a entender tanto el señor Procurador Delegado, como el Tribunal en primera instancia.

"Ocurre, en verdad, señores Magistrados que esa intervención de terceros y ese aprovechamiento de las circunstancias de inseguridad del Juzgado por parte de los empleados de la cárcel, no podía ser prevista por persona alguna, o al menos no podía serlo en las circunstancias ordinarias. ¿Cómo podía prever Arce que dos individuos se fugarían de la cárcel, que los empleados encargados de custodiarlos no pondrían el cuidado del caso y que, antes de consumar la evasión, se introducirían en su despacho?

"No existe, por último, señores Magistrados, la relación causal que debe existir entre el acto que se califica de culposo y el resultado.

"En el caso sub judice se produjo por el descuido de los guardianes que permitieron, ellos sí, la evasión de los delincuentes y se produjo también por el inaudito descuido de las autoridades administrativas que no dotan los despachos oficiales de las mínimas seguridades que estos deben tener. Si se predicara: Arce obró culposamente porque dejó los dineros en manos de su secretario y éste, a su vez, los dejó en su escritorio sin llave, en un local completamente inseguro, se podría también predicar lo siguiente: Arce es culpable, porque no solamente desapareció el dinero, sino otros bienes que él había dejado en sitio inseguro. Los dineros, los bienes, los sumarios, deberían quedarse en el sitio asignado para ello por el Estado y es esta persona jurídica la responsable de lo que ocurrió. (Me refiero a los dineros que no deban consignarse *o que no puedan consignarse)*".

Considera la Corte:

1. *Cuando ocurrió la pérdida de los dineros depositados en el Juzgado Penal Municipal de Zarzal,* (a cargo de Einer Alfonso Arce), *esto es, el 6 de octubre de 1970, regía el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, cuyo inciso primero decía: "cuando se investigaren infracciones consistentes en falsificación o suplantación de cartas, papeles o de cualquiera otras cosas, se reconocerán por el funcionario los papeles o cosas objeto de la infracción, los cuales se agregarán al expediente si fuere posible". Este texto*

fue brevemente modificado así por el artículo 347 del estatuto procesal hoy vigente: "cuando se investiguen infracciones consistentes en falsificación o falsedad en documentos, se reconocerán por el funcionario los objetos o escritos sobre los cuales hubieren recaído, y se agregarán al expediente si fuere posible".

2. *Tanto en la disposición anterior como en la actual se hizo referencia a dos clases de infracciones: la falsificación de objetos y la falsedad escrituraria. Los primeros son incuestionablemente las monedas, los papeles de crédito y otros valores, cuya tutela está prevista en los artículos 214 y siguientes del Código Penal, lo mismo que en los artículos 225 y siguientes, relacionados con sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales. Y en el otro grupo están expresamente mencionadas las actividades criminosas de los artículos 231 y siguientes. Aquellos, constituyen* objetos *susceptibles de alteración o falsificación. El segundo grupo contiene los escritos sobre los cuales recae la falsedad. Unos y otros deben ser reconocidos por el funcionario y agregados al expediente, si fuere posible. Y no sólo es posible sino conveniente para el adelanto de la investigación que esos objetos falsificados o esos escritos mentirosos permanezcan como parte del expediente, al menos mientras se obtiene la prueba legal para dictaminar su legitimidad o su fingimiento. Medida ésta que conviene a los intereses de la justicia en general, y a los de los particulares, ya que, según el caso, se ordenará la entrega a éstos o se secuestrarán según los artículos 349 y 350 de la obra citada.*

3. *El juez que cumple con esta obligación no sólo no viola la ley sino que está de acuerdo con ella y la ejecuta puntualmente. Puede que el lugar en donde se mantienen los expedientes con todos los objetos vinculados a ellos no ofrezca seguridad adecuada, pero por el hecho de tenerlos en su oficina el funcionario no incurre en culpa si se extravían o se pierden debido a sucesos, acontecimientos o conductas extraños. La culpa es siempre una conducta antijurídica, esto es, contraria a las previsiones legales, pero no puede existir cuando el juez se limita a cumplir lo que la misma ley le ordena.*

4. En el caso de autos esto fue lo que ocurrió. El Juez Einer Alfonso Arce recibió el dinero sospechado como falso y lo entregó al secretario para que hiciera parte de la investigación. No alcanzó a ser examinado pericialmente, pues la pérdida ocurrió sin el cumplimiento de esta prueba. No podía enviarlo a la Caja de Crédito Agrario o a un establecimiento similar, precisamente porque la Policía lo había considerado materia de una defraudación al Estado y en esas condiciones no sería recibido aún en el caso de que se hubiera llevado.

Significa lo anterior que no puede ser delictiva la conducta que la ley autoriza, y por eso habrá de revocarse la sentencia recurrida y en su lugar absolver al procesado.

Fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en contra del Juez Penal Municipal de Zarzal, Einer Alfonso Arce, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente, y en su lugar *absuelve* al procesado de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA CIVIL

Sociedad de hecho.—Acumulación de pretensiones.—Sentencia de 11 de enero de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario promovido por Ana Isabel Castro de Hernández y otra contra Isabel Aguiar de Castro y otra.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Reivindicación.—Sentencia de 16 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el juicio ordinario promovido por la "Sociedad Exportadora de Nariño Limitada" contra Tito Javier Mosquera Guzmán.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Técnica de casación.—Error de hecho.—Sentencia de 22 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por José Rosmiro (Emilio) Uribe contra Confecciones Primavera S. A.—Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel.

Responsabilidad civil extracontractual.—El error de hecho ha de ser evidente.—Sentencia de 22 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José Bernardo Sánchez contra la Fundación Aboad Shaio.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Filiación natural.—Técnica de casación.—Causal 1ª—Error de hecho.—Error de derecho.—Sentencia de 22 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por María Carmenza Valencia contra Francisco Sierra y otros.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

Filiación natural.—Perpetuatio jurisdictionis.—Sentencia de 24 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Marino Castrillón contra Heliodoro Castrillón Gutiérrez y otros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Reivindicación de un bien declarado vacante.—Sentencia de 29 de enero de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la corporación "Centro Israelita de Bogotá" contra el Distrito Especial de Bogotá y otro.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Filiación natural.—Error de hecho.—Sentencia de 1º de febrero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Francisco León Correa frente a los herederos de Hipólito (Polito) Londoño Mesa.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Simulación absoluta.—Legitimación en causa para demandar la simulación.—Prestaciones mutuas.—Sentencia de 6 de febrero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Blanca Lilia Hernández de Guzmán y otros contra Gerardo Olaya Amorocho y otros.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Queja.—Cuantía para recurrir en casación.—Providencia de 13 de febrero de 1973.—Concede el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el proceso ordinario de Víctor Arenas Sandoval y Lucía Mariño de Arenas contra Clara Sáenz de Morales, seguido ante el Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel.

Queja.—En el proceso especial de pertenencia no hay casación.—Providencia de 14 de febrero de 1973.—Considera bien denegado el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en el juicio de oposición de Jaime Sampedro Acevedo a la solicitud de adjudicación de Ramón Ruiz Sandoval, seguido ante el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural.—Reformatio in pejus.—Es menester atacar todos los soportes en que descansa el fallo recurrido.—Sentencia de 20 de febrero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Luis Ernesto Villanueva frente a los herederos de José María Benavides Guerrero.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Filiación natural.—Aplicación de la ley nueva sobre el estado civil.—El error de hecho ha de ser manifiesto.—Sentencia de 22 de febrero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de María de las Mercedes Benítez de Mejía frente a los sucesores de Alberto Martínez Villa.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Conflicto de competencia.—Juez competente cuando son varios los demandados.—Auto de 28 de febrero de 1973.—Es competente para conocer de este proceso el Juzgado 2º Civil del Circuito de

Santa Marta, en el conflicto suscitado por el Juez 22 del Circuito de Bogotá, ordinario de Antonio Mendoza y otros contra Ana Sánchez de Dávila y otros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural.—El Ministerio Público no es siempre parte en estos juicios.—Posesión notoria.—Sentencia de 8 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Alicia Mastrodoménico Cabrera contra Jaime Mastrodoménico Ballesteros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Simulación.—No tiene que ser personal la notificación del requerimiento a que se refiere el artículo 380 del Código Judicial.—El artículo 1766 es el fundamento de la simulación.—Sentencia de 8 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Marín Corrales contra Belarmino Llano Londoño y otros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural.—Casación: causal 5ª—Cuando se invoca posesión notoria, no es esencial demostrar la fecha de nacimiento.—Error de hecho y error de derecho en la apreciación probatoria.—Sentencia de 8 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Bárbara Cardona en representación de sus hijos menores contra Mario, Olga y Amparo Peláez Mejía.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Reivindicación de bien prometido permutar.—Mientras esté vigente el contrato de promesa no puede reivindicarse.—Sentencia de 9 de marzo de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Cadena Osorio frente a Marcelo Ruiz R.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Filiación natural.—Fallo de instancia.—Sentencia de 12 de marzo de 1973.—*Confirma* la proferida por el Juez Civil del Circuito de Espinal, en el juicio ordinario promovido por Erlinda Consuelo Galeano G. y otros contra Leonor Flórez v. de Galeano y otros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Alimentos.—Fuero especial.—Presupuestos de la acción alimentaria.—Sentencia de 12 de marzo de 1973.—En el proceso abreviado instaurado por Beatriz Tovar de Desvarieux frente a Jean Desvarieux.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

Nulidad de un juicio por falta de citación del demandado.—Sentencia de 14 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Ambrosio Parrado Méndez contra Víctor Rojas Ortega.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Desembargo nulo.—Técnica de casación: ha de acusarse la norma en que se basó la sentencia recurrida.—Endoso restrictivo.—Sentencia de 27 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio instaurado por Lázaro Arango Agudelo contra Antonio Londoño A. y otros.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Impugnación de la paternidad.—Técnica de casación.—Sentencia de 30 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Alaín Alberto Daza Roa frente a la menor Sonia Patricia Daza Acosta y otra.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Filiación natural.—Caducidad de los efectos patrimoniales de esta acción muerto el padre.—Sentencia de 2 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Rosa Emilia Zapata Toro, frente a los herederos de Heliodoro Areiza.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Transporte terrestre.—Caso fortuito.—Presunción de culpa del transportador.—Sentencia de 3 de abril de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S. A. (Cicolac), frente a Cooperativa Santandereana de Transportes Limitada (Copetrán).—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Sociedad.—Rescisión del contrato celebrado en fraude de acreedores.—Sentencia de 3 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Samuel Trujillo Acceta y otros contra la sociedad "Isaías Sánchez Góngora Limitada" y otros.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Nulidad del proceso ejecutivo.—Técnica de casación.—La materia propia del recurso de casación es la sentencia recurrida cual tema decidido ya, y no el litigio cual tema para decidir.—Sentencia de 6 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Ana Rivas Reyes frente a Juan de la Rosa Cuéllar.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Depósito.—En ausencia del presupuesto de capacidad para ser parte, la sentencia no puede ser sino inhibitoria.—Los actos de autoridad constituyen fuerza mayor.—Sentencia de 11 de abril

de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Mario Uribe Arango frente a Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. (Almacenar).—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Reivindicación.—Posesión y tenencia.—Sentencia de 12 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario promovido por Alfredo Maya Alzamora frente a Anselmo Lomanto.—Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

Queja.—Cuantía para recurrir en casación.—Auto de 25 de abril de 1973.—Declara bien denegado el recurso interpuesto por el demandante, ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Otto Romanoski contra Roberto Torres y Armando Alvarado.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballen.

Seguros.—Técnica de casación.—Causal 1ª—Sentencia de 27 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Pedro Peynado contra "Seguros Comerciales Bolívar S. A.".—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Separación de bienes.—Técnica de casación.—Requisitos para la infracción de norma sustancial.—La causal de separación de bienes o de divorcio se da al abandonar cualesquiera de los deberes indispensables para la vida matrimonial.—Sentencia de 9 de mayo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de separación de bienes promovido por Cenaida Becerra contra Ignacio Ismael Tobaría.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Rescisión por lesión enorme.—Nulidad por falta de citación.—Sentencia de 10 de mayo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Elvia Montoya Montoya frente a Angela Montoya Montoya.—Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

Queja.—Cuantía para recurrir en casación.—Auto de 10 de mayo de 1973.—Declara bien denegado el recurso, interpuesto por la demandante en el juicio de Alicia Badillo de Caballero contra la Compañía Nacional de Seguros Generales de Colombia.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Arrendamiento.—Incumplimiento del contrato.—Técnica de casación.—Sentencia de 15 de mayo de 1973.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Pedro Cuello Acosta frente a "Esso Colombiana S. A.".—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

No se aclara la sentencia de casación proferida en este proceso.—Auto de 17 de mayo de 1973.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Simulación absoluta.—Causal 5ª de casación.—Error de hecho.—Prestaciones mutuas.—Sentencia de 22 de mayo de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Dioselina Rubiano de Chaves y otra contra Alberto y Campo Elías Rubiano Vergara.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

Filiación natural.—Error de hecho en la prueba testimonial.—Sentencia de 12 de junio de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Stella Mora B. contra María Ana Canal v. de Barco y otra.—Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

Queja.—Recurso de casación "adhesiva".—Auto de 13 de junio de 1973.—Declara bien denegado el recurso interpuesto por la parte demandada, en el proceso ordinario de Antonio José Galvis frente a Anselmo Camacho y otro, seguido ante el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

Ejecución de la sentencia en proceso de alimentos.—Auto de 18 de junio de 1973.—Procede la Corte a decidir la solicitud de ejecución de la sentencia formulada por la parte demandante en este proceso de alimentos instaurado por Beatriz Tovar de Desvarieux, en su nombre y en el de su menor hija de Anne Desvarieux, frente a Jean Desvarieux.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

Filiación natural.—Error de hecho y error de derecho.—Las partidas del estado civil no puede expedirlas el Secretario de la Alcaldía.—Sentencia de 18 de junio de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Julio Roberto Cruz y otros frente a Simón Hernando Torres Barrera y otros.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Simulación.—Prueba de indicios.—Sentencia de 20 de junio de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Germán Eduardo Lozano Cardozo frente a Carlos Arturo Gil Quintero y otra.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SALA LABORAL

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de enero 18 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Liria Castaño de Sierra, en su propio nombre, y como representante legal de sus hijos menores, Fredy Martiniano, Adriana María y Claudia Patricia Sierra Castaño contra Luis y Ernesto Castaño y a "Expreso Campo Valdés Limitada".—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de enero 18 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Arturo Chavarro contra Eliécer Ramírez Ramos.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de enero 24 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Sanmiguel Arciniegas contra Mccan Erickson Corporation S. A.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de enero 31 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julián Bucheli Delgado contra la Clínica de Marly S. A.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 15 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Maz Contreras contra Clínica de Marly S. A.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 19 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Augusto Maya Trujillo contra Agustín Maya Campuzano.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 22 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Baranquilla en el juicio de Fernando Suárez Mejía contra Tejidos Unica S. A.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 22 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan B. Noriega Caicedo contra Shell Cóndor S. A.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 22 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Isabel Tenjo Guaneme, hoy de Rodríguez contra Neeltje (Nelly) Leeuweik de Weiland.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de febrero 28 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Klever Huertas contra Shell Cóndor S. A.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 1º de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Germán Silva Gómez contra la Fábrica de Cementos "Samper".—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 2 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Enrique Poveda García contra la empresa denominada "Consorcio de Cervecería Bavaria S. A.".—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de marzo 8 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ansures Alvarez contra el Municipio de Medellín.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 8 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de José Yance Celis contra Pasteurizadora Petuca Limitada.—Magistrado

ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de marzo 14 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Jesús M. Maldonado contra la sociedad "Servicios Boatel Limitada".—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 15 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Herrera contra Federico Díaz y Santiago Díaz G.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

Casación.—La Corte por sentencia de marzo 20 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de José Manuel Amaya Crespo contra Industria Licorera del Magdalena.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 22 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de César Augusto Rojas Bermúdez contra la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 23 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de David Vargas Bolívar contra la empresa "Puertos de Colombia" -"Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla".—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 23 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nicolás Cortés contra San Andrés Golf Club.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de marzo 29 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Roque Eduardo Manzano Fernández contra Laboratorios J. G. B., S. A. (antes Limitada), Ignacio Meléndez S. A., Armando Garcés Giraldo, Alvaro García Giraldo y Diego Garcés Giraldo.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 29 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Gabriel Jiménez Argüello contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de marzo 29 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Philip Hope Camphell Mofarlin contra la Unión Industrial y Astilleros de Barranquilla.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Opción entre pensión y cesantía.—La Corte por sentencia de marzo 30 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José Antonio Ruíz Bello contra Eduardo L. Gerlein & Compañía S. A.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

Indemnización moratoria.—La Corte por sentencia de abril 2 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Felipe Niño Caicedo contra la sociedad "Editorial El Siglo S. A.".—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de abril 6 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Rafael Pantoja Váldés contra la sociedad denominada "Casa Editorial El Tiempo Limitada".—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de abril 9 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Antonio Trujillo Cardona contra el Instituto de Crédito Territorial.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de abril 12 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cecilia Romero Ruiz contra Industrias de Pasteurización Limitada.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de abril 25 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Luis Ernesto Montaño Pérez contra la empresa Cervecería Bavaria S. A.— Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de abril 26 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Enrique Sarmiento Contreras contra Gaseosas Colombianas S. A.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 3 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Nicolás Sarmiento Peláez contra la Empresa de Vapores Julio Montes.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 4 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Guillermo Cubillos Rodríguez contra la Universidad la Gran Colombia.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 4 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jorge Rodríguez Armel contra Nepomuceno (Nepo) Ordóñez B.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 16 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de José Isario Moreno contra el Instituto de Fomento Industrial - IFI, sustituto del Banco de la República en la Concesión Salinas.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

Reintegro o indemnización.—La Corte por sentencia de mayo 16 de 1973, *casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Inés Aurora Sánchez de Charum contra la Industria Colombiana de Llantas "Icollantas S. A.".—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 17 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Rodríguez Guzmán contra Laboratorios Lafrancol S. A.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación.—(Técnica).—La Corte por sentencia de mayo 18 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan Bautista Carvajal Chaverra contra Germán Duque Pérez.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

Error de hecho.—La Corte por sentencia de junio 27 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Miguel Antonio Escorcia Orozco contra el Instituto Terapéutico Byal & Compañía Limitada.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

INDICE

SALA PLENA

Reglamento de la Corte Suprema de Justicia ..... página 7

SALA CIVIL

Págs.

Nulidad de testamento.—Litis consorte necesario.—Sentencia de 17 de enero de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Justino Sánchez y otros frente a algunos herederos de Daniel Isauro Sánchez. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga 21

Simulación.—Principio de prueba por escrito.—Sentencia de 16 de febrero de 1973.—Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Alicia Montoya de Arboleda y otro frente a "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A." representada por José Joaquín Castro Márquez.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo 24

Nulidad de promesa de permuta.—Causal 3ª de casación.—Prestaciones mutuas.—Retención: derecho restringido a los casos expresamente señalados en la ley.—Traslado: debe dejarse constancia secretarial.—Sentencia de 22 de febrero de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por "Willfort & Compañía Limitada" frente a Hernando Sarmiento Mahecha y otra.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 37

Deslinde.—Nulidades: principio de especificidad.—Nulidad por antiprocesalismo.—La falta de pronunciamiento sobre una excepción es inconsonancia y no nulidad.—Sentencia de 20 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Mercedes Maya Villegas contra Oscar Villegas Maya y otros.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 50

Perención.—Procede en el recurso de revisión.—Auto de 21 de marzo de 1973.—Declara terminado por perención el recurso de revisión propuesto por Leopoldo Pulido R. contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario de Teodisio Pulido Bulla contra Leopoldo y Rafael Pulido R.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 66

Nulidad de la venta de un automotor.—Presupuestos procesales, su indebida apreciación es acusable en casación por la causal primera.—Sentencia de 26 de marzo de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por José Vicente Quintero frente a Wbaldo Muñoz.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 68

Reivindicación.—Incongruencia.—Acción y excepción.—Acción y pretensión.—Prescripción adquisitiva y extintiva.—Sentencia de 27 de marzo de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario promovido por Fernando Durán Arciniegas frente a Eduardo Zapata.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 72

Filiación natural.—La nulidad por indebida representación sólo puede alegarla el indebidamente representado.—La Ley 75 de 1968 comenzó a regir el 1º de marzo de 1969.—Caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de filiación, muerto el padre.—Sentencia de 5 de abril de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por María Magdalena Rodrigo Ríos contra María Prieto, en calidad de heredera de José María Prieto Pérez.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga 82

Revalidación de papel.—Por falta de revalidación oportuna del papel común usado en la actuación se declara desierto el recurso de casación.—Auto de 7 de mayo de 1973.—La Corte *declara desierto* el recurso de casación

Págs.

interpuesto por Pedro y José Antonio Aycardi C. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper 87

Perención.—La perención no procede sino una vez notificada la demanda.—El recurso de revisión constituye un proceso nuevo.—Auto de 11 de mayo de 1973.—Revoca su propio auto proferido el 21 de marzo en el proceso de revisión propuesto por Leopoldo Pulido R. contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario de Teodisio Pulido Bulla contra Leopoldo y Rafael Pulido R.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 90

Recurso de aclaración.—El recurso de aclaración es eminentemente estricto y no puede referirse sino a los conceptos y frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.—Auto de 22 de mayo de 1973.—No accede a la aclaración solicitada en este proceso procedente Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo 92

Juego y apuesta.—Interrupción y suspensión del proceso civil.—Suspensión cuando los ilícitos se relacionan con los medios de prueba.—En el concurso del 5 y 6 hay apuesta y mandato.—Sentencia de 12 de junio de 1973. —*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Miguel Antonio Olarte Quiroga frente al Hipódromo de Techo S. A.—Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda 94

Nulidades.—Causales de nulidad del proceso ejecutivo.—Nulidad del remate como acto procesal o como acto civil. La falta de pago del impuesto de timbre no acarrea nulidad.— Sentencia de 13 de junio de 1973.—*Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Daniel Rodríguez Pedraza frente a Pablo J. Hernández Quiroz y Félix Movilla Dadul.— Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo 108

Reivindicación de mejoras.—Técnica de casación.—Error de hecho.—Interpretar la demanda es función del fallador de instancia.— Sentencia de 18 de junio de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por José Manuel Muñoz Ospina contra Eloísa Contreras de Sánchez.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper 115

Págs.

Reivindicación.—Embargo: distintas maneras de practicarlo.—Embargo de derechos herenciales.—Demanda: su inalterabilidad.—Sentencia de 22 de junio de 1973.—*No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido por Germán López Uribe, como heredero de Tomás López Lozano, contra Santos Barberena.—Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 123

SALA LABORAL

Accidente de trabajo.—El accidente de trabajo es un fenómeno típico del derecho laboral y toda indemnización correspondiente nace a la vida jurídica de las regulaciones que trae al respecto.—La Corte por sentencia de enero 24 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Bertha Emilia Muñoz de Noreña, en su propio nombre y como representante legal de sus hijos menores contra las Empresas Públicas de Medellín.— Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 137

Indemnización moratoria.—1º Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora.—2º Causal 1ª de casación.—Según el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, la primera causal o motivo de casación laboral es la violación de la ley sustancial, que ocurre por los conceptos de infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida.—La Corte por sentencia de enero 24 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Suárez Rueda contra la sociedad Fábrica de Grasas de San Andrés Limitada "Fagrasa".—Magistrado ponente, doctor Álejandro Córdoba Medina 141

Bonificación voluntaria.—El Código Sustantivo del Trabajo, según lo preceptúa el artículo 13, contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que no puede ser afectado o desconocido en forma alguna.—Pero sobre ese mínimo pueden los trabajadores obtener derechos y prestaciones en cuantía superior a la legal, o diferentes de los mismos, entre otros medios por concesión voluntaria del patrono, como que el derecho del trabajo es un derecho dinámico cuya finalidad inmediata es lograr el mejoramiento constante de la clase trabajadora.—La Corte por sentencia de fe-

Págs.

brero 1º de 1973 *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gabriel Arango contra Comestibles La Rosa S. A. y Distribuciones Grace y Compañía (Colombia) S. A. o Grace y Compañía (Colombia) S. A.— Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 150

Pensión de jubilación concedida en virtud de convención o pacto conciliatorio.—De acuerdo con el acta de conciliación y el documento firmado por el demandante, se le concedió la pensión a que tenía derecho, no pudiendo en consecuencia prosperar la petición sobre reconocimiento y pago de la pensión plena, en virtud del efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a la conciliación.—La Corte por sentencia de febrero 7 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Antonio López Bohórquez contra la Compañía Frutera de Sevilla.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar ... 156

Accidente de trabajo e incapacidad.—La incapacidad como consecuencia de la negativa del trabajador a recibir atención médica suministrada por el patrono e incapacidad derivada del accidente de trabajo en sí mismo considerado.—La Corte por sentencia de 7 de febrero de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio C. Niño contra la sociedad denominada "Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea Efa Limitada".—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 167

Prescripción.—Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.—El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.— La Corte por sentencia de febrero 8 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Raúl Vélez Angel contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 181

La administración pública y sus servidores.— El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus

Págs.

servicios.—La Corte por sentencia de febrero 12 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Cabarico Bautista contra la Nación - Ministerio de Minas y Petróleos y a la Caja Nacional de Previsión.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 185

Prescripción.—El Gerente General de un establecimiento público es el representante legal del mismo y que si recibió éste la notificación de la demanda, se cumplió estrictamente el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que es el aplicable al caso.—La Corte por sentencia de febrero 15 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Carlos Clemow Lavalle contra el Instituto de Crédito Territorial.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 190

Competencia para decidir el recurso de casación.—La competencia para decidir el recurso cobija toda la sentencia dentro de los límites señalados por el impugnador, intocable sin que sea dable al Tribunal limitar esa competencia.—La Corte por sentencia de 19 de febrero de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de María Lizcano de Illidge contra la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y el Hospital de San Juan de Dios de Santa Marta.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 196

Indemnización moratoria en el caso de los servidores oficiales.—El propósito del Decreto 2127 de 1945 como el del 797 de 1949, fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual.— La Corte por sentencia de febrero 19 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Porras Meneses contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 202

Pago por consignación.—(Consignación írrita).—El concepto de "írrito", aplicado a una consignación, no puede sacarse de una confrontación matemática, pues no existe un patrón o tabla que permita deducir objetivamente que a tanto debido, debe haberse de-

Págs.

positado tanto; el concepto de simple comparación matemática resulta demasiado subjetivo, para que por sí solo sirva de fundamento a una condena por indemnización moratoria.—La Corte por sentencia de febrero 23 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Anselmo Torres contra Luis Antonio Tovar Rodríguez.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 209

Prescripción.—Las mismas razones que movieron a la Sala a dar aplicación analógica al Código Judicial anterior en esta materia, la obligan a hacerlo respecto del nuevo régimen, con la salvedad de que como el artículo 32 invocado del Código Procesal del Trabajo, señala dos oportunidades procesales para presentar excepciones de fondo, la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, en cualquiera de ellas pueden alegarse o proponerse; pero ya no son admisibles fuera de las mismas.—La Corte por sentencia de marzo 1º de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Emiliano García Garzón contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 216

Indemnización moratoria.—Conviene agregar que el hecho de que el fallador no hubiese encontrado establecido el motivo que justificara la terminación del contrato por el trabajador y el de que la Sala no hubiese podido verificar este punto por técnica del recurso extraordinario constituyen cuestión diferente en sí misma y en sus consecuencias legales de la buena fe patronal, vale decir de sus razones atendibles para no cancelar los salarios y las prestaciones sociales ni a la terminación del contrato ni con posterioridad, en forma directa o mediante consignación.—La Corte por sentencia de marzo 6 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Néstor Ramírez Nieto contra la sociedad Ganem & Compañía.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 219

Indicio.—Lo que el casacionista efectúa es una inferencia, según la cual, como el trabajador al presentar la fotocopia de la citada carta no hizo salvedad alguna, hay que admitir que la recibió con la anticipación debida.—Pero de una parte, no existe error manifiesto en el juzgador cuando deja de tener en cuenta un indicio no necesario, pues es sabido que conforme a las reglas de la sana crítica, este medio probatorio sólo es fehaciente, a menos de tener el carácter dicho, cuando es plural, o sea constituido por varios indicios; cuando es preciso, es decir, con clara relación de causa a efecto, y cuando es convergente, lo que expresa que los varios indicios deben concurrir a establecer el hecho que pretende probarse.— La Corte por sentencia de marzo 8 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Saúl Mera Santos contra Cementos Diamante S. A.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 225

La cosa juzgada.—El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna.—Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.—La Corte por sentencia de marzo 12 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de William Pino Ayala contra Esso Colombiana S. A.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 231

Homologación.—La Corte, por providencia de 12 de marzo de 1973, *homologa* y en consecuencia declara *exequible* el laudo de fecha 20 de diciembre de 1972 que dirimió el diferendo laboral colectivo surgido entre la *Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "Anegran" y la Flota Mercante Grancolombiana S. A.*, con excepción del inciso primero del artículo quinto, y el artículo noveno que se declaran *inexequibles.*—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 237

La conciliación y la cosa juzgada.—El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna.—Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.—La Corte por sentencia de marzo 15 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José María Pino Linero contra la empresa Esso Colombiana

Págs.

S. A.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. ... 248

Prescripción.—Si el Código de Procedimiento Civil, del que hace parte la norma sobre interrupción de la prescripción (artículo 90), sólo empezó a regir a partir del 1º de julio de 1971, no podía aplicarse en el presente negocio en que la demanda se presentó el 7 de noviembre de 1969, pues tal cosa equivaldría a darle efecto retroactivo.—La Corte por sentencia de marzo 15 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Paris Z. contra International Schools Company of Latin America.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar ... 252

Homologación.—La Corte por providencia de 23 de marzo de 1973, *anula* el artículo decimoctavo (18º) del laudo arbitral dictado el 20 de octubre de mil novecientos setenta y dos, por el Tribunal Arbitral, en el conflicto colectivo entre Electrificadora de Cundinamarca S. A. y el Sindicato de Trabajadores de dicha empresa.—*Declara exequibles* los artículos decimonoveno (19º) y vigésimo (20º) del laudo citado, y *homologa* los ordenamientos arbitrales restantes.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 259

Reformatio in pejus.—En este cargo cabe toda la razón a la censura, es evidente que la única parte apelante lo fue la demandada, toda vez que el actor del juicio se conformó con la decisión del a quo.—La Corte por sentencia de marzo 28 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Hernán Montoya Palacio contra la Compañía Suramericana de Seguros S. A.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. ... 266

Pensión de invalidez.—Para que haya lugar a la pensión de invalidez es necesario que la incapacidad para el trabajo, o las causas que la originan, se presenten durante el tiempo en que el trabajador está prestando sus servicios, es decir, que existan cuando se termina el vínculo contractual.—Si ello no es así el riesgo de invalidez no puede hacerse de cargo del patrono, porque no se establece el nexo entre la calidad de trabajador y la incapacidad sobreviniente.—La Corte por sentencia de marzo 29 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Diomedes Escobar Herrera contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. ... 281

Extensión de la convención a terceros.—La circunstancia de que se esté debiendo al Sindicato las cuotas ordinarias, por no habérselas descontado la empresa, no es óbice para que se le aplique la convención.—La Corte por sentencia de marzo 29 de 1973, *casa totalmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alcides Chavarriaga contra Bavaria S. A. y Malterías de Colombia S. A.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia ... 286

Reintegro o indemnización.—Las peticiones principales de la demanda inicial se apoyan en la nulidad o ineficacia legal del despido, mientras la petición subsidiaria se sustenta en la eficacia del mismo calificado de injusto e indemnizable, luego las peticiones principales son contrarias a la subsidiaria.—No es posible pues, dentro del alcance de la impugnación, casar la sentencia atacada para confirmar lo dispuesto en la primera instancia, porque de prosperar el ataque, se incurriría en la incongruencia de acceder a dos pretensiones contrarias y exceder a lo pedido en el libelo inicial.—La Corte por sentencia de abril 5 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Richard Weich Granda contra The National Cash Register Company of Colombia S. A.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina ... 289

Pago por consignación.—El deudor, como principio general de derecho debe pagar al acreedor, o a quien legalmente lo sustituya o a quien él o el juez determine para que ese pago lo libere de la obligación, y en la misma forma, la oferta de pago por consignación que tiene ese mismo fin, debe dirigirse precisamente a ese acreedor y es a nombre de éste como debe operar la consignación respectiva, pues sin que el acreedor pueda a su voluntad percibir lo consignado no quedan solutas las obligaciones del deudor.—La Corte por sentencia de abril 6 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Víctor Medina Moreno contra el Instituto Nacional de Aprendizaje (Sena).—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. ... 293

Reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez.—El reajuste, por tanto, de las pensio-

Págs.

nes de jubilación o invalidez extralegales, ordenado por la Ley 7ª de 1967 debe hacerse desde cuando el jubilado adquirió el derecho a la pensión legal por haber reunido los requisitos señalados en la disposición respectiva, como lo entendió el ad quem correctamente.—La Corte por sentencia de abril 12 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Salazar Henao contra el Banco Central Hipotecario y la Caja de Previsión Social del mismo.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 298

Prescripción.—Observa la Corte que, como lo anota la censura, el *ad quem*, no obstante que en las condenas que efectuó en el pronunciamiento que se revisa comprenden, primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, de una manera general indica que, desde la fecha de la *terminación del contrato de trabajo* —por muerte del trabajador— hasta la fecha de la notificación de la demanda no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo, cuando el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando dispone que: "las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código prescriben en tres años, *que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto".—La Corte por sentencia de abril 13 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hipólito Betancourt y Emperatriz Rojas de Betancourt contra la sucesión de Antonio J. Ramírez Castillo.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 305

Empleados públicos y trabajadores oficiales.—"El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios".—La Corte por sentencia de abril 13 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Nel Valdés Perea contra la Nación - Ministerio de Agricultura.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 309

Indemnización por mora.—El pago tardío acarrea indemnización por mora, pero el pago equivocado sin malicia, no conlleva la sanción, mientras no se establezca la equivocación.—La Corte por sentencia de abril 14 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Miguel Angel Sanmiguel contra Taxi Aéreo Opita Limitada "TAO".—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 315

Acumulación de tiempos de servicio en la pensión proporcional de jubilación.—Lo esencial es que todos los servicios, cualquiera que sea el patrono o empleador oficial, se basen en un contrato de trabajo para fines de su acumulación.—La Corte por sentencia de abril 30 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Leopoldo Emilio Vahos Henao contra el Departamento de Antioquia, las Empresas Departamentales de Antioquia, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del Río Medellín y los Municipios de Barbosa y Medellín.—Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 320

Conciliación.—La voluntad de las partes queda fijada en los términos en que por fin se concretan sus propuestas iniciales y si una de éstas no resulta acogida en la forma en que se presentó, sino en una distinta, es ésta la que recoge dicha voluntad y no la propuesta modificada.—La Corte por sentencia de mayo 10 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Ramón Jiménez Pérez contra la Compañía Frutera de Sevilla.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 326

Honorarios profesionales.—La Corte por sentencia de mayo 11 de 1973, *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gualberto Rodríguez Peña contra Luis Eduardo Caycedo.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 333

Adopción del Decreto 2351 de 1965, como legislación permanente.—Cuando la acusación no versa sobre la vigencia de la norma del Decreto 2351 de 1965 sino sobre su propio contenido, como en el presente caso, no se requiere citar la Ley 48 de 1968, que adoptó aquel como legislación permanente pues el asunto consiste en el ordenamiento sustancial de aquél y no en si rige por razón de la otra, de modo semejante a como la Corte

Págs.

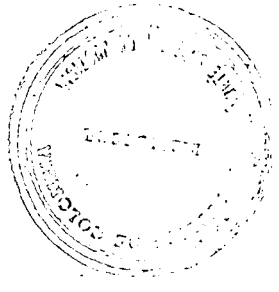
nunca ha exigido respecto de normas del Código Sustantivo que se incluya en el cargo el precepto de ley que le dio permanencia en la legislación laboral.—La Corte por sentencia de mayo 17 de 1973, *casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Wolfgang Karl Hinz Nass contra Acerías Paz del Río S. A.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 341

Dependencia o subordinación.—La vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solas, pruebas de dependencia o subordinación jurídica, pues son elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo.—Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares.—Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas.—La Corte por sentencia de junio 14 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ciro Gómez Mejía contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 349

Contrato de trabajo y relación de derecho público.—El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de él, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.—La Corte por sentencia de junio 16 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos Gómez Ocampo contra el Departamento y las Empresas Departamentales de Antioquia.—Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón ... 356

Concurrencia de contratos.—"Si es verdad que se puede servir a diferentes empleadores, y esto es lo que se establece en el artículo 26 Código Sustantivo del Trabajo, no se puede realizar la labor coetáneamente, es decir, en forma simultánea.—A menos que se trate de una situación de conveniencia o consentimiento de uno de los empleadores, *o de que uno de ellos labore al servicio del otro con sus propios empleados y dentro de su propio horario de trabajo, como es el caso que se plantea en los autos, y que se desprende tanto del contrato de administración suscrito por las dos sociedades que aparecen presentes en los autos, como de la lectura de todos los testimonios acompañados al proceso...*".—La Corte por sentencia de junio 20 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Francisco Avellaneda contra Emedia Propaganda Científica Limitada.—Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 361

Prima de Navidad.—Las entidades descentralizadas deben pagar a sus trabajadores oficiales no sólo las primas de servicio establecidas, sino las de Navidad.—La Corte por sentencia de junio 22 de 1973, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Díaz Rogelis contra el Instituto de Fomento Algodonero.—Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 367



INDICE DEL PRIMER SEMESTRE DE 1973

SALA PENAL

Págs.

Nulidad supralegal.—El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, establece los casos en que el juez está en la obligación de ordenar examen por los peritos médicos a la persona sindicada de cualquier infracción.—En los juicios en que no interviene el jurado de conciencia, el hecho de que el defensor no presente su alegación en el acto de la audiencia, sino con posterioridad al mismo pero antes de que dicte sentencia, constituye una irregularidad, pero no propiamente una nulidad.—La Corte, mediante sentencia de 26 de enero de 1973, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por la cual se condenó a Simón Parra Zuleta, por el delito de peculado a cinco años de presidio.—Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto 375

Nulidad por incompetencia del juez.—Competencia propia u originaria y derivada o delegada.—Origina nulidad el hecho de comisionar para que se tomen ciertas decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia u originaria, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar derecho.—Por auto de 2 de febrero de 1973, la Corte *decreta la nulidad* del auto de 10 de junio de 1972, del Juzgado 28 de Instrucción Criminal, por el cual se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por el doctor Rafael Rocha Riaño en la investigación adelantada contra el Juez 19 Civil del Circuito.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 380

Rehabilitación de derechos y funciones públicas.—No siempre debe imponerse al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello sería tanto como darle a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene.—Cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas y se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, sin que sea necesario ningún pronunciamiento judicial.—Por auto de febrero 15 de 1973 la Corte entra a resolver en torno a la rehabilitación impetrada por el señor Evandro Soto Rodríguez ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que se declaró inhibido, *confirma* el auto recurrido y ordena devolver el negocio al Juzgado de origen.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 384

Casación.—Causales 1ª y 4ª.—Cuando los cuestionarios, en los consejos de guerra verbales, son trasunto fiel de la actuación procesal y los jurados afirman la responsabilidad del acusado, sin modificación respecto del título de la imputación, no puede discutirse acerca de los hechos ni de su proyección jurídica, al margen del veredicto que cerró la controversia sobre pruebas.—En los juicios con intervención del jurado no es procedente proponer en casación, violación indirecta de la ley sustancial ni tampoco pretender la declaratoria de nulidad, sosteniendo haberse incurrido en un posible yerro en el cuestionario, motivado en el error de hecho o derecho en la apreciación de determinada prueba, pues ello equivaldría a una desviación inadmisible de la causal 1ª hacia la 4ª.—Por auto de fecha 15 de febrero de 1973 la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Alfredo García García contra la sentencia de 5 de junio de 1972 proferida por el Tribunal Superior Militar que lo condenó a 8 años de presidio como autor del delito de homicidio.—Magis-

Págs.

trado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 387

Casación.—Causal 1ª.—En los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial.—El homicidio que se comete para ejecutar otro delito o para ocultarlo, reviste una especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no subsume el delito fin o el que pretenda encubrir. En tales hipótesis no existe unidad de delito o delito complejo, sino un verdadero concurso material de infracciones.—En providencia de 15 de febrero de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Espinosa Jaimes contra la sentencia de 28 de abril de 1972 del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó a 21 años de presidio por los delitos de homicidio y robo agravado.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 390

Casación.—Causal 1ª—La violación directa de la ley sustancial presupone la aceptación de los hechos en la forma plasmada en el fallo.—Los motivos de casación son autónomos e independientes con ámbito de acción definido en la ley y gobernados por principios de ineludible observancia.—En providencia de 26 de febrero de 1973, la Corte *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José James Correa Grisales contra la sentencia de 16 de mayo de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que lo condenó a 5 años de prisión por los delitos de falsedad y estafa.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 396

Nulidad.—Cuando existe conexidad en los delitos, el hecho de haber dejado de investigar uno de ellos, no constituye nulidad, porque la acción penal es autónoma respecto de cada infracción.—La Corte, mediante providencia de 26 de febrero de 1973, *no invalida* la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que condenó a Humberto Uribe Mejía a la pena principal de 4 años de presidio como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 401

Competencia.—En el delito de estafa es competente el juez del lugar en donde se obtuvo el provecho ilícito, así la inducción en error haya tenido lugar en sitio diferente.—Por auto de 27 de febrero de 1973, la Corte *dirime* la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado 6º Penal del Circuito de Cali para conocer del proceso que se sigue contra Augusto Duque y Neftalí Marín por el supuesto delito de estafa y *declara que* el conocimiento del proceso le corresponde al Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 404

Recusación.—El incidente sólo puede ser propuesto por quien tiene la calidad de parte dentro del proceso.—Por auto de 28 de febrero de 1973, la Corte se *abstiene* de conocer la recusación contra el doctor Juvenal García Díaz, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y *declara* que no tiene validez lo actuado por el Magistrado objeto de la recusación.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 406

Inexistencia de providencias judiciales.—El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, también se refiere a los autos y sentencias. Estas son no solamente actos jurídicos, en cuanto contienen declaraciones de voluntad del juez, sino además documentos o escritos que instrumentan las decisiones jurisdiccionales y que reflejan su existencia, y en tal condición deben estar sometidos a formas de necesaria observancia.—Por auto de 2 de marzo de 1973, la Corte *declara inexistente* el imperfecto auto por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto resolvió declarar prescrita la acción penal seguida contra el señor Ricardo Paredes Chaves por supuesto delito de abuso de autoridad, y *ordena* devolver el expediente a aquella corporación.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 408

Juzgamiento de los miembros de la Policía.—No existe incompatibilidad entre el artículo 8º del Decreto 2347 que establece el fuero para el juzgamiento de los miembros de la Policía, y la Constitución Nacional. Todo lo contrario: la ley no ha hecho cosa distinta de cumplir con la obligación establecida por el artículo 167 de la Carta, trazando, como lo ha hecho, una norma sobre competencia para el juzgamiento del personal uniformado vinculado a esa corporación.—Por sentencia de 15 de marzo de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado Abel Ducuara contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, de 8 de junio de 1972, por la que fue condenado a 8 años de presidio, por el delito de homicidio en Carlos Humberto

Págs.

Dorado Ortiz.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 410

Hurto agravado por la confianza.—Elementos que configuran ese tipo delictual.—Abuso de confianza, presupuestos para su estructuración. Diferencias básicas de estas figuras delictivas.—Por sentencia de 15 de marzo de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 12 de febrero de 1972, por la cual se condenó a Germán González García a la pena de siete meses y quince días de prisión como autor responsable del delito de hurto.—Magistrado ponente, doctor Mario Alario D'Filippo 415

Prueba indiciaria.—Manera correcta de hacer su valoración.—Concurso ideal de delitos.—Circunstancias de mayor peligrosidad.—Cuando una de estas circunstancias es elemento integrante de un ilícito, no puede tomarse en cuenta en forma independiente para la graduación de la pena.—Por sentencia de 15 de marzo de 1973, la Corte *Casa parcialmente* la sentencia recurrida proferida el 17 de marzo de 1972 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el sentido de condenar a Alfredo Rojas Escobar a la pena de diez y seis meses de presidio como autor de los delitos de incendio y abuso de confianza y otras defraudaciones.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez ... 421

Pruebas.—Dictamen pericial, su valor probatorio, no sólo la prueba grafológica constituye el único medio idóneo para comprobar el delito de falsedad.—Cuando se alega error de derecho en la valoración de la prueba, no basta recordar las formas que debe revestir la prueba testimonial y las condiciones que deben ostentar inexcusablemente los testigos, sino que el recurrente ha de probar concretamente cómo en el caso que controvierte se omitieron por el sentenciador, violándolas, dichas prescripciones.—No es de recibo en casación tomar aisladamente cada uno de los elementos de convicción que sumados conforman el juicio de certeza con que finaliza la sentencia y examinarlos separadamente, como valores autónomos, sin ninguna concatenación entre sí ni con el conjunto del cual forman parte, y concluir que, así, separadamente, ninguno de ellos sustenta, por sí mismo, la totalidad del raciocinio final del juzgador.—Por sentencia de 26 de marzo de 1973, la Corte *no casa* la sentencia de 31 de mayo de 1972 proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual condenó a María Teresa Sarmiento Arellana de Plazas, a la pena principal de 4 años de presidio por los delitos de estafa y falsedad en documentos.—Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero 429

Faltas contra la ética profesional.—A partir de la vigencia de la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, la segunda instancia de los procesos contra abogados por faltas a la ética profesional, corresponde exclusivamente al Tribunal Disciplinario.—Por auto de 27 de marzo de 1973, la Corte se *declara* sin competencia para conocer en el grado de consulta la sentencia de 11 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la que absolvió al doctor Guillermo Londoño Hernández de los cargos por faltas contra la ética profesional del abogado y sostiene que por competencia corresponde al Tribunal Disciplinario.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 435

Casación.—Causales 1ª y 4ª.—Es contrario a los dictados de la lógica, proponer simultáneamente error en la denominación jurídica de la infracción y ausencia de prueba plena o completa del delito y de la responsabilidad penal, ya que la primera pretensión presupone la existencia y demostración del quebranto al estatuto represor.—Error de hecho y de derecho. Diferencias.—Por sentencia de 27 de marzo de 1973, la Corte *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por Roosevelt Salazar Herrera, contra la sentencia de 4 de mayo de 1972 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia lo condenó a treinta meses de presidio como autor responsable de los delitos de falsedad en instrumentos negociables y estafa.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 436

Faltas contra la ética profesional.—A partir de la vigencia de la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, la segunda instancia de los procesos contra abogados por faltas a la ética profesional, corresponde exclusivamente al Tribunal Disciplinario.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez .. 441

Detención arbitraria.—Se estructura este delito, cuando sin estar ejecutoriada la correspondiente resolución, se priva de libertad a una persona, para ejecutar la sanción de arresto impuesta como pena correccional por haber desobedecido, injuriado o faltado al respeto al funcionario cuando actuaba en

Págs.

ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.—En providencia de 28 de marzo, la Corte *confirma* el auto proferido por el Tribunal Superior de Pasto de 24 de octubre de 1972, por el que llamó a responder en juicio a Luis Córdoba, ex-Juez Promiscuo Municipal de El Chardo, por el delito de detención arbitraria.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 442

Cesación de procedimiento.—Es viable esta medida cuando el hecho imputado a un funcionario tiene como origen un error en la valoración de las normas, siendo éstas susceptibles de varias interpretaciones, por su oscuridad. Pero cuando el mandamiento legal es de meridiana claridad no puede presentarse como excusa una falsa y errada interpretación.—Por auto de 28 de marzo de 1973, la Corte *revoca* el proveído del Tribunal Superior de Cúcuta por el cual se ordenó cesar el procedimiento seguido contra el ex-Juez de Menores de Ocaña, doctor Freddy Alonso Quintero Jaime, acusado de abuso de autoridad y detención arbitraria y *ordena* proseguir la investigación,—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 444

Causal 4ª de casación.—Cuando se invoca como motivo de casación la nulidad por error en la denominación jurídica del delito, son necesarias dos argumentaciones concurrentes: la primera referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida; y la segunda, tendiente a demostrar cuál fue la infracción que debió reconocerse por el juzgador.—Por sentencia de 30 de marzo de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de junio de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la cual se condenó a los reos ausentes Gladys Restrepo de Escrucería y César Domingo Escrucería Grijalba a 4 años de presidio por el delito de peculado.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 447

Prevaricato.—Elementos que estructuran este tipo penal, alcance del término "a sabiendas". El simple error o ignorancia en la aplicación de la ley, no implica obrar a sabiendas.—Por auto de 9 de abril de 1973, la Corte *declara* que los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, los doctores Esteban Páez Polo, José de Dios Ucrós Barrios y Dante Fiorillo Porras, no han incurrido en infracción penal alguna en cuanto a los hechos denunciados por el doctor Miguel

Págs.

Federico Navarra Giannini, y *ordena* cesar el procedimiento.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 450

Causal 2ª de casación.—No es procedente proponer en casación la violación indirecta de la ley, en los juicios en que interviene el jurado, ya que los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo y moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas.—Por sentencia de 13 de abril de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Pedro Antonio Castañeda Daza contra la sentencia de 29 de julio de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que lo condenó a 15 años de presidio por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez . 454

Delito de robo cometido contra instituciones bancarias o cajas de ahorro.—De conformidad al Decreto 2034 de noviembre 8 de 1972, del delito de robo conoce la justicia penal militar cuando se realiza contra instituciones bancarias o cajas de ahorro; en cualquier otro evento corresponde a la justicia ordinaria.—En providencia de 10 de mayo de 1973, la Corte *dirime* la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pamplona y la Quinta Brigada del Ejército con sede en Bucaramanga, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra el particular José Rafael Molina, por el delito de robo, y *declara* que dicho conocimiento corresponde al Juzgado 2º Penal de Pamplona, a donde habrá de remitirse el expediente.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez .. 458

Nulidad.—En materia judicial, la comisión, cuando la ley la autoriza, tiene que ser otorgada por el juez o tribunal que conoce del proceso, mediante providencia que indicará su objeto con toda claridad y se señalará el término dentro del cual deba cumplirse; si la comisión es autorizada por persona de una oficina judicial diferente al juez, queda viciada de nulidad tal actuación procedimental.—Para dar cumplimiento al artículo 566 del Código de Procedimiento Penal, la Corte, por auto de 10 de mayo de 1973, entró a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor Francisco Hernández contra el auto de 11 de octubre de 1972 del Tribunal Superior de Cali por el que se llamó a juicio al doctor Jorge Quijano Bustamante, ex-Juez Décimo de Instrucción Criminal de ese Distrito por el supuesto delito

Págs.

de abuso de autoridad, *decreta* la nulidad de lo actuado y *ordena* reponer el procedimiento.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 460

Recurso de casación.—Oportunidad procesal para interponer este recurso extraordinario.—Por auto de mayo 17 de 1973, la Corte *declara procedente* el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 23 de mayo último, que condenó a Evaristo Cabezas a la pena principal de 2 años de presidio como responsable del delito de lesiones personales y *ordena* remitir el proceso a esta corporación—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 462

Casación.—Causal 2ª—Para que prospere esta causal se requiere que el fallo haya reconocido una situación jurídica distinta de la que puntualizaron los jueces populares.—No pueden confundirse la atenuante genérica del artículo 28 del estatuto represor con la específica descrita en el artículo 382 ibídem, pues existen diferencias entre ellas, referidas a la forma misma de la acción, a las personas actuantes, a las exigencias para que operen, a las consecuencias jurídicas en favor del incriminado y a la naturaleza de las infracciones en que puede reconocerse una y otra.—Por sentencia de mayo 17 de 1973 la Corte *casa parcialmente* el fallo recurrido de 24 de octubre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que condenó a Pedro Ezequiel Agudelo Zapata a 7 años y 6 meses de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar lo condena a la pena de 2 años y 6 meses y a las accesorias correspondientes.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 463

Colisión de competencias.—Corresponde a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles al servicio de las mismas, solamente cuando tengan ocurrencia los hechos con ocasión o por causa del servicio, o por razón de las funciones inherentes a los cargos desempeñados.—Por auto de 18 de mayo de 1973, la Corte *dirime* la colisión de competencias suscitada entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior de Buga en el negocio adelantado contra el particular Adolfo León Ospina Montoya por el delito de homicidio en la persona del Teniente de la Policía José Seyedín Masso García, y *declara* que el conocimiento de este

Págs.

proceso corresponde al Tribunal Superior de Buga.—Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero 469

Impedimentos.—Casos en que puede invocarse la causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.—La Corte, por auto de 22 de mayo de 1973 *declara infundado* el impedimento que manifiesta el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo doctor Carlos Peña Espinosa para conocer del proceso que se sigue contra los señores Alberto Vergara Hernández y Jorge A. Vergara Martelo, por abuso de confianza.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 471

Coparticipación criminal.—Diferencias entre coautoría y complicidad necesaria. Complicidad en el delito continuado. Cuando esta ayuda se presta a sabiendas en un proceso delictuoso y no en un hecho aislado, dicho concurso responsabiliza al cómplice en el mismo grado del autor principal, así no haya participado en la totalidad de las acciones.—La Corte, por providencia de mayo 22 de 1973 *no casa* la sentencia de 8 de julio de 1972 proferida por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a Luis Gonzalo Jaramillo Laverde y José Manuel Cárdenas Cárdenas, a 5 años y 20 días de prisión por el delito de peculado.—Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero 472

Libertad del sentenciado.—Competencia de la Corte para conceder la libertad estando en trámite el recurso de casación.—Por auto de mayo 30 de 1973, la Corte *Ordena* la libertad del procesado Luis Guillermo Guáqueta a quien el Tribunal Superior de Bogotá —junto con otros procesados— había sido condenado a la pena principal de cuarenta meses de presidio por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 482

Casación.—Causal 3ª.—Cuando el jurado de conciencia da respuesta al cuestionario formulado con los elementos tipificadores del homicidio voluntario, diciendo: "sí es responsable. No está clara la intención de matar", está planteando una afirmación y una negación o incertidumbre que se oponen una y otra y recíprocamente se destruyen, lo que constituye el veredicto contradictorio.—La Corte, por sentencia de 14 de junio de 1973 *invalida* la del 22 de septiembre de 1973 del Tribunal Superior de Tunja, por la que se condenó a Justino Juya Avila a la pena de ocho años de presidio por el delito de homi-

Págs.

cidio, y en su lugar *ordena* que se devuelva el proceso al Juzgado 2º Superior de Tunja para que se convoque nuevo jurado.—Magistrado ponente, doctor Mario Alario D'Filippo 483

Revisión.—Entre los requisitos exigidos para instaurar el recurso de revisión, está el de precisar los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.—La Corte, por auto de 15 de junio de 1973, *niega* la solicitud de revisión presentada por el señor Celiano Vega Rivera contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 8 de febrero del presente año y se *abstiene* de darle trámite por considerarla sustancialmente inepta.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez ... ...! 490

Peculado por apropiación.—Elementos que estructuran este tipo penal.—Por auto de junio 15 de 1973, la Corte *confirma* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 6 de febrero del año en curso que *absolvió* al doctor Rodrigo Lizcano Murillo, del supuesto delito de peculado.—Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto 492

Casación.—Causal 1ª.—La infracción indirecta de la ley sustancial no es procedente en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado de conciencia.—Por sentencia de 22 de junio de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que condenó a Roberto Mendoza Carreño, Almílcar Sánchez González y Angel Ignacio Olarte Ochoa, quienes fueron condenados a la pena principal de diecinueve años de presidio como responsables del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Mario Alario D'Filippo 503

Casación.—Causal 3ª—Clases de veredictos: contraevidente, contradictorio o inexistente, claro, ambiguo y condicionado.—La declaratoria de invalidez por la contradicción o inexistencia del veredicto, no sólo puede derivarse del antagonismo de afirmar o negar simultáneamente un mismo hecho, principal o accesorio, referido a la responsabilidad del actor, sino también porque la respuesta del jurado sea tan oscura que pierda toda significación, o porque se refiera a circunstancias no contempladas en la ley, o porque condicione la responsabilidad a cualquier razón conocida o no dentro del proceso o por cuestiones análogas.—Por sentencia de fecha 22 de junio de 1973, la Corte *casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 10 de mayo de 1972 por la cual se condenó al recurrente Juan Bautista Sánchez o Jesús Segura Prado o Jesús Sánchez Esterilla, a la pena principal de 12 años de presidio por los delitos de homicidio y lesiones personales y en su lugar *dispone* la convocatoria de nuevo jurado para resolver la situación jurídica del procesado.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 507

Casación.—Causal 1ª—Violación directa e indirecta de la ley sustancial.—Error de hecho y de derecho.—Mediante sentencia de 28 de junio de 1973, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de octubre de 1972, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que condenó a Luis Eduardo Suárez Terreros, a la pena principal de 3 años de presidio como autor responsable del delito de falsedad en documentos públicos.—Magistrado ponente, doctor Mario Alario D'Filippo 515

Peculado culposo.—Cuando el funcionario ha dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, y desaparece alguno de esos objetos o documentos, tal hecho no constituye peculado culposo.—Mediante sentencia de 28 de junio de 1973, la Corte *revoca* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de fecha 26 de febrero del año en curso, que condenó a Einer Alfonso Arce a la privación del cargo que desempeña de Juez Penal Municipal de Zarzal y en su lugar *absuelve* al procesado de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 521

35842 — 76